

Université Montpellier I

Equipe de Recherche sur la Politique Criminelle (E R P C)

*Recherche réalisée avec le soutien du G. I. P.
Mission de recherche Droit et Justice*

Les transformations de l'administration de la preuve pénale : approches et perspectives comparées

Responsable de la recherche :

Didier THOMAS

Agrégé des facultés de droit

Professeur à l'Université de Montpellier I

Directeur de l'E R P C

Chercheurs :

Valérie BOSC

Doctorante, chargée d'enseignements à l'Université de Montpellier I

Christine GAVALDA

A T E R à l'Université de Perpignan

Philippe RAMON

Allocataire moniteur à l'Université de Montpellier I

Aude VAISSIERE

Doctorante, chargée d'enseignements à l'Université de Montpellier I

Juin 2004

Université Montpellier I
Equipe de Recherche sur la Politique Criminelle (E R P C)

Recherche réalisée avec le soutien du G. I. P.
Mission de recherche Droit et Justice

« Le présent document constitue le rapport scientifique d'une recherche financée par le GIP « Mission de Recherche Droit et Justice ».
Son contenu n'engage que la responsabilité de ses auteurs.
Toute reproduction, même partielle, est subordonnée à l'accord du GIP ».

**Les transformations de l'administration
de la preuve pénale : approches et
perspectives comparées**

Responsable de la recherche :

Didier THOMAS

Agrégé des facultés de droit

Professeur à l'Université de Montpellier I

Directeur de l'E R P C

Chercheurs :

Valérie BOSC

Doctorante, chargée d'enseignement à l'Université de Montpellier I

Christine GAVALDA

A T E R à l'Université de Perpignan

Philippe RAMON

Allocataire moniteur à l'Université de Montpellier I

Aude VAISSIERE

Doctorante, chargée d'enseignement à l'Université de Montpellier I

Sommaire

Partie 1^{ère} : L'inadéquation du système actuel d'administration de la preuve pénale

Chapitre 1^{er} : La nécessaire adaptation de l'administration de la preuve pénale

Section 1^{ère} : La délicate maîtrise des nouvelles formes de délinquance

Section 2^{nde} : La place de la science dans la recherche des preuves

Chapitre 2nd : Les carences de l'administration traditionnelle de la preuve pénale

Section 1^{ère} : Une remise en cause des grands principes gouvernant l'administration de la preuve pénale

Section 2^{nde} : Les dysfonctionnements du système d'administration de la preuve pénale

Partie 2^{nde} : La mise en conformité de l'administration de la preuve pénale

Chapitre 1^{er} : Les transformations du système interne

Section 1^{ère} : L'encadrement de la preuve scientifique

Section 2^{ème} : L'amélioration des modes de rassemblement des preuves

Chapitre 2nd : L'harmonisation de l'administration de la preuve pénale à l'échelon européen.

Section 1^{ère} : Une harmonisation partiellement réalisée par le respect des préceptes européens

Section 2^{ème} : Une harmonisation réalisée par l'internationalisation de la procédure

Section 3^{ème} : Les perspectives européennes d'harmonisation

Section 4^{ème} : Les propositions pour une harmonisation du système

Introduction

La preuve, selon Domat¹, est « *ce qui persuade l'esprit d'une vérité* ». Elle constitue, par voie de conséquence, le cœur de tout procès et la condition sine qua non d'une bonne administration du système judiciaire. L'absence de preuve est traditionnellement considérée comme ayant un effet déterminant sur la procédure, révélé par la maxime latine *Idem est non esse et non probari*².

Envisagée sous l'aspect spécifique du droit pénal, son rôle est tout aussi capital : « *Sans preuve en effet, pas d'imputabilité et pas d'application d'une sanction* »³.

La preuve en tant qu' « *ensemble des règles applicables à la constatation d'une infraction, que cette constatation soit relative aux faits ou à la personnalité de la personne poursuivie* »⁴ occupe une place stratégique au cœur du procès pénal largo sensu – et dans le droit pénal en général. Cette place est cependant mouvante en raison d'un procès pénal à géométrie variable et du développement des techniques toujours plus pointues de rassemblement des preuves.

Les contours du procès pénal deviennent flous par l'effet de la combinaison de multiples facteurs de nature et d'origines diverses.

Ainsi, malgré une baisse globale des chiffres de la délinquance⁵, est constatée une augmentation de certaines catégories d'infractions, notamment les violences contre les

¹ DOMAT (J), *Les lois civiles dans leur ordre naturel* (1689), Paris, veuve Cavelier, t.1, 1771, p.204 in ENCINAS DE MUNAGORRI (R), *Introduction au droit*, Paris, Flammarion, Champs Université, 2002, p.277.

² Ce qui n'est pas prouvé n'est pas.

³ BOUZAT (P), *La loyauté dans la recherche des preuves*, in *Mélanges Legros*, Sirey, 1964, p 155.

⁴ PRADEL (J), *Droit pénal comparé*, Paris, Dalloz, Précis Droit privé, 2002, p 429.

⁵ MINISTERE DE L'INTERIEUR, DE LA SECURITE ET DES LIBERTES LOCALES, *Chiffres de la délinquance*, avril 2004 : - 11,54 % d'avril 2002 à avril 2004.

personnes⁶. Par ailleurs, les interrogations affluent autour de l'endiguement d'une criminalité transnationale et d'une délinquance liée à l'essor des nouvelles techniques.

La nature de la délinquance varie et se renouvelle, présentant en substance un double aspect et provoquant inéluctablement le déclenchement du processus d'internationalisation du droit pénal.

Le premier aspect de la criminalité est en relation avec les mutations mondiales concernant particulièrement les différentes formes du crime organisé. Sa seconde nature a été mise en évidence par la découverte de crimes horribles, perpétrés en violation des principes fondamentaux du droit humanitaire. Elle résulte d'un bouleversement des valeurs et impose une prise de conscience de la société internationale sur le caractère indispensable de l'édiction de normes supranationales aux fins de sanctionner des crimes pour lesquels la communauté internationale dans son intégralité est directement intéressée.

La transformation de la délinquance est liée au développement de technologies nouvelles qui ont une incidence directe sur le comportement de la criminalité. Cette dernière devient de plus en plus sophistiquée, opaque et ingénieuse. Parallèlement, la justice pénale bénéficie de ces avancées technologiques.

Le processus pénal est également atteint par l'avènement de nouveaux principes directeurs de la procédure pénale issus principalement des préceptes de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et de la jurisprudence de la Haute juridiction européenne. L'influence de ce texte supranational s'opère en France par le jeu d'une applicabilité directe aux termes de l'article 55 de la Constitution. L'intégration par la Cour de justice des Communautés européennes des principes dégagés par la C.E.D.H. renforce l'impact de ces derniers.

Dans ce contexte, l'étude de l'administration de la preuve présente un intérêt non négligeable ; elle est effectivement la phase centrale du droit de la preuve et est par là-même la plus sensible aux phénomènes susmentionnés.

L'administration de la preuve pénale comprend, à ce titre, deux étapes fondamentales pour la gestion des modes de preuve. D'une part, elle intègre la phase incontournable de

⁶ Ibid, ces infractions, particulièrement dangereuses pour la société, renforcent le sentiment d'insécurité ; elles ont

recueillement des éléments probatoires⁷ menée principalement par les officiers et agents de police judiciaire ainsi que par le magistrat instructeur⁸. D'autre part, elle englobe l'opération de recevabilité de ces mêmes éléments dirigée par le juge répressif.

Dès lors, vouloir objectivement se soucier des transformations de l'administration de la preuve pénale implique nécessairement une double adaptation visible au plan interne ainsi qu'à l'échelon international.

Or, l'adaptation du système probatoire français aux évolutions pratiques et théoriques constatées est obligatoirement conditionnée à la démonstration de ses carences. Une réflexion de fond a, par conséquent, été engagée sur les lacunes relatives aux divers aspects de l'administration de la preuve pénale, tant techniques et scientifiques, que pragmatiques, ou encore théoriques en rapport avec les grands principes de procédure (**partie 1^{ère}**). Effectivement, si le progrès dans les nouvelles méthodes d'enquête – concomitant à la modernisation de la criminalité – est commandé par un souci d'accroître la répression, ces technologies offrent aux enquêteurs des moyens qui s'immiscent toujours davantage dans la sphère d'intimité de l'individu. Les interrogations quant à la légitimité du recours à de tels moyens ne doivent pas occulter la question logique de la suffisance ou non de cette adaptation.

Cette dernière semble par ailleurs subordonnée à l'élaboration d'un système probatoire, si ce n'est commun et unifié, reposant toutefois sur les mêmes principes. L'harmonisation des règles de preuve apparaît désormais pour nombre de nations comme un véritable défi. La raison découle des particularités et disparités procédurales existant en matière de preuve dans la législation des divers Etats. C'est ainsi la conservation des preuves de comportements délinquants multiples et variés, impliquant de nombreux acteurs et territoires qu'il devient important de maîtriser.

Pourtant, un tel effort basé sur la prise de dispositions compatibles entre elles et ponctuellement communes s'avère indispensable pour renforcer la lutte contre la délinquance nouvelle. En outre, elle ne se révèle pas impossible au regard de l'avènement d'une justice

augmenté de 10,07 % au premier trimestre 2004 par rapport au premier trimestre 2003.

⁷ Ce n'est qu'à l'audience que les éléments soumis à l'appréciation du juge peuvent ou non acquérir la qualité de preuve.

internationale et de la signature d'accords et de conventions en matière de protection des intérêts financiers des Communautés européennes. Cependant, elle demeure délicate en raison de la permanence d'obstacles intellectuels, telle la souveraineté nationale.

Le second axe du rapport a été motivé par la recherche d'une mise en conformité des règles guidant l'administration de la preuve pénale aux évolutions de la société actuelle (**partie 2nde**). Des propositions ont alors été rédigées pour une meilleure adéquation du système probatoire français et pour un renforcement de la lutte contre la délinquance transnationale. Elles ont trait aux transformations indispensables de l'administration interne de la preuve pénale et à la recherche primordiale et utile d'une harmonisation de la preuve à l'échelle européenne.

Afin de mener à bien cette étude sur l'institution de la preuve pénale, il s'est avéré utile d'engager conjointement une réflexion d'ensemble sur la preuve et l'analyse des pratiques auxquelles elle donne lieu. Dans cette perspective, notre approche s'est voulue pluridisciplinaire, comparatiste et pragmatique.

L'approche pragmatique a eu pour objet de cerner la réalité de l'administration de la preuve par les professionnels, aussi bien en France qu'à l'étranger. Cette démarche a permis d'une part, de comprendre les carences et les difficultés inhérentes aux pratiques actuelles de rassemblement et de traitement des preuves et d'autre part, de dresser un bilan des différentes orientations vers lesquelles les personnes concernées souhaitaient voir progresser leur mission.

Dans une optique pluridisciplinaire, nous avons rencontré de nombreux acteurs du procès pénal, confrontés à divers stades de la procédure à la production, la discussion ou l'appréciation de la preuve. Concrètement, ces rencontres ont été abordées sous la forme d'entretiens semi-directifs, justifiés par la volonté de favoriser des échanges à la fois enrichissants et ciblés sur l'objet de la recherche.

Une étroite relation a été entretenue avec les services de la Gendarmerie et du SRPJ de Montpellier. Leur point de vue sur les conditions de rassemblement des preuves a été

⁸ Le juge d'instruction présente une double casquette : il est à la fois juridiction et enquêteur. C'est dans le cadre de cette dernière mission qu'il joue un rôle d'importance dans la direction d'investigations et dans la recherche de preuves.

fondamental pour l'orientation de cette étude, notamment concernant l'acceptation et l'utilisation des nouvelles techniques. Ces services, en nous associant à certaines procédures, en nous autorisant à partager le travail des enquêteurs sur « le terrain », ont permis notre positionnement sur la question.

Leur collaboration a révélé la nécessité de la coopération entre les différentes unités de ces deux institutions en raison notamment de leur complémentarité.

Enfin, nous avons pu percevoir, par la visite de laboratoires de police technique et scientifique, l'apport de la science dans l'établissement de la preuve.

Les professionnels de la Justice nous ont, de la même façon, accueilli très chaleureusement. Avec les membres du barreau de Montpellier, il a été davantage question de l'utilisation des nouveaux procédés probatoires, de leur rôle accru dans la recherche des preuves, ainsi que de leur vision concernant le respect des principes directeurs de l'instance.

Les magistrats nous ont, quant à eux, éclairé sur l'admission et la gestion de certains modes de preuve.

Enfin, d'autres praticiens, tels que des experts, des douaniers, des scientifiques ont, de la même manière, en nous faisant part de leur expérience et de leurs difficultés, facilité notre perception de l'administration de la preuve.

Notre étude a dépassé le simple cadre interne pour appréhender la preuve au plan européen.

La première étape de notre démarche comparatiste a été de confronter les positions de différents pays de l'Union Européenne. Les sites retenus appartiennent au système de la common law, par opposition à la conception romano-germanique dominant en France mais également à des modèles proches du système national.

Principalement :

La Grande-Bretagne : de par la nature accusatoire du procès pénal, la production et l'administration de la preuve diffèrent sensiblement du droit français. Il a, par conséquent, été enrichissant d'étudier la nature du système probatoire, ses mécanismes et ses résultats.

L'Espagne particulièrement pour sa proximité géographique avec notre lieu privilégié d'étude.

Accessoirement :

L'Italie présente quelques particularités qu'il a été utile d'analyser telles la notion d'enquête défensive qui permet à l'avocat de rechercher lui-même les preuves ou la notion d'invalidité et « d'inutilisabilité » (art. 177 et 191-I code de procédure pénale italien) de la preuve rapportée contra legem.

Nous avons analysé, dans un second temps, de quelle manière, sous l'influence des concepts véhiculés par la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des libertés fondamentales et des arrêts de la Cour du même nom, un rapprochement entre ces systèmes aux logiques divergentes est envisageable. Ainsi, nous avons tenté de définir les modalités d'une harmonisation du droit de la preuve autour de principes directeurs tel que celui de procès équitable et de l'étude de la preuve au sein des juridictions pénales internationales ; les tribunaux pénaux internationaux de La Haye et d'Arusha, ainsi que les statuts de la récente Cour Pénale Internationale.

La combinaison des approches théorique et pragmatique nous a permis d'avoir une vision précise de l'inadéquation du système actuel d'administration de la preuve pénale. Ce constat implique nécessairement d'envisager des transformations du système interne tendant à une harmonisation à l'échelon européen afin d'obtenir une mise en conformité de notre droit.

1^{ère} Partie : L'inadéquation du système actuel d'administration de la preuve pénale

2^{nde} Partie : La mise en conformité de l'administration de la preuve pénale

1^{ère} Partie

**L'inadéquation du système actuel
d'administration de la preuve pénale**

L'étude des transformations de l'administration de la preuve pénale impose de dresser au préalable un bilan précis du système actuel. Les données théoriques, les études comparatives, ainsi que les nombreux entretiens réalisés auprès des professionnels, nous ont permis d'entrepercevoir l'inadéquation de ce système.

Cette inadéquation résulte d'une part, d'une insuffisante adaptation aux évolutions de la criminalité et aux nouvelles techniques de preuves (chapitre 1^{er}). Notre système est, en raison de sa rigidité, trop souvent inadapté, ce qui gêne considérablement la résolution de certaines affaires criminelles.

Elle est, d'autre part, la conséquence de certaines carences du système traditionnel de la preuve pénale (chapitre 2nd), tenant pour l'essentiel au non respect des principes fondamentaux du droit pénal.

Chapitre 1^{er} : La nécessaire adaptation de l'administration de la preuve pénale

L'adaptation de l'administration de la preuve pénale est rendue nécessaire en raison de l'apparition et du développement de nouvelles formes de délinquance auxquelles s'associent inévitablement de nouvelles formes de preuves (section 1^{ère}).

Au premier rang de ces nouveaux procédés probatoires figure la preuve scientifique dont le recours croissant soulève quelques difficultés (section 2^{ème}).

Section 1^{ère} : La délicate maîtrise des nouvelles formes de délinquance

L'appréhension de nouvelles formes de délinquance engendre de nombreux problèmes révélant par là-même l'inadaptation de notre système. Il en est particulièrement ainsi de la délinquance transnationale (paragraphe 1^{er}) et de la délinquance technique (paragraphe 2nd).

Paragraphe 1^{er} : Une délinquance de type transnational

En 1980, le professeur Claude Lombois, à l'occasion du commentaire des dispositions de l'avant-projet du nouveau code pénal relatives au droit pénal international, mettait en évidence les lacunes et les incohérences du texte, découlant à son avis de la faible attention pour la matière.

A ce titre, M. Marcel Rudloff, qui était rapporteur de la réforme du code pénal, caractérisée notamment dans le chapitre III du titre Ier du livre Ier du code pénal, soulignait en ces termes l'importance des dispositions du NCP relatives à l'application de la loi pénale dans l'espace :

« Les problèmes soulevés par le chapitre III du projet revêtent un caractère particulièrement actuel à l'heure où la criminalité la plus grave s'épanouit le plus souvent par le jeu de réseaux internationaux (...) la grande criminalité est une criminalité internationale qui tire son efficacité de l'existence des frontières. A la limite, un droit pénal qui ignorerait cette donnée ne serait qu'un droit fait d'illusions »⁹.

⁹ RUDLOFF (M), in DESPORTES (F), LE GUNEHEC (F), *Droit pénal général*, Economica, 2002, p 321.

L'intérêt porté aux dispositions consacrées au droit pénal international, élément essentiel de tout droit pénal moderne, et plus spécifiquement à la validité de la loi pénale dans l'espace, révèle corrélativement le changement de nature de la délinquance moderne. Cette dernière ne s'arrête plus aux frontières des Etats.

L'internationalisation croissante n'est plus à démontrer. La mondialisation et la globalisation des échanges économiques et financiers, conjugués à la mobilité des personnes et des biens, entraînent une diffusion de la délinquance dans les différents pays du monde.

La mobilité des personnes, due, en Europe, à l'ouverture des frontières et aux changements politiques intervenus à l'Est, a eu des effets pervers. A l'identique, la mobilité des biens a développé une criminalité financière importante notamment en raison de la facilité de transférer des biens incorporels à distance afin de les mettre à l'abri de législations répressives (paradis fiscaux).

« L'ouverture des marchés et la libre circulation des personnes consécutives à la construction européenne n'ont pas seulement contribué à l'intensification des échanges internationaux licites mais ont également favorisé le développement des activités illicites transnationales »¹⁰

Ces mutations mondiales concernent particulièrement les différentes formes du crime organisé : actes de violence et d'intimidation, affaires de fraude notamment au système de subvention de l'Union européenne, la corruption, les trafics illicites en tout genre - œuvres d'art, stupéfiants, armes, immigrés clandestins, enfants et femmes – et le recyclage de leurs produits (blanchiment d'argent et de produits d'activité criminelle).

Cette forme de criminalité connaît un essor extraordinaire et repose sur *« des réseaux fortement structurés ou des systèmes de type « mafieux » faisant preuve d'une grande flexibilité pour s'adapter aux données nouvelles de la répression policière ou judiciaire ayant des implications suffisamment profondes à des niveaux importants des pouvoirs »¹¹*

¹⁰ VANDERMEERSCH (D), *L'entraide judiciaire internationale au stade de l'instruction préparatoire*, in *La justice pénale et l'Europe*, Bruylant, Bruxelles, 1996, p 405 et s.

¹¹ PICCA (G), *Aspects internationaux de l'évolution de la criminalité*, R.P.C.T., 1994, p 145 et s.

Les criminels en question se sont très bien adaptés à la mondialisation de l'économie et ont su créer des réseaux internationaux s'appuyant sur les techniques les plus modernes (Internet, informatique, téléphones cellulaires, ...).

La criminalité organisée transnationale devient dès lors un énorme défi pour les systèmes pénaux et conduit conséquemment les nations à s'interroger sur le renouvellement des règles de preuve, à l'échelon interne et à l'échelon européen voire international.

Ce questionnement apparaît d'autant plus pertinent lorsqu'il est conjugué au constat d'une délinquance aux moyens techniques accrus.

Paragraphe 2^{ème} : Une délinquance technique

L'histoire de la preuve suit celle de la criminalité. En raison des figures diverses et malignes qu'emprunte cette dernière, le droit de la preuve est dans l'obligation de s'adapter. La seconde moitié du XX^{ème} siècle a vu se développer deux nouvelles formes de délinquance face auxquelles les procédés probatoires classiques sont inexistantes sinon obsolètes : la délinquance économique et financière d'une part (A) et, d'autre part, la délinquance informatique (B).

A. Une délinquance économique et financière

Le procès pénal est sous-tendu par un désir qui, outre la volonté de réprimer des comportements spécifiés, réside dans la recherche et l'établissement de la vérité. Recherche de la vérité factuelle afin qu'au terme du procès le juge puisse formuler la vérité judiciaire, elle-même concrétisée par une décision de condamnation, de relaxe ou d'acquiescement. La réussite, l'effectivité du procès pénal dépend donc directement de la productivité, en terme de quantité et de qualité, des services chargés de recueillir les preuves d'une infraction.

Or, pour ces services, rassembler les preuves est un véritable défi. Un défi car la commission d'un acte illégal, et a *fortiori* infractionnel, s'accommode mal de la publicité et s'entoure le plus souvent d'un anonymat et d'une clandestinité protecteurs (1). La faculté de réunir des preuves pertinentes est inversement proportionnelle au degré d'opacité et de technicité de l'acte. On comprend alors tout l'enjeu que représente, pour le système judiciaire français, la

nécessité de perfectionner les techniques de recherche de preuves dans des domaines par définition hostiles à la transparence et à la découverte de la vérité. Ces domaines sont évidemment ceux des affaires (2).

1. La délinquance économique et financière : un triple défi pour le système probatoire

Longtemps considérée comme une préoccupation secondaire¹², reléguée derrière les crimes de sang, la répression de la délinquance économique et financière devient aujourd'hui une priorité. De tels agissements menacent la structure même de l'Etat car ils mettent en cause la confiance du public dans le système financier et économique tel qu'il fonctionne dans un système libéral, ils décrédibilisent la loi du marché. Il devient, à partir d'une certaine échelle, œuvre de salubrité économique de les combattre¹³. Cette forme de délinquance ne représente qu'une faible part de l'ensemble des condamnations pénales, moins de dix pour cent¹⁴, mais son coût est dix fois plus important que la délinquance de droit commun¹⁵.

Dans ces sphères d'argent et de pouvoir, les transformations des techniques de preuves sont vitales mais délicates, cela en raison de plusieurs facteurs, principalement les aspects complexe (a), clandestin (b) et transfrontalier (c), qui sont autant de défis posés aux autorités chargées de leur administration.

¹² Voir les avant-propos de Pierre TRUCHE in *La justice pénale face à la délinquance économique et financière*, Sous la direction de M.-A. FRISON-ROCHE, J.-C. MARIN et C. NOCQUET, Dalloz 1999.

¹³ Marie-Anne 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*, Sous la direction de FRISON-ROCHE (M-A), MARIN (J-C) et NOCQUET (C), Dalloz, 1999, n° 51.

¹⁴ Proportion des infractions économiques et financières (hors atteintes aux biens, escroqueries et abus de confiance) dans le total des condamnations pour délits : en 1996 : 18.748 infractions économiques et financières sur 413.812 condamnations pour délits. En 1997 : 21.149 sur 439.138. En 1998 : 21.597 sur 449.893. En 1999 : 20.470 sur 454.131. En 2000 : 19.723 sur 443.615. Statistiques du ministère de la justice, « Annuaire statistique de la Justice », La documentation française, éd. 2002.

¹⁵ Chiffres tirés des travaux du S.E.P.C., cités par GIUDICELLI-DELAGE (G), *Droit pénal des affaires*, Mémento Dalloz, 4^{ème} éd., p. 4. D'autre part, selon un rapport du Conseil de l'Europe, la perte liée à la délinquance d'affaire fluctuait déjà en 1981 entre 13% et 17% des dépenses du budget de l'Etat, « La criminalité des affaires », Rapport du Comité européen pour les problèmes criminels, Strasbourg, 1981, p. 20.

a. Le caractère complexe des infractions économiques et financières

Malgré le caractère polymorphe de la notion « d'affaires », on peut définir le droit pénal des affaires comme la branche du droit pénal qui sanctionne, d'une part, les atteintes à l'ordre financier, économique, social et à la qualité de la vie, d'autre part, les atteintes à la propriété, foi publique, intégrité physique des personnes, lorsque l'auteur a agi dans le cadre d'une entreprise¹⁶. La notion de délinquance d'affaire renvoie nécessairement à celles de travail et d'argent, d'économie et de finance. Elle s'inscrit dans le cadre d'un système, économique ou financier, plus ou moins complexe par nature.

La « grande complexité » est un critère de définition retenu par le législateur à l'article 704 du code de procédure pénale. Critère vague, dépassant largement le cadre des infractions économiques et financières, mais qui a le mérite de mettre en lumière une des caractéristiques des comportements d'affaires qui est la participation de personnes physiques ou morales, publiques ou privées, prises en tant qu'acteurs économiques ou sociaux à des processus complexes.

S'agissant des délits financiers, l'entreprise apparaît à la fois comme le cadre, le moyen, le complice ou la victime de l'infraction, quand elle n'en est pas l'auteur par le biais de ses organes ou représentants. Or, l'entreprise est par nature une structure complexe, un terrain privilégié à la commission d'infractions aussi clandestines qu'astucieuses. Dans cette sphère où souplesse, rapidité et discrétion sont des impératifs, la découverte d'infractions et le rassemblement des preuves est une tâche particulièrement ardue.

b. Le caractère clandestin des infractions économiques et financières

L'activité de l'entreprise fait souvent figure de paravent pour la commissions d'actes illégaux. Le plus souvent, les pratiques délictueuses sont imbriquées dans les activités ordinaires

¹⁶ Définition de Mireille DELMAS-MARTY, *Droit pénal des affaires*, PUF, 3^{ème} éd., p. 3. Le ministère de la justice définit, quant à lui, la délinquance économique et financière comme les infractions à la législation sur : les chèques, le travail et la sécurité sociale ; les fraudes et contrefaçons, la concurrence et les prix, les sociétés et les finances publiques.

et tout à fait légales des entreprises. Cette confusion soigneusement entretenue rend encore plus difficile la découverte des infractions¹⁷ et la recherche des preuves.

A cela s'ajoute le fait que les infractions financières sont souvent commises en concours réel, différents délits secondaires sont commis afin de camoufler un délit principal. C'est notamment le cas en matière d'abus de biens sociaux, délit qui n'est souvent que le noyau central d'une nébuleuse autour duquel gravitent de nombreux « délits d'accompagnement » commis par les organes ou représentants de la personne morale et destinés à faciliter la commission de l'infraction principale et à en empêcher la découverte¹⁸. Certaines entreprises font même de l'illégalité leur unique commerce et constituent ce que l'on appelle des « entreprises de fraude »¹⁹.

c. Le caractère transfrontalier des infractions économiques et financières

La nature hétérogène de la criminalité d'affaire lui permet de recouvrir différentes formes, de la pratique individuelle utilisant les nouvelles technologies de pointe, l'outil informatique notamment, à de vastes opérations menées au plan international par des groupes hyperstructurés et parfois connectés au crime organisé. Si la criminalité organisée n'est pas un phénomène nouveau, sa mondialisation en est une manifestation récente et exponentielle. La dérégulation des échanges, la sophistication des moyens de communication, l'existence d'un archipel planétaire de places spécialisées dans la gestion tolérée de la criminalité financière et l'absence d'une solide coopération internationale ont favorisé une telle évolution. Même lorsque l'infraction est commise sur le territoire national, certaines opérations, éléments constitutifs matériels, peuvent avoir été réalisées à l'étranger. Quant aux produits du délit, ce sont souvent des sommes d'argent dont l'existence et la provenance se perdent au fil des transits dans diverses banques étrangères.

¹⁷ La clandestinité de nombreuses infractions économiques et financières pose le problème de la prescription de l'action publique, notamment celui de savoir à quelle date fixer le point de départ du délai de prescription. Si le critère légal commande de faire courir ce délai au jour où l'infraction est consommée, la jurisprudence retient parfois, *contra legem*, le jour de la découverte des faits comme point de départ.

¹⁸ VERON (M), *L'abus de biens sociaux, évolution ou dérive ?*, Gaz. Pal., 1996, p. 623 et s.

Ces trois caractéristiques des infractions économiques et financières rendent particulièrement problématique le recueillement des preuves. On peut avoir une idée de ces difficultés et des solutions à mettre en œuvre en analysant une infraction pour laquelle les trois facteurs décrits supra se rencontrent de manière idéale : le blanchiment de capitaux.

2. L'exemple du blanchiment de capitaux

Le paragon des infractions financières posant un véritable défi de répression aux autorités étatiques est le blanchiment des capitaux issus d'activités illicites²⁰. A travers l'étude de cette infraction et des moyens existants aujourd'hui en droit interne et international pour y faire face, on peut avoir une idée de l'ampleur des mutations que connaît et doit encore connaître le droit de la preuve des infractions économiques et financières.

Le blanchiment des capitaux consiste à retraiter les produits d'origine criminelle pour en masquer l'illégalité. Cette infraction se situe en aval d'une démarche criminelle qui commence par l'acquisition de fonds provenant d'activités illicites telles que : vente d'armes, prostitution, trafic de stupéfiants, escroquerie, délit d'initié, corruption, fraude ou encore terrorisme etc. Le blanchiment est donc inextricablement lié à l'activité criminelle qui a généré les fonds blanchis. L'importance d'une analyse sur cette infraction dans le cadre d'une étude sur la preuve pénale tient au fait que c'est à partir de la découverte d'opérations de blanchiment que les autorités répressives vont pouvoir appréhender les faits illicites originaires. Le blanchiment est en quelque sorte la preuve que d'autres infractions, par nature difficiles à détecter car clandestines, ont été commises. Il faut alors favoriser les techniques permettant de découvrir le blanchiment de capitaux si l'on veut lutter contre la délinquance financière qui produit les capitaux en question. En outre, la répression du blanchiment en tant que tel, et non plus pris comme talon d'Achille de l'activité criminelle, est essentielle car c'est une infraction qui viole directement l'intégrité du marché des services bancaires et financiers. En effet, cette intégrité du marché dépend du

¹⁹ LASCOUMES (P), *Les affaires ou l'art de l'ombre. Les délinquances économiques et financières et leur contrôle*, Le Centurion, 1986. COSSON (J), *Les industriels de la fraude fiscale*, Seuil, 1988.

²⁰ Le poids du blanchiment des profits provenant des activités criminelles organisées est estimé par le FMI de 2 à 5 % du P.I.B. mondial, soit 600 à 1.500 milliards de dollars. Discours de Madame Marylise Lebranchu, Ministre de la Justice, lors du séminaire européen « Les aspects judiciaires de la lutte contre la criminalité économique et financière », Villeneuve-lès-Avignon, 17 novembre 2000.

sentiment qu'il fonctionne dans le cadre de normes juridiques, professionnelles et déontologiques rigoureuses. Toute déformation de ce cadre de moralité blesse l'un des actifs les plus précieux d'une institution financière : sa réputation. A cela, il faut ajouter le problème représenté par le coût du blanchiment. Selon le Fonds Monétaire International, le volume agrégé du blanchiment de capitaux dans le monde se situerait dans une fourchette de deux à cinq pour cent du produit intérieur brut mondial. Si l'on se réfère aux statistiques pour l'année 1996, ces pourcentages permettraient de penser que le blanchiment a représenté de 590 à 1 500 milliards de dollars.

Pour ces différentes raisons, la lutte contre le blanchiment de capitaux est devenue une préoccupation majeure de nombreux Etats. Des outils internes et internationaux ont été créés ou se sont développés pour combattre ce fléau.

En France, la loi du 23 décembre 1987 est venue réprimer le blanchiment du produit du trafic de stupéfiants. Une loi du 13 mai 1996²¹ est venue élargir l'incrimination aux biens ou revenus procédant d'un crime ou d'un délit²². La loi du 30 juin 2000²³ consacre quant à elle les délits de corruption passive et active²⁴. En matière procédurale, la loi du 6 août 1975²⁵, modifiée et complétée par les lois du 1^{er} février 1994²⁶, 2 juillet 1998²⁷ et 30 juin 2000, prévoit un régime de compétence dérogatoire du droit commun pour la poursuite, l'instruction et le jugement des infractions en matière économique et financière²⁸. Cependant, les règles particulières de procédure concernant la garde à vue, les perquisitions, la prescription ou le recours à des opérations d'infiltration prévues en cas de trafic de stupéfiants²⁹ n'ont pas été étendues aux infractions financières. La démarche inverse favoriserait pourtant sans conteste la recherche et l'obtention de preuves.

Les efforts de la France, comme ceux de bien d'autres pays, sont représentatifs d'une volonté internationale de lutte contre le blanchiment et les infractions économiques et financières d'envergure. La politique anti-criminelle menée à ce sujet est impulsée en grande partie par le

²¹ Loi n° 96-392.

²² Article 324-1 du code pénal.

²³ Loi n° 2000-595.

²⁴ Articles 435-1 à 435-6 du code pénal.

²⁵ Loi n° 75-701.

²⁶ Loi n° 94-89.

²⁷ Loi n° 98-546.

²⁸ Articles 704 à 706-1 du code de procédure pénale.

Groupe d'action financière sur le blanchiment de capitaux (GAFI). Créé lors du Sommet du G-7 à Paris en 1989 afin de mettre au point une action coordonnée à l'échelle internationale contre le blanchiment, le GAFI a élaboré 40 recommandations aux Etats membres³⁰. Ces recommandations, rédigées en 1990 et révisées en 1996, portent sur le système de justice pénale et l'application des lois, le système financier et sa réglementation, ainsi que sur la coopération internationale. C'est aussi en 1990 qu'est adoptée par le Conseil de l'Europe la Convention n°141, dite de Strasbourg, relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime.

Les recommandations du GAFI sont reconnues comme la référence internationale des dispositifs de lutte contre le blanchiment de capitaux. Elles ont vocation à s'appliquer aux institutions financières mais le GAFI encourage des entreprises ou professions qui ne sont pas des institutions financières à suivre certaines recommandations³¹ à l'occasion de l'exercice d'activités financières à titre commercial³². En complément, le GAFI peut imposer des contre-mesures aux pays et territoires non coopératifs.

Certaines de ces recommandations, relatives aux présomptions d'intention (a), au devoir d'information et de vigilance des institutions financières (b) et au renforcement de la coopération internationale (c), intéressent plus ou moins directement le sujet de la preuve et peuvent être

²⁹ Articles 706-26 à 706-33 du code de procédure pénale.

³⁰ Le GAFI regroupe 29 pays et deux organisations internationales. Les pays sont : l'Allemagne, l'Argentine, l'Australie, l'Autriche, la Belgique, le Brésil, le Canada, le Danemark, l'Espagne, les Etats-Unis, la Finlande, la France, la Grèce, Hong Kong, la Chine, l'Irlande, l'Islande, l'Italie, le Japon, le Luxembourg, le Mexique, la Norvège, la Nouvelle-Zélande, le Royaume des Pays-Bas, le Portugal, le Royaume-Uni, Singapour, la Suède, la Suisse et la Turquie. Les deux organisations internationales sont : la Commission européenne et le Conseil de coopération du Golfe.

³¹ Les recommandations 10 à 21 et 23.

³² Les professions ainsi visées par le GAFI sont :

1. Acceptation de dépôts et d'autres fonds remboursables du public
2. Prêts
3. Crédit-bail
4. Services de transmission monétaire
5. Emission et gestion de moyens de paiement (cartes de crédit et de paiement, chèques, lettres de crédit etc.)
6. Octroi de garanties et souscription d'engagements
7. Négociation pour le compte de clients sur certains marchés
8. Participation à des émissions de valeurs mobilières et prestation de services financiers connexes
9. Gestion individuelle et collective de patrimoine
10. Conservation et administration de valeurs mobilières, en espèces ou liquides, pour le compte de clients
11. Opérations d'assurances sur la vie et les autres produits de placement
12. Le change manuel

considérées comme des pistes de réflexion pour perfectionner le système probatoire des différents pays.

a. Les présomptions d'intention

Le GAFI préconise, par exemple, que les législations internes consacrent à l'encontre des blanchisseurs appartenant à une profession réglementée une présomption d'intention frauduleuse en cas de non respect des règles de la profession. Par ailleurs, il précise que l'élément intentionnel de l'infraction de blanchiment pourrait être déduit de circonstances factuelles objectives³³. Dans le même esprit, une des propositions contenues dans la déclaration finale de la Conférence des Parlements de l'Union européenne contre le blanchiment, qui s'est tenue à Paris le 7 et 8 février 2002, préconise d'instituer un partage de la charge de la preuve de l'origine criminelle des capitaux.

Les présomptions de responsabilités, en matière économique et financière, renversent la charge de la preuve mais posent un problème de compatibilité avec le principe de la présomption d'innocence. Ce qui est à prouver c'est essentiellement l'existence de l'infraction, la matérialité des faits incriminés et la détermination de celui à qui cette infraction peut être imputée. La partie poursuivante doit donc établir le corps du délit tandis que le prévenu ou le mis en examen doit établir la réalité de la cause de justification qu'il invoque.

Une disposition comme celle du code des douanes, article 418, qui présume introduites en contrebande les marchandises prohibées ou fortement taxées quand elles sont trouvées dans la zone terrestre du rayon des douanes est-elle acceptable au regard du principe de la présomption d'innocence ? La Cour européenne a jugé que de telles présomptions de culpabilité n'étaient pas incompatibles avec le principe affirmé à l'article préliminaire du Code de procédure pénale, aux conditions que l'on ne dépasse pas des limites raisonnables prenant en compte la gravité de l'enjeu, que les droits de la défense soient respectés et qu'il y ait une motivation suffisante³⁴. La Cour de cassation a ainsi reconnu, dans une affaire d'abus de biens sociaux, que pesait sur le dirigeant poursuivi la charge de la preuve du caractère social de la dépense portée sans justification en comptabilité³⁵. On peut alors se demander dans quelle mesure le droit français

³³ Recommandation n° 5.

³⁴ Cr.E.D.H., Aff. *Salabiaku*, 7 octobre 1988, Série A, n° 141-A.

³⁵ Crim., 28 nov. 1994, D. 1995, 506, note RANUCCI (J-F).

peut et doit instituer de telles présomptions. En allant plus loin, on peut remarquer que la logique particulière qui conduit un agent à violer la norme pénale, dans le domaine qui nous intéresse, est une démarche réfléchie qui s'analyse en terme d'avantage. Le délinquant choisit entre les conséquences négatives potentielles découlant de l'acte infractionnel envisagé et le bénéfice escompté dudit acte. Dès lors, l'acte contraire à la loi, commis par l'agent animé de cette rationalité, prouve sa volonté de méconnaître la règle. Il y a alors fusion probatoire entre l'élément matériel et l'élément intentionnel. L'acte présumant l'intention, le débat probatoire s'en trouve clos, la question des intentions ne se pose plus³⁶. C'est du moins la position adoptée à différentes reprises par la Chambre criminelle de la Cour de cassation³⁷.

b. Le devoir d'information et de vigilance des institutions financières

Le GAFI insiste pour que les institutions financières fassent preuve de clarté et de transparence dans la tenue de leurs comptes et dans les relations avec leurs clients. Ainsi, elles ne devraient pas tenir de comptes anonymes, ni de comptes sous des noms manifestement fictifs. Elles devraient être tenues d'identifier leurs clients habituels ou occasionnels³⁸. Elles devraient conserver pendant au moins cinq ans toutes les pièces nécessaires se rapportant aux transactions effectuées, nationales et internationales, afin de leur permettre de répondre rapidement aux demandes d'information des autorités compétentes. Ces pièces doivent permettre de reconstituer les transactions individuelles de façon à fournir des preuves en cas de poursuites³⁹.

Le GAFI enjoint encore ces institutions à porter une attention particulière à toutes les opérations complexes, anormales, importantes, et à tous les types inhabituels de transactions, lorsqu'elles n'ont pas de cause économique ou licite apparente⁴⁰. Et lorsqu'elles suspectent que des fonds proviennent d'une activité criminelle, elles doivent être obligées à déclarer rapidement

³⁶ Voir l'article de Marie-Anne 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*, Ouvrage collectif sous la direction de FRISON-ROCHE (M-A), MARIN (J-C), NOCQUET (C), Dalloz, 1999.

³⁷ Crim., 25 mai 1994, Bull. Crim., n° 203 (vente sans facture) ; Crim., 26 octobre 1995, Bull. Joly Bourse, 1996, p. 154, note RONTCHEVSKY (N) (divulgarion à des tiers d'informations privilégiées) ; Crim., 10 octobre 1996, Bull. Crim., n° 358 (revente à perte).

³⁸ Recommandation n° 10 et 11.

³⁹ Recommandation n° 12.

⁴⁰ Recommandation n° 14.

leurs soupçons aux autorités compétentes⁴¹. Plus largement, le GAFI invite les pays à réfléchir à la faisabilité et à l'utilité d'un système dans lequel les banques et autres institutions financières et intermédiaires déclareraient toutes les transactions nationales et internationales au-dessus d'un certain montant à une agence nationale disposant d'une base de données informatisées portée à la connaissance des autorités compétentes⁴². Ajoutons que le GAFI peut imposer des contre-mesures aux pays et territoires non coopératifs (PTNC) ainsi que des mesures de vigilance pouvant aller jusqu'à des actions de régulation et d'interdiction des flux.

Ce ne sont là que quelques exemples marquant du rôle que le GAFI entend confier aux institutions financières. Celles-ci, devant faire preuve d'une extrême vigilance, participeraient à la prévention et à la recherche d'infractions de blanchiment de capitaux et, corollairement, faciliteraient la découverte d'éléments probatoires.

Un des obstacles majeurs à la recherche et la preuve du blanchiment de capitaux, et plus généralement d'infractions économiques et financières, est le poids du secret bancaire. Ce secret ne peut être levé tant qu'un certain degré de preuve n'a pas été atteint. Or, paradoxalement, ce degré de preuve est difficilement atteint sans que le secret bancaire ne soit levé.

Dans cet esprit, la directive 91/308/CEE du Conseil, du 10 juin 1991, relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux, imposait aux établissements de crédit et institutions financières un devoir de communication. Cette directive a été modifiée par celle du Parlement européen et du Conseil du 4 décembre 2001⁴³ dans le sens d'une extension des obligations de coopération à des activités et professions non financières telles que : commissaires aux comptes, comptables, agents immobiliers, notaires, avocats, courtiers en biens de valeur, commissaires-priseurs, convoyeurs de fonds ainsi que les casinos.

En ce qui concerne la France, les fonctionnaires⁴⁴ d'une part, les commissaires aux comptes⁴⁵ d'autre part, ont l'obligation de révéler au parquet les infractions dont ils ont connaissance. Plusieurs institutions ou personnes, publiques ou privées, sont débitrices d'une

⁴¹ Recommandation n° 15.

⁴² Recommandation n° 23.

⁴³ Directive 2001/97/CE.

⁴⁴ Article 40 du Code de procédure pénale.

⁴⁵ Article 457 de la loi du 24 juillet 1966.

information au Parquet. Il faut ainsi analyser le rôle important joué par des institutions telles que la Cour des comptes ou les Chambres régionales des comptes, les grands corps de contrôle de l'Etat et les missions spécialisées, l'Inspection générale des finances, IGAS, le TRACFIN, la COB etc.

Cela nous amène à devoir déterminer l'étendue des obligations imposées aux professionnels et, par incidence, s'interroger sur l'opposabilité du secret professionnel aux autorités de recherche et de poursuite des infractions. Sur ce dernier point, la Chambre criminelle a déjà jugé que l'autorité judiciaire peut, sans porter atteinte au secret, appréhender les documents permettant d'établir la participation délictueuse de professionnel à telle ou telle infraction⁴⁶.

c. Le renforcement de la coopération internationale

Pour le GAFI, les institutions financières devraient enregistrer les flux internationaux d'espèces en toutes devises et communiquer ces renseignements au Fonds Monétaire International et à la Banque des Règlements Internationaux afin de faciliter les études internationales⁴⁷. Par ailleurs, les autorités internationales compétentes, Interpol et l'Organisation Mondiale des Douanes, devraient être chargées de rassembler puis de diffuser aux autorités compétentes les informations relatives aux évolutions les plus récentes en matière de blanchiment de capitaux et de techniques de blanchiment⁴⁸.

Il faut aussi encourager la coopération entre les autorités des différents pays dans le cadre des enquêtes. A cet égard, une technique d'enquête valable et efficace est la livraison surveillée relative aux actifs connus ou présumés d'être le produit du crime⁴⁹. Dans le même sens, il faudrait prévoir des procédures d'entraide judiciaire en matière pénale pour le recours à des mesures de contrainte telles que la production de documents par des institutions financières et autres personnes, la fouille de personnes et de locaux, la saisie et l'obtention de preuves destinées à être utilisées dans des enquêtes et des poursuites en la matière⁵⁰. Dans cette optique, un premier pas a été franchi avec la création, par le conseil européen de Tampere en octobre 1999, d'EUROJUST, unité composée de procureurs, de magistrats détachés par chaque Etat membre,

⁴⁶ Crim., 5 juin 1975, Bull. Crim., n° 146 ; Crim., 12 mars 1992, Bull. Crim., n° 112.

⁴⁷ Recommandation n° 30.

⁴⁸ Recommandation n° 31.

⁴⁹ Recommandation n° 36.

⁵⁰ Recommandation n° 37.

ayant pour mission de contribuer à une bonne coordination entre les autorités nationales chargées des poursuites. Cependant, la création d'un parquet européen est loin d'être aboutie. Depuis l'appel de Genève, lancé le 1^{er} octobre 1996 par sept magistrats⁵¹, l'idée d'instaurer un véritable espace judiciaire européen, au sein duquel les magistrats pourraient rechercher et échanger les informations utiles aux enquêtes en cours, semble communément admise mais la concrétisation de cette volonté reste encore à réaliser.

Face à une criminalité transnationale il faut une réponse internationale. La coopération effective entre les divers Etats engagés dans la lutte contre les infractions économiques et financières est un des piliers de la réussite de l'entreprise. Il faut notamment faciliter les échanges entre magistrats instructeurs des différents pays sur lesquels ce type d'infractions peut se répandre et faciliter l'exécution de commissions rogatoires internationales lorsque l'on sait que, trop souvent, l'exécution de ces commissions prend un temps démesurément long par rapport à la rapidité de circulation des flux d'argent et à la disparition des traces. Dans le cadre de l'Europe, existe la convention d'entraide en matière pénale, mais la technique n'est pas toujours simple. Des disparités existent dans les législations, quant aux droits des personnes mises en cause et surtout quant aux recours, car il est difficile, une fois que les pièces reviennent de l'étranger, de contester la régularité d'un acte accompli dans l'autre pays et selon les règles de forme applicables dans ce pays. Certaines législations autorisent des recours avant le départ des pièces à conviction pour être sûr que l'on ne vienne pas ensuite en contester la valeur dans le pays qui les a demandées. La France ne connaît pas ce contrôle.

Dans l'optique d'une meilleure coopération, il faut souligner l'initiative de la France en vue de l'adoption d'une convention relative à l'amélioration de l'entraide judiciaire en matière pénale, notamment dans le domaine de la lutte contre la criminalité organisée, le blanchiment du produit d'infractions et la criminalité en matière financière. La convention proposée vise à faciliter l'application des instruments existants dans le domaine de l'entraide judiciaire en matière pénale. Elle prévoit une coopération accrue entre les Etats membres, qui ne peuvent invoquer les dispositions en matière de confidentialité pour refuser d'exécuter une demande d'entraide judiciaire d'un autre Etat membre. Ces Etats doivent également favoriser l'apport et la mise en

⁵¹ Bernard Bertossa, Edmundo Bruti Liberati, Gherardo Colombo, Benoît Dejemeppe, Baltasar Garzon Real, Carlos

sûreté de tout élément de preuve concernant le blanchiment d'argent. Le projet de convention est actuellement soumis pour avis à l'examen du Parlement.

Cette coopération internationale participe d'un élan vers le travail en équipe, intégrant des professionnels pluridisciplinaires. Cette nécessité amène à repenser l'organisation judiciaire au sein de chaque Etat.

Particulièrement, en France, se développe une forme originale de « *collégialité à la française* »⁵². L'apparition de nouveaux collaborateurs aux côtés des magistrats ainsi que la mise au point de nouveaux instruments informatiques participent de cette nouvelle approche de la lutte contre la délinquance économique et financière. Il n'est pas rare de voir deux juges d'instruction travailler de concert sur la même information. Le juge d'instruction n'est donc plus esseulé dans des affaires souvent complexes. De plus ces magistrats sont assistés de collaborateurs ; des assistants de justice venus des universités et des assistants spécialisés issus de la Banque de France, des impôts, des douanes et de la direction de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes.

Ces équipes pluridisciplinaires gardent, de bout en bout, l'entière maîtrise des procédures dont le magistrat instructeur assure pleinement la conduite et évitent ainsi de déléguer leurs pouvoirs entre les mains des services de police ou d'experts. Quant aux moyens informatiques, les magistrats peuvent s'appuyer sur le logiciel d'Instruction assistée par ordinateur (IAO) permettant d'obtenir un double du dossier sur cédérom et de procéder à tous travaux, recoupements, analyses et synthèses utiles. Parallèlement à ce logiciel, se développe au sein de la division économique du Parquet de Paris une expérimentation de gestion électronique des documents qui permet la mise en valeur de paramètres non seulement au sein d'une procédure mais dans l'ensemble des dossiers traités dans la mesure où le système fonctionne en réseau.

Tous ces éléments doivent non seulement permettre une meilleure approche de la criminalité en col blanc mais devraient aussi autoriser un meilleur usage des différentes voies procédurales d'investigations et de poursuites. Le cadre de cette nouvelle méthode de travail est les pôles économiques et financiers, créés en 1998.

Jimenez Villarajo et Renaud Van Ruymbeke.

⁵² Claude NOCQUET, « Méthodologie de l'approche du traitement de la délinquance économique et financière. L'instruction au pôle financier », in *La justice pénale face à la délinquance économique et financière*, op. cit..

B. Une délinquance informatique

Le développement de l'outil informatique et sa récente explosion avec Internet a ainsi entraîné son lot de comportements délictueux. L'ampleur de cette criminalité, particulière à certains égards et notamment en raison de sa dimension internationale, a obligé les autorités à s'interroger sur cette nouvelle forme de délinquance. La cybercriminalité a ainsi fait l'objet d'une première réunion du G8 en décembre 1997, prouvant l'ampleur de l'utilisation délictueuse qui est faite de l'informatique.

Divers problèmes peuvent se poser, allant de la qualification de l'infraction à la juridiction compétente mais c'est dès la recherche de la preuve de cette délinquance informatique que le droit pénal révèle quelques faiblesses. Le bâtonnier Pettiti soulignait dans son rapport introductif⁵³ le dépérissement du droit de la preuve et l'inadéquation des codes de procédure à ces nouveaux problèmes que posent les moyens technologiques de communication. Toutefois, il ne faut pas diaboliser ces moyens de liberté afin d'éviter qu'ils ne deviennent les outils suprêmes de la répression, enlevant ainsi tout progrès pour l'humanité. Il s'agit donc de concilier l'efficacité par la démonstration d'un fait ou d'un droit déterminé et le respect des principes fondamentaux concernant la protection de la personne.

Malgré une adaptation du droit pénal (1), la preuve en matière informatique est encore difficile à apporter (2), actuellement, en raison de la difficulté à détecter ces infractions mais aussi eu égard aux problèmes de fiabilité de cette preuve (3).

1. Une adaptation du droit pénal

Face à cette nouvelle forme de délinquance, le droit pénal se devait de réagir. Encore fallait-il qu'il en soit capable, confronté à une criminalité qui n'avait été envisagée ni par les rédacteurs du code pénal ou du code de procédure pénale ni par les législateurs successifs. Le

⁵³ « *Le régime des preuves au regard de la Convention Européenne des Droits de l'Homme* », Session d'études de l'Institut de Formation en Droits de l'Homme du barreau de Paris, Paris, 4 mai 1988, RSC 1989, Informations, p.395 à 398.

droit pénal montra toutefois une remarquable adaptabilité (a), avant d'admettre d'inévitables adaptations (b).

a. L'adaptabilité du droit pénal

L'informatique constituant un nouveau pan de la collectivité une question peut se poser : constitue-t-il un domaine particulier de cette société, différant totalement de ses autres secteurs et nécessitant de ce fait une législation toute spécifique, spécialement au niveau de la preuve des comportements délictueux, ou se caractérise-t-il simplement par quelques spécificités exigeant une législation adaptée y compris en matière de preuve ?

Il est vrai que la délinquance informatique recouvre une réalité aux aspects multiformes : atteintes à la sécurité des systèmes d'information au sein des entreprises, atteintes aux libertés individuelles et à la vie privée d'autrui (diffamation, secret des correspondances, racisme...). Toute infraction qui peut être commise par émission ou échange d'informations est, en effet, réalisable ce qui semble pouvoir recouvrir l'ensemble des crimes, si on les envisage sous l'angle de la complicité, et la majorité des délits. A cela il faut ajouter les délits purement informatiques comme les atteintes aux systèmes de traitement automatisé de données (STAD).

Un constat s'impose donc : de nombreuses infractions classiques sont commises par le biais de l'informatique. Ce dernier apparaît dans ce cas comme un moyen permettant de commettre des comportements frauduleux préexistants en les optimisant : le blanchiment des capitaux, la copie de supports audiovisuels, le terrorisme... La recherche des preuves pour établir ces qualifications ne devrait donc pas différer si ce n'est au niveau de la prise en compte de la particularité de l'informatique. Parallèlement, certaines infractions ne sont que l'application au domaine informatique d'une délinquance traditionnelle : ainsi retrouve-t-on le terme de piratage ; la piraterie existe sur terre, sur mer, dans l'espace mais également aujourd'hui dans le cyberspace.

Par contre, certaines infractions ne peuvent s'appliquer : le vol de logiciel ne peut être retenu en matière de délinquance informatique ; en effet les communications téléphoniques (utilisées dans le cadre d'Internet) au même titre que les données informatiques n'entrent pas dans la catégorie des choses susceptibles de vol puisqu'elles ne peuvent faire l'objet d'une appropriation. Parfois cette spécificité de la matière informatique semble conduire à des erreurs d'appréciation comme nous le verrons plus loin avec l'exclusion passée du recel en cette matière.

Loin de représenter une révolution au niveau des comportements criminels, l'informatique a pu être appréhendé par la législation française. Toutefois, certaines adaptations ont dû être opérées.

b. Les incontournables adaptations du droit pénal

Face à la montée de l'informatique dans notre société, le législateur a dû prendre en compte certaines spécificités de la délinquance liée à l'informatique. Ainsi les articles 226-16 et suivants du C.P., ont été créés par la loi "Informatique et Libertés" en date du 6 janvier 1978 pour sanctionner des comportements particuliers relatifs "aux atteintes aux droits de la personne résultant des fichiers ou des traitements informatiques" et organiser un contrôle par la Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés (CNIL). Il ne s'agissait ici que de tirer les conséquences des applications de l'informatique.

Mais le législateur a également réagi en créant d'autres infractions particulières que les juridictions françaises préfèrent cependant écarter au profit de qualifications plus traditionnelles. La loi du 5 janvier 1988 dite Godfrain que l'on retrouve aux articles 323-1 C.P. à 323-7 C.P. dans un chapitre III consacré aux atteintes aux systèmes de traitement automatisé de données, est ainsi venue compléter l'escroquerie. Or deux constats doivent être opérés : d'une part ces infractions font l'objet d'une admission par les juges particulièrement large et d'autre part ces magistrats ont tendance à privilégier la qualification d'escroquerie sur ces qualifications spécifiques.

L'admission excessivement large des qualifications particulières tend à refléter la difficulté inhérente à la preuve de ces comportements. En effet, pour caractériser les délits de l'article 323-1 a1 C.P. l'essentiel pour les tribunaux est d'établir la preuve que les prévenus ont eu conscience d'usurper le droit d'accès ou au maintien dans un système. De même pour le délit d'entrave au fonctionnement d'un STAD, il est nécessaire d'apporter la preuve d'actes positifs d'entrave, qui révèlent par eux-mêmes l'intention de fraude, et ayant indifféremment pour effet de bloquer le système attaqué ou seulement d'en perturber le fonctionnement. Enfin, concernant l'introduction frauduleuse de données, une conception relativement large de l'élément matériel, caractérisé même en cas d'introduction matérielle de données par un tiers, est retenue ainsi qu'une conception fort simplifiée de l'élément moral « nécessairement » caractérisé par

l'introduction volontaire de données inexactes⁵⁴. Cette acception des éléments matériel et moral de ces infractions oblige à se demander si la difficulté à établir des preuves n'est pas responsable de cette attitude.

Dans la même optique, la préférence des juridictions pour les qualifications traditionnelles ne révèle-t-elle pas, au-delà de l'habitude des juges pour ces qualifications, un problème de preuve ?

Les progrès de la science ont de ce fait donné une importance à la preuve par indices que le législateur du code d'instruction criminelle n'avait pas soupçonnée.

Il est à noter néanmoins que le législateur, malgré ces difficultés, a su parfois ne pas intervenir craignant que le remède ne soit pire que le mal : le cryptage qui permettrait d'éviter la commission d'infractions favoriserait également les activités criminelles (plus dangereuses que celles évitées) rendant plus difficile la recherche et la preuve des comportements frauduleux.

Ces réponses du législateur, parfois peu efficaces, montrent néanmoins la volonté de donner à la justice les moyens de sanctionner des infractions dont la preuve est difficilement rapportable.

2. Une preuve difficilement rapportable

Les infractions informatiques sont difficilement détectables (a), problème auquel se rajoute le caractère dématérialisé des activités et leur circulation (b).

a. Des infractions difficilement décelables

Quelques statistiques permettront de mieux situer le phénomène de la délinquance informatique au sein de l'ensemble des comportements délinquants et illustreront la difficulté de déceler cette forme de criminalité.

⁵⁴ Crim. 5 janvier 1994, JCP, éd. E, 1994.I.359, obs. Vivant et Le Stanc.

Statistiques :

- de police judiciaire publiées par le ministère de l'Intérieur : 161 dossiers concernant la criminalité informatique ont été traités en 1996 par les services de la police et de la gendarmerie dont 25 ayant trait au piratage de logiciels (La Documentation française 1997).
- pourtant, les éditeurs de logiciels évaluaient à 57% le nombre de copies contrefaisantes (Chiffres de la Business Software Alliance)
- estimations inférieures du Club de la Sécurité Informatique mais les pertes dues à la fraude informatique s'élevaient tout de même à 2,3 milliards de francs en 1996.

On peut donc constater qu'un nombre minime d'infractions est effectivement poursuivi. Plus gênant, cette criminalité est souvent révélée par le fruit du hasard. Le Conseil de l'Europe constatait même qu'une activité illégale pouvait se poursuivre sur plusieurs années sans être décelée⁵⁵.

Pour contrer ce phénomène, une première solution, facile à mettre en place, consisterait à renforcer la collaboration des différentes instances connaissant de cette criminalité. En effet, la Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés (CNIL) est l'instance la plus à même d'être informée d'infractions relevant de traitement de données à caractère personnel. Or elle hésite à dénoncer au Parquet les infractions dont elle a connaissance. Pour exemple, il fallut attendre 1984 pour voir un dossier transmis au procureur de la République. Afin d'assurer une meilleure collaboration entre la justice et la CNIL, le Garde des Sceaux avait pourtant adressé aux procureurs généraux une circulaire, le 19 juillet 1983, visant à informer la CNIL du devenir des dossiers transmis et également des plaintes directement adressées aux procureurs. Cette même circulaire imposait à la CNIL de dénoncer aux parquets les infractions dont elle avait connaissance. Il paraît nécessaire de rappeler à ce niveau que l'article 40 du code de procédure pénale impose une telle dénonciation⁵⁶. Renforcer la collaboration entre les services judiciaires et la CNIL (même si des progrès ont été opérés) paraît donc être une des modalités permettant de faciliter la preuve des comportements délictueux.

⁵⁵ voir *Rapport du Conseil de l'Europe sur la criminalité en relation avec l'ordinateur*, 1989, p.13.

⁵⁶ « Toute autorité constituée, tout officier public ou fonctionnaire qui, dans l'exercice de ses fonctions, acquiert la connaissance d'un crime ou d'un délit est tenu d'en donner avis sans délai au procureur de la République et de transmettre à ce magistrat tous les renseignements, procès-verbaux et actes qui y sont relatifs ».

La conséquence de cette difficulté à déceler ces infractions est une prescription pouvant trop facilement être acquise. Néanmoins, il ne paraît pas souhaitable de vouloir créer une prescription rallongée. Ces problèmes apparaissent, en effet, plus comme une résultante des problèmes de détection de ces infractions ; c'est donc plutôt au niveau de l'accélération de l'identification des infractions qu'il faut agir.

La difficulté à révéler les infractions en matière informatique n'est que le premier écueil. Il se pose ensuite les problèmes du caractère dématérialisé de ces activités ainsi que de leur circulation.

b. Des activités dématérialisées circulantes

Les activités informatiques se caractérisent par leur aspect dématérialisé mais également par leur mobilité.

- Des activités dématérialisées

« Vos concepts juridiques ... ne s'appliquent pas à nous. Ils sont basés sur la matière. Il n'y a pas de matière ici »⁵⁷.

Cette déclaration de John Barlow pose l'un des problèmes touchant la preuve : la matérialité. Car le droit pénal considère fondamentalement l'infraction sous l'angle de son élément matériel. Or ces activités dématérialisées posent de nouveaux problèmes.

L'informatique a changé l'échelle des problèmes avec des possibilités de multiplication des phénomènes criminels et de leur importance ; mais a-t-il changé la nature de la preuve en supprimant purement et simplement la notion de support ? Quel peut-être le support d'un ordre de virement envoyé de banque à banque ? Un courant électrique, un faisceau hertzien ? Pourtant cette absence de support papier ne doit pas conduire à exclure toute existence de support. Certes, le document informatique n'est tout au plus qu'une copie : or en ce qui concerne les copies, celles-ci sont soumises au pouvoir souverain des juges du fond⁵⁸, mais encore faut-il que le

⁵⁷ John Barlow, Déclaration d'indépendance du Cyberspace. Cf. Richard Falk, *« vers une domination politique mondiale d'un nouveau type »*, Le Monde Diplomatique, mai 1996.

⁵⁸ Cass. Crim. 28 avril 1980, Bull. Crim., n°122.

support soit indélébile ou intangible et cela ne dispense pas de la preuve par la production de l'original⁵⁹.

Mais contrairement à ce que l'on pourrait penser la matérialisation de l'information existe. C'est au niveau des machines chargées de gérer les données ou de les stocker que la preuve va pouvoir être recherchée. C'est en conséquence au niveau du stockage que la preuve va être découverte. En effet, outre les problèmes juridiques qui seront envisagés par la suite, la saisie d'éléments est plus facile lorsqu'ils sont stockés – sur disque dur par exemple - que lorsqu'ils circulent : le cheminement de l'information est quasiment impossible à reconstituer, les données circulant par paquets qui n'empruntent pas les mêmes voies.

Au niveau des infractions pouvant relever de l'alinéa 2 de l'article 113-2 la présence d'un seul élément constitutif pourra être suffisante. Celui-ci pourra être caractérisé dans deux types de stockage qu'il convient de distinguer : le stockage volontaire ou automatique. La première hypothèse recouvre les activités de téléchargement de données qui exigent une démarche volontaire de la personne les téléchargeant. La seconde recouvre le stockage automatique de données (pour accélérer le service notamment). Or c'est le plus souvent cette dernière source qui va permettre la recherche de la preuve, l'effacement des données étant moins aisé. Néanmoins la seule présence de ces données illégales sur une machine ne doit pas impliquer nécessairement la responsabilité pénale de l'individu : puisque ces données sont enregistrées dès lors que, par exemple, l'individu va se connecter sur un site Internet il ne faut pas exclure une erreur de manipulation... Ainsi, l'automatisation des tâches de transmission si elle ne pose pas de problème au niveau de la preuve de la matérialité des faits peut poser des difficultés au plan de l'établissement de l'élément moral de l'infraction.

La conception de support élargie aux spécificités de l'informatique permet donc de résoudre certains problèmes liés à la preuve comme par exemple l'absence passée de l'infraction de recel : le recel d'information n'entraîne pas au sens de la chambre criminelle de la Cour de cassation⁶⁰ dans les prescriptions de l'article 321-1 C.P. Pourtant il ne paraissait pas raisonnable, comme le soulignait Jean-François Chassaing⁶¹, de privilégier le support papier et d'exclure le support informatique. En effet une image est aussi matérielle quand elle se traduit par des

⁵⁹ Dans le sens du rejet de la photocopie Cass. Com. 26 janvier 1982, Bull.crim. 4^e partie, n°27 ; Cass. crim. 20 décembre 1966, Bull.crim 4^e partie, n°330.

⁶⁰ Cass. Crim., 3 avril 1995, D. 1995, Somm., p.320, obs. Pradel

⁶¹ Chassaing (J-F), *L'Internet et le droit pénal*, D., 1996, I, Chronique, p.329 à 334.

modifications de l'état chimique d'un papier que quand elle s'analyse en modifications de l'état magnétique d'un disque dur ou d'une disquette ; la numérisation d'un document et son envoi par le net ne diffère en rien d'une photocopie envoyée par la poste. Les juridictions ont assimilé ces spécificités pour reconnaître le recel⁶².

En plus de constituer une activité dématérialisée, la pratique informatique se base sur la circulation de l'information.

- La circulation de l'information

Le comportement délictueux va être révélé par des données circulant d'un point à un autre. Se pose alors la question du statut de cette information circulant.

Tout d'abord, l'ensemble du courrier électronique doit être considéré comme une communication téléphonique et donc soumis aux exigences de l'article 100 du code de procédure pénale rendant plus difficile la recherche de la preuve. En revanche l'interception des données lors de la consultation d'un serveur d'informations n'entre pas dans les prescriptions de l'article susvisé puisqu'il ne s'agit pas de correspondances. Cependant, l'état actuel de la technique ne permet pas de dissocier ces deux types d'activité qui transitent par les mêmes supports (câbles...). Il convient donc de considérer que globalement les communications de l'Internet sont soumises aux limitations de l'article 100 du code de procédure pénale ce qui ne facilite pas l'établissement des preuves.

Toutefois cette rapidité de l'information peut être contrebalancée par le stockage de cette information comme nous l'avons vu précédemment mais il est vrai que cette impossibilité technique nuit grandement à la preuve de ces infractions.

- Le temps et la preuve

L'une des difficultés inhérentes à la preuve est son dépérissement et le décalage qu'il peut exister entre le temps judiciaire et le temps de conservation de la preuve. Tout d'abord, certains sites Internet ont une durée de vie très courte (sites à vocation pédophile) ce qui nécessite une

⁶² CA Paris, 13^{ème} ch. corr., 18 mai 1998, JCP éd. G 1999, p.952, n°18, obs. Vivant et Le Stanc ; Juris-Data, n°021418.

conservation des preuves et un engagement de la procédure extrêmement rapides. En effet, devant la longueur de certaines procédures, la preuve du comportement délictueux peut facilement dépérir et assurer ainsi l'impunité de l'auteur de l'infraction ou permettre à celui-ci de ne pas être inquiété avant une longue période lui permettant de se mettre à l'abri des poursuites.

Il faut préciser à ce niveau l'importance du secret bancaire qui fait naître deux temps : celui de la recherche de la preuve qui est très long et celui de l'infraction qui peut être très court. Le juge Halfen soulignait la difficulté à obtenir certaines preuves dans le milieu bancaire : pour des fonds ayant transité dans trois pays différents, opération nécessitant quelques minutes via l'informatique, la procédure pouvait durer trois ans. Ce décalage entraîne de vrais problèmes au niveau de la recherche de la preuve et seules les Conventions internationales semblent pouvoir y remédier.

La difficulté à rapporter la preuve des comportements frauduleux est renforcée par le manque de fiabilité de cette preuve.

3. La fiabilité de la preuve

La fiabilité de la preuve de la criminalité informatique n'est pas sans poser problème. Des incertitudes demeurent quant à l'authenticité intrinsèque de cette preuve (a) mais aussi quant à sa fiabilité concernant la détermination de l'auteur de l'infraction (b).

a. La fiabilité intrinsèque de la preuve

Une preuve pour pouvoir être acceptée en tant que telle doit présenter certaines garanties.

●r, la preuve informatique n'est pas forcément objective et pose trois problèmes :

L'exactitude des enregistrements

L'intangibilité

Le caractère inaltérable des données.

Pour résoudre ces problèmes, il faudra rechercher à améliorer l'authenticité du système informatique. Le recours à une véritable signature électronique semble aller dans ce sens, avec le même problème que pour la preuve écrite : la falsification. La loi du 13 mars 2000 (et le décret

du 13 décembre 2001) portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique apporte certaines réponses.

Rappelons que la directive européenne du 13 décembre 1999, même si elle traite du droit des affaires, a pour objectif non seulement d'aboutir à la reconnaissance de la valeur juridique de la signature électronique en droit interne des Etats membres mais également à son admission «comme preuve en justice de la même façon que les signatures manuscrites» (art.5.2). Les exigences concernant cette signature (article 2-2) devraient permettre d'identifier clairement l'auteur de l'infraction :

« Etre liée uniquement au signataire ; permettre d'identifier le signataire ; être créée par des moyens que le signataire puisse garder sous son contrôle exclusif ; être liée aux données auxquelles elle se rapporte de telle sorte que toute modification ultérieure des données soit détectable ». L'intervention de « Prestataire de Service de Certification Electronique » (PSCE) devrait permettre l'établissement de ces garanties. Le respect de ces exigences devrait pouvoir permettre d'identifier l'auteur de l'infraction, lorsqu'elle est utilisée, de la même façon et avec le même degré de fiabilité que la signature manuscrite. Il se pourrait même que le degré de fiabilité augmente par rapport à la signature traditionnelle, les imitations devenant plus difficiles à être réalisées par un faussaire occasionnel.

La loi française a bien intégré ces exigences qu'elle rappelle dans l'article 1316-4 du code civil « lorsqu'elle est électronique, elle consiste en l'usage d'un procédé fiable d'identification garantissant son lien avec l'acte auquel elle s'attache. La fiabilité de ce procédé est présumée, jusqu'à preuve contraire, lorsque la signature électronique est créée, l'identité du signataire assurée et l'intégrité de l'acte garantie, dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat ».⁶³

En effet, on ne peut se contenter de considérer les sources informatiques comme de simples indices ; une telle analyse reviendrait à paralyser la répression pour les infractions propres au domaine informatique ou laisserait une marge d'appréciation trop grande au juge qui devrait former sa conviction à partir d'un faisceau d'indices. L'établissement d'une signature électronique renforcera grandement la fiabilité de la preuve.

b. La fiabilité de la preuve dans la détermination de l'auteur de l'infraction

Ainsi la preuve de la délinquance informatique semble au final pouvoir être apportée parfois en améliorant la coopération des diverses instances ayant connaissance de comportements frauduleux ou le système de fiabilité, parfois en redéfinissant certaines notions pour intégrer le progrès scientifique. Toutefois il reste un problème important renforcé par le support informatique de cette délinquance : si le comportement frauduleux peut être mis en exergue, ce n'est pas toujours le cas de son ou ses auteurs. Un arrêt met particulièrement en évidence ce problème de preuve de l'auteur du comportement frauduleux : L'arrêt FRODO qui traitait d'un virus informatique⁶⁴. Après trois ans d'instruction et deux rapports d'expertise la justice n'avait toujours pas réussi à déterminer qui avait introduit le virus ! Le recours à la signature électronique devrait permettre dans certains cas une meilleure identification (voir supra).

Les gênes rencontrées au niveau de la preuve en matière informatique militent donc pour l'élaboration d'un droit pénal probatoire international.

L'ensemble des difficultés sus évoquées a une conséquence au niveau de la longueur des procédures à laquelle doit être rajoutée la lourdeur des procédures policières. En effet, la moindre demande de transmission de pièces ou d'autorisation d'actes auprès d'un Etat étranger nécessite de longs délais alors que les policiers ont besoin de procédures rapides pour éviter le dépérissement des preuves et le déplacement du comportement délictueux. La nécessité de raccourcir ces procédures apparaît donc indispensable et la coopération internationale semble devoir être le vecteur de cette amélioration.

Pour éviter certains problèmes liés à la preuve, il pourrait ainsi être bon de criminaliser certains comportements permettant ou pouvant conduire à détruire les preuves.

Les problèmes liés à la recherche et à la collecte des preuves dans le contexte international que prend pour cadre la délinquance informatique semblent militer pour

⁶³ Pour de plus amples développements sur la signature électronique et son degré de fiabilité, voir l'article de Mme Bordinat (G), *Introduction à la notion de signature électronique*, première publication le 6 mars 2002 sur le site <http://www.u-paris2.fr/dess-dmi/>

⁶⁴ Paris, 15 mars 1995, JCP 1995, IV, n° 1425, p.182 et Crim. 12 décembre 1996, Bull. Crim., n° 465

l'harmonisation du droit de la preuve et la création de procédures internationales. Une réflexion menée par le Comité sur la criminalité dans le cyberspace créé par le Conseil de l'Europe permettrait peut-être d'engager la réflexion sur ce projet.

Affiner les techniques de preuve relatives à la criminalité « classique », développer celles rendues nécessaires par l'évolution de certaines formes de délinquance impliquent une redéfinition du rôle des professionnels en charge de l'administration de la preuve.

Section 2nde : La place de la science dans la recherche des preuves

La conception classique du droit de la preuve prônait l'aveu, celle-ci s'oppose radicalement avec la conception moderne qui se base sur le support scientifique et technique. En effet, l'aveu d'aujourd'hui n'a plus la même consistance que celui d'hier et bien souvent ce sont des procédés scientifiques qui viennent le corroborer. La preuve scientifique peut s'analyser comme la résultante d'une démarche rationnelle fondée sur l'observation et l'expérience.

L'usage de la science pour pallier le crime est donc devenu indispensable notamment pour lutter activement contre de nouvelles formes de criminalité. A partir de ce constat se sont développées au cours des dernières décennies des nouvelles méthodes pour lesquelles il a fallu justifier de leur fiabilité mais aussi et surtout de leur conformité avec les idéaux irriguant la procédure pénale. De là se dégagent des méthodes à proscrire (paragraphe 1^{er}), d'autres à développer (paragraphe 2nd) et certaines à n'envisager qu'avec prudence (paragraphe 3^{em}e).

Paragraphe 1^{er} : Des procédés douteux : la narcose, l'hypnose et le polygraphe

L'hypnose renvoie à un état de conscience particulier entre la veille et le sommeil provoqué par la suggestion. La narcose quant à elle évoque un sommeil artificiel provoqué par l'administration de médicaments.

Les juristes français ont toujours été unanimes pour condamner l'interrogatoire sous narcose comme constituant une atteinte aux droits de la défense. Cependant le tribunal de la Seine a admis, dans une célèbre décision du 23 février 1949, que des experts, chargés de

rechercher si un prétendu aphasique était un simulateur, avaient pu le placer sous narcose et constater alors qu'il pouvait parler. Le narco-diagnostic serait alors admissible en justice, mais non la narco-analyse ou encore le narco-interrogatoire.

L'hypnose a fait l'objet d'une décision jurisprudentielle très récente⁶⁵. Dans cet arrêt la chambre criminelle de la Cour de cassation a en effet condamné l'utilisation de l'hypnose en jugeant qu'elle constituait une violation des dispositions légales relatives au mode d'administration des preuves en matière pénale. Le consentement de l'intéressé hypnotisé par un expert désigné par un juge d'instruction est indifférent, seul le fait de porter atteinte aux intérêts de la personne compte.

Dans ce cas, ce ne sont pas les procédés en soi qui sont condamnables mais leur utilisation en tant que preuve. En effet, « la suggestion en matière d'hypnose est fondamentale, de sorte qu'elle porte nécessairement atteinte aux droits de la défense qui n'a, par la force des choses, aucune maîtrise sur elle-même⁶⁶ ». En outre la cour d'appel dans l'affaire susvisée⁶⁷ insiste sur le fait que « l'hypnose n'est pas un procédé interdit mais représente actuellement une technique encore expérimentale à laquelle les chercheurs s'intéressent ».

Des objections ont également été élevées contre l'emploi d'appareils scientifiques permettant de mesurer les réactions des personnes interrogées. Aussi l'utilisation du polygraphe ou plus couramment du « détecteur de mensonges », largement répandue aux Etats-Unis, reste exclue en tant que moyen de preuve en France. Cet appareil, même fiable, « *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*⁶⁸ ».

C'est donc l'idée de suggestion qui empêche ces procédés de constituer des modes de preuve réguliers et ce même s'ils ont été consentis par la personne intéressée.

Paragraphe 2^{ème} : Des procédés répandus

« Depuis de nombreuses années, les statistiques pénales font état d'une augmentation très importante des faits d'agressions sexuelles dénoncés par les victimes et constatés par les

⁶⁵ Cass. Crim. 12 déc. 2000 Juris-data n°007696.

⁶⁶ PUIGELIER (C) note sous arrêt du 12 décembre 2000, JCP n°12, JP, II, 10495, p. 613.

⁶⁷ CA Rennes 18 mai 2000.

⁶⁸ RASSAT (M-L), *Traité de procédure pénale*, PUF, 2001, n°212.

services de police et de gendarmerie. Dans le même temps, les méthodes d'investigation mises en œuvre par les enquêteurs n'ont cessé d'évoluer, et des procédés de police technique et scientifique de plus en plus efficace ont pris une part prépondérante dans la résolution des affaires pénales (...) Parmi ces méthodes scientifiques, l'analyse d'identification par empreintes génétiques s'est imposée rapidement aux juridictions comme le moyen incontestable, non seulement d'identifier un criminel avec un degré de certitude jamais atteint, mais encore de disculper avec la même rigueur une personne qui aurait été soupçonnée à tort...⁶⁹ ».

A lire ces mots on est presque subjugué par les progrès extraordinaires qu'offre l'utilisation des gènes en matière pénale mais s'il est certain que cette technique constitue une avancée spectaculaire, il ne fait aucun doute que ce procédé doit être strictement encadré tellement les risques de dérapages y paraissent intrinsèquement liés.

La technique des empreintes génétiques génère beaucoup d'espoir en matière judiciaire en permettant notamment l'identification de l'auteur d'un viol mais aussi en offrant le pouvoir de disculper un suspect avec certitude⁷⁰. Elle a été consacrée pour la première fois dans les lois relatives à la bioéthique de juillet 1994, c'est le code civil qui a servi de support légal mais le législateur est demeuré très laconique concernant le cadre pénal jusqu'à la création récente du fichier national automatisé des empreintes génétiques (FNAEG) défini à l'article 706-54 du code de procédure pénale.

« Les empreintes génétiques sont le relevé des caractéristiques génétiques qui permettent de reconnaître un individu. La technique de l'empreinte génétique est utilisée à des fins d'identification grâce à un principe essentiel de la génétique : l'unicité biologique des individus⁷¹ ».

A l'instar des empreintes digitales, beaucoup ont fondé leurs espoirs sur cette innovation afin de lutter activement contre la grande criminalité. Mais l'identification génétique n'a de

⁶⁹ Extrait de la circulaire CRIM 00-8 F1 du 10 octobre 2000 présentant les dispositions relatives au fichier national automatisé des empreintes génétiques et au service central de préservation des prélèvements biologiques

⁷⁰ Dans l'enquête sur le viol et l'assassinat de Caroline Dickinson à Pleine-Fougères en juillet 1996, des analyses génétiques ont ainsi mis hors de cause un suspect qui était pourtant passé aux aveux durant sa garde à vue. Ses empreintes ADN ne correspondaient pas avec celles laissées par le violeur.

valeur que comparative. La carte génétique établie à partir d'un indice est en elle-même inexploitable si elle ne peut être comparée à celle d'un autre échantillon prélevé sur un suspect ou une victime. Dès lors se pose la question du récolement d'ADN permettant d'offrir un outil de comparaison.

Le prélèvement d'empreintes génétiques a suscité des réactions divergentes et controversées puisque ce procédé touche au plus profond de l'être humain : son intégrité physique. Aussi un encadrement strict de la technique s'impose afin de ne pas rompre avec des principes essentiels du droit notamment celui de l'inviolabilité du corps humain. Si dans ce sens des efforts nets ont été réalisés, il s'avère cependant que la réalité en matière génétique suscite encore d'importantes controverses.

Depuis la première mise au point de la technique en 1985 par le docteur Alec Jeffreys⁷², la méthode a évolué et on se félicite aujourd'hui de la création d'un fichier permettant de centraliser les données génétiques.

L'objectif premier du fichier est de conserver dans un traitement automatisé les empreintes génétiques de l'ensemble des personnes condamnées pour infractions à caractère sexuel afin d'offrir un outil de comparaison avec les éléments recueillis sur le lieu d'une infraction.

Le second objectif est la conservation de traces génétiques, c'est-à-dire des échantillons de matériel biologique de personnes non identifiées prélevés sur les lieux d'une infraction sexuelle.

Le fichier portera donc sur deux catégories de résultats d'analyses, les premières concernant les traces, c'est-à-dire les échantillons de prélèvements de matériel biologique appartenant à une personne non identifiée, les secondes concernant les empreintes, c'est-à-dire les prélèvements effectués sur des personnes identifiées. L'intérêt du fichier étant de confronter les deux catégories afin de confondre les criminels.

⁷¹ Définition proposée par Christian DOUTREMEPUICH, In *Les empreintes génétiques en matière judiciaire*, La documentation française, Paris, 1998, p. 11.

⁷² En 1985, une équipe de chercheurs britanniques, dirigée par Alec J. Jeffreys, publie dans la revue *Nature* une étude tout à fait étonnante. L'affaire a pour origine un problème d'immigration. Un jeune ghanéen qui désirait rejoindre sa mère résidant au Royaume-Uni se vit refuser le droit d'entrée. Les examens habituels de groupe sanguin n'avaient pas permis de conclure si l'enfant était le fils ou le neveu de la femme prétendant être sa mère. Seule l'analyse directe de l'information génétique, contenue dans la molécule d'ADN, de l'un et de l'autre, permis d'établir le lien filial avec certitude. Depuis cette technique d'identification est l'une des plus efficace au Royaume-Uni.

L'article 706-54 du code de procédure pénale mentionne en outre que «*les empreintes génétiques des personnes à l'encontre desquelles il existe des indices graves et concordants de nature à motiver leur mise en examen pour l'une des infractions visées à l'article 706-47 peuvent faire l'objet, à la demande du juge d'instruction ou du procureur de la République, d'un rapprochement avec les données incluses au fichier. Elles ne peuvent toutefois pas être conservées* ».

S'agissant des prélèvements, l'identification par empreintes génétiques des échantillons de matériel biologique prélevés sur une personne ne nécessite pas dans le cadre d'une procédure pénale l'accord de l'intéressé, les dispositions de l'article 16-11 alinéa 2 du code civil n'étant pas applicables⁷³. En revanche, il est interdit de procéder à un prélèvement par la contrainte. Toutefois il existe des palliatifs à cette règle qui d'une part, n'exige pas un acte formel établissant l'accord de la personne, et d'autre part peut être « contournée » par le biais d'une analyse faite sur un échantillon de matériel biologique qui se serait naturellement détaché du corps humain si les circonstances permettent de s'assurer que cet échantillon provient bien de l'intéressé. Cette interprétation a d'ailleurs été retenue par la Cour européenne des droits de l'homme qui considère que « le droit de ne pas s'incriminer soi-même concerne en premier lieu le respect de la détermination d'un accusé de garder le silence et que ce droit 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, par exemple les documents recueillis en vertu d'un mandat, les prélèvements d'haleine, de sang et d'urine ainsi que des tissus corporels en vue d'une analyse de l'ADN⁷⁴ ».

Il est certain que cette analyse paraît peu contestable dans l'optique d'un renforcement de la répression néanmoins les dérives sont nettement perceptibles, en effet comment discerner l'échantillon extorqué par provocation⁷⁵ de celui représentant l'aboutissement d'une procédure en bonne et due forme ?

⁷³ « [...] En matière civile, cette identification ne peut être recherchée que dans le cadre de mesure d'instruction ordonnée par le juge saisi d'une action tendant soit à l'établissement ou la contestation d'un lien de filiation, soit à l'obtention ou à la suppression de subsides. Le consentement de l'intéressé doit être préalablement et expressément recueilli. »

⁷⁴ CEDH 17 décembre 1996 *Saunders c/ Royaume-Uni*, Rec., 1996-VI.

En l'absence de réponse législative, il serait opportun de dessiner les contours de ces prélèvements « sauvages » afin de sauvegarder le principe de l'inviolabilité du corps humain et le respect de la loyauté dans la recherche des preuves. Outre cette interrogation, d'autres problèmes nés de l'utilisation de l'analyse génétique demeurent irrésolus.

Paragraphe 3^{ème} : Un procédé particulier : le profilage

Le profilage est une approche scientifique pluridisciplinaire consistant à dresser le profil physique, typologique et psychologique d'un criminel, à partir de l'analyse de la scène du crime et de tous les éléments rassemblés lors de l'enquête de police judiciaire.

Technique d'abord américaine, le profilage semble faire ses premiers pas dans les enquêtes judiciaires françaises.

Ainsi, un logiciel de profilage nommé SALVAC⁷⁶ a été mis en place.

Il permet efficacement le rapprochement et l'analyse des infractions ou crimes commis avec violence et présentant un caractère sériel.

SALVAC est un fichier commun à la police et à la gendarmerie nationale qui a institué un centre unique d'exploitation du logiciel.

S'inspirant largement du modèle canadien Violent Crime Linkage Analysis System (Viclas), le système SALVAC a pour objectif de résoudre certains homicides demeurant encore sans solution. Il implique, depuis la cellule parisienne organisée pour son fonctionnement, un investissement de huit policiers et gendarmes intégrant l'ensemble des données transmises par les enquêteurs effectuant les constatations sur une scène de crime. Les données transcrites avec minutie par les enquêteurs sont donc étudiées par des analystes comportementaux et en psychocriminologie.

Le logiciel informatique doit permettre à terme d'identifier les individus ayant participé à la commission des faits pénalement répréhensibles.

« Il s'agit de valoriser les pôles d'excellence de chacune des deux institutions, car les champs d'action commune sont multiples : logistique, formation, coopération internationale »⁷⁷.

⁷⁵ Nous pouvons imaginer le cas de l'enquêteur offrant une cigarette à la personne suspectée et analysant *a posteriori* les échantillons laissés sur le mégot.

⁷⁶ Le SALVAC est le système d'analyse et de liens de la violence associée aux crimes.

De surcroît, dans l'esprit d'une répression plus efficace de la délinquance actuelle, il est prévu une collaboration des officiers de police judiciaire composant la cellule SALVAC avec leurs homologues allemands, hollandais, britanniques, suédois ou encore danois, utilisant des logiciels compatibles avec l'appareil français doté d'un traducteur automatisé.

Quoi qu'il en soit, ce mode ne peut être que complémentaire et ne peut justifier à lui seul une arrestation, néanmoins sa mise en place peut permettre l'accélération de l'identification du criminel.

En phase d'élaboration la technique du profilage est sans conteste une méthode encore expérimentale néanmoins elle participe indubitablement à l'amélioration de l'efficacité en matière de recherche de la vérité. Il serait intéressant d'envisager la participation de criminologues dans les affaires criminelles les plus complexes. Le profil ne peut être que complémentaire mais *« orienter les enquêteurs sur le meilleurs des suspects, par un avis motivé, et sans jamais exclure les autres hypothèses peut permettre d'accélérer l'identification criminelle si des moyens supplémentaires et appropriés sont concentrés sur cet individu. Le plus difficile est en réalité de convaincre le juge et les services de police judiciaire. Il reste « qu'un partenariat où chacun confronte ses propres analyses est un incontestable progrès dans la lutte contre la criminalité⁷⁸ »*. La France a connu ces dernières années des scènes de crimes à répétition marquées par l'acharnement des tueurs⁷⁹ et il est certain que la détermination d'un profil criminel peut s'avérer d'une grande utilité pour l'enquête. Il serait donc intéressant de recueillir l'avis des professionnels de la justice sur l'introduction du profilage comme méthode de recherche de la vérité au sein du processus judiciaire français.

Evidemment les progrès techniques et scientifiques doivent être mis au service de la justice afin d'optimiser la recherche de la vérité. Cependant, des précautions importantes doivent être prises afin de ne pas entraver les principes fondamentaux de la procédure pénale française. Cette protection passe inévitablement par la nécessité de légiférer afin de limiter et de délimiter les risques de dérapages.

⁷⁷ SARKOZY (Nicolas), *Intervention lors des 14èmes journées de la Gendarmerie Nationale*, novembre .

⁷⁸ MONTET (L), *Tueurs en série, Introduction au profilage*, PUF, 2000, p. 48.

⁷⁹ On pense notamment à Guy Georges, Francis Heaulme ou encore l'affaire à ce jour irrésolue du « tueur de Perpignan ».

Aussi des solutions doivent être mises en place afin d'ôter tout risque de suspicion face aux méthodes scientifiques d'investigation. Cet impératif est indispensable afin de les intégrer progressivement. Un encadrement strict doit donc être défini conciliant objectifs de répression et protection des droits de la défense.

Chapitre 2nd : Les carences de l'administration traditionnelle de la preuve pénale

Une bonne administration de la preuve pénale repose notamment sur le respect du principe de la loyauté dans la recherche des preuves ainsi que sur l'intervention efficace des acteurs du procès pénal.

Le principe de la loyauté constitue un fondement de l'administration traditionnelle de la preuve pénale (section 1^{ère}). Il n'est pas le seul, mais son étude est justifiée par la nécessité de renforcer l'effectivité de ce principe, au risque de décrédibiliser le système probatoire français.

L'examen du rôle respectif de chacun des intervenants au procès pénal est un préalable indispensable à la mise en lumière des carences du système et à une future redéfinition de leurs missions en matière de preuve (section 2^{nde}).

Section 1^{ère} : Une remise en cause des grands principes gouvernant l'administration de la preuve pénale

Dans le système romano-germanique dominé par un caractère inquisitoire fortement prononcé, la règle de principe veut que la preuve soit libre. Elle existe depuis la Révolution où il a été mis fin au régime des preuves légales remplacé par la notion d'intime conviction du juge. La consécration de l'intime conviction, non spécifique par ailleurs à la matière criminelle, traduit précisément ce souci de rompre avec le système des preuves légales et les excès que ce dernier avait engendrés, telles l'instauration et l'utilisation massive de la Question en vue d'obtenir *la probatio probatissima* : l'aveu.

Reprenant la formule du code pénal de brumaire an IV, puis du code de l'instruction criminelle, l'article 353 du code de procédure pénale dispose que : « *La loi ne demande pas compte aux juges des moyens par lesquels ils se sont convaincus, elle ne leur prescrit pas de règles desquelles ils doivent faire particulièrement dépendre la plénitude et la suffisance d'une preuve : elle leur prescrit de s'interroger eux-mêmes dans le silence et le recueillement et de chercher dans la sincérité de leur conscience, quelle impression ont faite sur leur raison les*

preuves rapportées contre l'accusé et les moyens de sa défense. La loi ne leur fait que cette seule question, qui renferme toute la mesure de leurs devoirs : avez-vous une intime conviction ? »

En France, l'affirmation de la règle de la liberté de la preuve est directe⁸⁰. A ce titre, l'article 427 du code de procédure pénale prévoit que « hors les cas où la loi en dispose autrement, les infractions peuvent être établies par tout mode de preuve.... »

Nul ne peut alors le contester, la preuve est libre. Ceci ne signifie pas pour autant que toutes les preuves sont admissibles et que tout moyen pour les recueillir est acceptable. Un fort consensus doctrinal s'est organisé à ce propos. Il est tout à fait contraire à la volonté de préserver une justice démocratique, et ce au regard de principes de morale, d'équité et d'éthique judiciaire, d'admettre sans cesse des preuves illégalement obtenues sous prétexte d'une recherche nécessaire de la vérité.

« L'étude de la tromperie dans l'administration de la preuve peut apparaître, à première vue, comme incongrue. Vérité et justice ne sont-elles pas intrinsèquement liées ? Dans cette perspective, la tromperie ne serait qu'une forme de déviance judiciaire ou policière qu'il conviendrait d'appréhender sous l'angle de l'irrecevabilité des preuves »⁸¹.

L'ouvrage récemment écrit par Christian De Valkeneer témoigne de cet intérêt actuel et fondé pour de telles pratiques.

La démonstration faite par l'auteur conduit à la constatation d'un cautionnement fréquent de la tromperie par la loi ou par la jurisprudence, « au travers du développement des stratégies sous couvertures. »

Il n'est désormais plus souhaitable d'accepter l'illégalité manifeste. Il en va de la crédibilité et de la légitimité de notre système pénal.

Dans ce contexte, il apparaît utile, voire même indispensable de renforcer le caractère loyal de la preuve.

La loyauté dans la recherche des preuves apparaît comme un impératif procédural dont les objectifs sont tangibles à l'examen de la jurisprudence et de la législation européennes.

⁸⁰ PRADEL (J), *Droit pénal comparé*, Dalloz, Précis, Paris, 1999, p 376.

⁸¹ BOSLY (H-D), *préface* in DE VALKENNER (C), *La tromperie dans l'administration de la preuve pénale. Analyse en droit belge et international complétée par des éléments de droit français et néerlandais*, 2000, 712 p.

Les récentes réformes de la procédure pénale française attestent qu'il s'agit bien d'une préoccupation nouvelle du gouvernement français, en renforçant les moyens venant garantir l'impératif de loyauté⁸².

« *La loyauté est une manière d'être de la recherche des preuves, conforme au respect des droits de l'individu et à la dignité de la Justice* »⁸³. Cette définition de Pierre Bouzat va guider notre démarche : l'impératif de loyauté dans la recherche des preuves est conforme à la dignité de la Justice et respectueux des droits de l'individu.

Selon l'expression du professeur Jean Pradel, le principe de loyauté implique un « *principe de correction* »⁸⁴ dont l'idée maîtresse - celle du rattachement à la vérité - entraîne l'interdiction de certaines pratiques. Il s'agira, notamment d'exclure toute idée de fraude dans la recherche de la vérité. Le principe de vérité, teinté de valeurs fortes telles que l'éthique et la morale, ne peut être sacrifié au profit d'une efficacité de la Justice⁸⁵ qui, conçue dans son sens premier d'idéal, est distinctement subordonnée au concept de vérité.

Dans cette optique doivent être abordées les relations entre les grands principes régissant l'administration de la preuve (paragraphe 1^{er}), ainsi que les atteintes au principe de loyauté (paragraphe 2nd).

Paragraphe 1^{er} : Les relations entre les principes de légalité, liberté et loyauté

L'impératif de loyauté, qui doit guider en toute logique la recherche des preuves, figure parmi les fondements actuels du système probatoire français, fondements composés en partie du principe de la liberté de la preuve et celui de la légalité.

Le principe de la liberté de la preuve, posé par l'article 427 du code de procédure pénale, est la règle primordiale régissant l'administration de la preuve en droit français (B). Tandis que celui de la légalité sous-tend le système procédural de tout État démocratique et présente avec le principe de loyauté des liens incontestables (A).

⁸² Il faut d'ores et déjà préciser que l'absence de ces moyens empêche la caractérisation de la loyauté.

⁸³ BOUZAT (P), *La loyauté dans la recherche des preuves*, in *Mélanges Hugueney*, Sirey, 1964, p 172.

⁸⁴ PRADEL (J), *Le déroulement du procès pénal*, in SUDRE (F), *Le droit français et la Convention Européenne des droits de l'homme 1974-1992*, RFA, N° Engel, 1994, 31, p 199.

⁸⁵ La justice doit ici être entendue au sens de « machine judiciaire ».

A. La légalité, contrepoids apparent de la liberté de la preuve

La preuve tient en procédure pénale une place toute particulière. Son rôle est indéniablement capital : « *Sans preuve en effet, pas d'imputabilité et pas d'application d'une sanction* »⁸⁶.

La preuve pénale ne saurait se confondre avec la preuve en matière civile. La règle traditionnelle de la liberté de la preuve est, à ce titre, un des éléments de distinction.

Ce principe, issu de l'article 427 du code de procédure pénale, trouve sa justification dans la constatation de ce sur quoi porte la preuve. A l'inverse du droit civil (article 1341 et s. du code civil) où elle porte en règle générale sur des faits ou actes juridiques, la preuve, en droit pénal, s'intéresse principalement à des faits matériels et psychologiques. La liberté de la preuve préexistait à sa reconnaissance légale formelle et était accompagnée de la libre appréciation des preuves par le juge se forgeant une intime conviction.

S'il est affirmé que la preuve est libre en droit pénal, il est consécutivement mentionné que le principe de liberté ne trouve sa légitimité que d'autant qu'il est concilié avec celui, aussi cardinal, de la légalité.

La fonction première, et avantage considérable, de la liberté dans la recherche de la preuve est la facilitation dans la démonstration de l'existence d'une infraction puisque celle-ci peut s'opérer par tout moyen.

B. La loyauté et la légalité, deux valeurs intrinsèquement liées

« ... il est permis et loisible aux juges de mentir quelquefois pour rechercher et découvrir la vérité des crimes et forfaits... tout ceci est licite de droit divin et humain »⁸⁷. Ceci ne peut plus, aujourd'hui, être toléré. Les pratiques qui se justifiaient à une certaine époque n'ont plus de reconnaissance légale : le mensonge ne doit pas avoir sa place dans notre système procédural interne sous peine d'atteindre la dignité de la Justice. Il ne peut être légal⁸⁸ et revêt

⁸⁶ BOUZAT (P), *La loyauté dans la recherche des preuves*, op. cit., p 155.

⁸⁷ LA ROCHE FLAVIN, *XIII livres des Parlements de France*; Ch. XXXIX, p 664 à 665 (Genève 1621).

⁸⁸ Pourtant, les provocations policières sont, dans certaines hypothèses, légalement autorisées. Ne s'agit-il pas de mensonges déguisés?

conséquemment un caractère déloyal. Dès lors, la contiguïté des deux notions est tangible. Si la loi réglemente et interdit certains procédés, la raison en est qu'ils sont contraires à l'esprit de notre droit. En matière de recherche des preuves, l'illégalité d'un procédé utilisé par les professionnels implique quasi nécessairement la déloyauté de la manœuvre, tandis que la légalité d'une technique d'investigation n'assure pas inexorablement sa loyauté⁸⁹.

La justification de cette subtile distinction réside dans l'analyse des deux notions.

Il apparaît que, à la différence de la légalité, la loyauté caractérise la conformité à des principes généraux du droit plutôt qu'à des règles légales spécifiques. La connotation est essentiellement morale et appelle à des idées de « confiance, de fidélité et de probité », parfois reliées à celles de « légitimité »⁹⁰.

Un exemple caractéristique des relations entre les deux principes nous est fourni par la jurisprudence belge dans un arrêt de la Cour de cassation en date du 13 mai 1986. « Dans cette affaire, des inspecteurs de la section spéciale des impôts avaient promis une impunité pénale et l'indulgence sur le plan fiscal aux prévenus s'ils avouaient des fraudes dont ils étaient soupçonnés. Cette façon de procéder n'était pas « illégale » puisqu'elle n'est pas expressément interdite par la loi, mais la Cour de cassation a jugé que les inspecteurs de l'ISI avaient eu recours à un procédé déloyal, contraire aux principes généraux régissant la procédure pénale, notamment le respect des droits de la défense »⁹¹.

De surcroît, la loyauté ne concerne que la manière dont les preuves sont rassemblées, la légalité ayant, évidemment, un champ d'application autrement plus large. Cependant, la loyauté devient aujourd'hui un impératif, tout comme la légalité est depuis toujours une exigence forte.

Paragraphe 2nd : Les atteintes au principe de loyauté

Les atteintes au principe de loyauté tiennent à l'utilisation de certains procédés probatoires (A), tout autant qu'à un système de protection de la loyauté imparfait (B).

⁸⁹ L'étude ultérieure des techniques d'investigation mettra parfaitement en lumière cette approche.

⁹⁰ COUVREUR (P), *Réflexions sur la loyauté dans les rapports judiciaires internationaux*, in *La loyauté, Mélanges offerts à Etienne Cerexhe*, Larcier, 1997, p 67.

⁹¹ FRANCHIMONT (M), *Loyauté, proportionnalité et procès équitable*, in *Mélanges Lambert, Bruylant, Bruxelles*, 2000, p 376.

A. Des atteintes engendrées par l'utilisation de certains procédés probatoires

La procédure pénale est caractérisée par une opposition spécifique entre les droits de l'individu et la sécurité de la société, le maintien de l'ordre public. En matière de recherche et d'admissibilité de preuves, il semble que les intervenants au processus pénal n'hésitent pas à faire primer le second intérêt sur le premier. L'utilisation de procédés contraires au principe de la loyauté est tolérée au profit d'une efficacité constante de la répression. Mais à quel prix ? Celui d'une atteinte à la dignité de la justice ? Quelle image donnée par les professionnels qui « s'abaissent » à user de manœuvres identiques à celles reprochées aux suspects qu'ils cherchent à compromettre ? Le principe de la loyauté ne saurait admettre l'existence de fraude dans la recherche de la vérité.

Effectivement, le respect de l'impératif de loyauté exclut l'usage de méthodes sous-tendues par une quelconque tromperie, certaines méthodes étant par ailleurs légalement prévues mais enserrées dans un cadre conditionnel précis. Notre étude portera essentiellement sur les méthodes traditionnelles les plus décriées, souvent médiatisées.⁹² Les subterfuges utilisés par les policiers et les magistrats « consistent le plus souvent soit en une provocation de la part des policiers » (2), « soit en écoute des conversations téléphoniques du suspect ou accusé » (1).

1. Des écoutes téléphoniques controversées

L'ancienne image du policier l'oreille collée derrière une porte n'existe plus à l'heure actuelle, du moins s'est-elle modernisée. Pourtant, le souci d'intercepter les conversations d'individus – parfois suspects, parfois non suspects – demeure toujours, d'autant plus qu'il constitue parfois le seul moyen d'obtenir la preuve d'infractions spécifiques⁹³. La discrétion est plus grande, l'efficacité plus importante mais les méthodes sont tout autant contestables et contestées eu égard à l'immixtion dans la vie privée qu'elles suscitent. La subtilisation des paroles est un objectif guidant souvent la démarche des professionnels de la justice. L'apparition

⁹²Il s'agit d'évoquer les méthodes traditionnelles, étant entendu que les évolutions techniques et scientifiques ont totalement redessiné la hiérarchie dans l'utilisation des procédés de recueillement des preuves - ce qui ne saurait être évincé de notre étude ultérieure.

⁹³Il est souvent fait recours aux écoutes téléphoniques dans des infractions de trafic telles le trafic de stupéfiants, d'œuvres d'art ou encore des infractions de proxénétisme.

progressive de techniques d'investigation modernes aux performances accrues en raison de la possibilité de conserver les paroles sur support magnétique – c'est-à-dire de les enregistrer – a parallèlement entraîné une inflation des objections. L'utilisation des tables d'écoutes a, à ce propos, été au cœur de vives controverses et reste encore d'actualité⁹⁴.

Ces controverses (a) ont conduit à la moralisation du domaine des écoutes téléphoniques (b) qui recèle encore certaines carences (c) notamment quant à la loyauté face aux nouvelles techniques d'investigations (d).

a. Les justifications des controverses

Pourquoi ces pratiques ont-elles été fortement désavouées et considérées comme attentatoires, voire contraires, au principe de loyauté ? Telles sont les interrogations auxquelles nous allons tenter de répondre.

Pour ce faire, la définition desdites méthodes va permettre d'apporter les premiers éléments de raisonnement. « *Ce procédé consiste à brancher sur la ligne d'un suspect un poste d'écoute qui intercepte les communications téléphoniques du délinquant* »⁹⁵.

Plus généralement, à l'heure actuelle, le dispositif légal régissant les écoutes téléphoniques s'intéresse à l'exercice des interceptions de correspondances émises par la voie des télécommunications.

Aux termes de l'article L.32 du Code des postes et télécommunications, il faut entendre par télécommunication « toute transmission, émission ou réception de signes, signaux, d'écrits, d'images, de sons ou de renseignements de toute nature par fil, optique, radioélectricité ou autres systèmes électromagnétiques ».

A l'inverse du procédé de repérage de l'origine des communications, les écoutes téléphoniques sont d'une loyauté critiquée. « *La création des tables d'écoute s'est justifiée en matière de contre-espionnage. Devant la création de véritables « réseaux du crime », certains services de police ont pensé à employer ce moyen pour surveiller et éventuellement confondre les*

⁹⁴ Il suffit pour s'en convaincre de citer quelques affaires fort médiatiques, telles les « Écoutes de l'Élysée ».

⁹⁵ BOUZAT (P), *Les procédés modernes d'investigation et la protection des droits de la défense*, Vème congrès international de droit comparé, R.S.C., 1958, p 6.

*individus suspects. Certaines affaires ont montré que les polices de réputation très libérale n'hésitaient pas à en faire usage dans les occasions graves »*⁹⁶.

Les écoutes téléphoniques ont constitué une pratique non réglementée pendant fort longtemps, ce qui a occasionné des abus de l'administration et de la justice. Nonobstant ce que la chambre criminelle avançait sur la base d'une interprétation erronée et déformée de l'article 81 du code de procédure pénale⁹⁷, l'illégalité de certaines démarches était manifeste. Le juge se voyait bénéficier d'un champ d'action très vaste : « *Le pouvoir que le juge d'instruction tient de l'article 81, pouvoir d'ingérence dans la vie privée, concerne aussi bien la saisie de correspondances ou de documents que la saisie de conversations par écoutes téléphoniques* »⁹⁸.

La Cour européenne en la matière se montrait, en outre, particulièrement vigilante, la pratique des écoutes téléphoniques entrant en conflit avec une liberté et un droit cher à la juridiction européenne : le respect de l'intimité de la vie privée protégé par l'article 8 de la convention⁹⁹. Elle sanctionnait tout manquement à la liberté de correspondance par voie de télécommunications - écoutes judiciaires ou de sécurité. Preuves en sont les condamnations de l'Allemagne, de l'Angleterre ou de la France dans des arrêts *Malone*¹⁰⁰, *Klass* ou encore *Huvig*¹⁰¹.

La jurisprudence interne s'est montrée fréquemment ouverte quant à l'admission de ces méthodes, dès lors que le juge d'instruction les jugeait nécessaires à la manifestation de la vérité¹⁰². A cet égard, la 10ème chambre du Tribunal correctionnel de la Seine a décidé que « ... *relativement aux moyens de preuve tirés de l'interception de moyens téléphoniques, que la police n'a (en l'espèce) aucunement outrepassé ses droits, qu'elle n'a fait qu'agir dans la limite licite de recherche des preuves, sur CR à elle régulièrement délivrée par le JI, ... que cette recherche de*

⁹⁶ BOUZAT (P), *Les procédés modernes d'investigation et la protection des droits de la défense*, op. cit., p 6

⁹⁷ L'article 81 du code de procédure pénale autorise le juge d'instruction à procéder « à tous les actes d'information qu'il juge utiles à la manifestation de la vérité. »

⁹⁸ CA Paris 27 juin 1984, D., 1985, p 93 et s, note J. Pradel.,

⁹⁹ L'article 8 de la C.E.S.D.H. dispose dans un 1 : « *Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance* ».

¹⁰⁰ C.E.D.H., *Malone c/ Royaume-Uni*, 2 août 1984, série A, n°82.. Dans une affaire où le Post Office avait intercepté les communications téléphoniques d'un citoyen poursuivi, l'interception ayant lieu pour le compte de la police et en vertu d'un mandat décerné par le ministre de l'intérieur, la cour relève que le droit anglais n'indique pas avec assez de clarté l'étendue et les modalités d'exercice du pouvoir d'appréciation des autorités dans le domaine considéré. Aussi les ingérences relevées n'étaient pas, aux yeux de la cour, prévues par la loi au sens de l'article 8§2 de la Convention (commentaire du CPP).

¹⁰¹ C.E.D.H., *Kruslin et Huvig*, 24 avril 1990, série A, n°176.

¹⁰² Les décisions en question se basaient sur l'article 81 CPP.

*preuves est licite... »*¹⁰³. Dans un célèbre arrêt *Tournet*, la chambre criminelle de la Cour de cassation¹⁰⁴ s'est également prononcée en ce sens : « *il n'y a pas nullité lorsque la mesure a été exécutée sous le contrôle du juge d'instruction, sans artifices ni stratagèmes et s'il n'y a pas atteinte aux droits de la défense »*¹⁰⁵. Ce procédé ne constitue-t-il pas dans une certaine limite un stratagème en lui-même ?

Pour le Doyen Graven, « *la généralisation de ce procédé serait le tombeau de la vie privée »*¹⁰⁶. Cette pratique est basée sur la surprise et le mensonge par silence.

Une distinction est cependant nécessaire. Lorsque les écoutes téléphoniques sont utilisées au cours d'une enquête aux fins d'intercepter des conversations permettant de recueillir des éléments à même de confondre les délinquants, il ne fait aucun doute qu'elles puissent être admises. En revanche, l'enregistrement risque d'être rejeté s'il est produit à titre probatoire de la culpabilité de l'intéressé. Il peut tout au plus être considéré comme un indice parmi d'autres mais ne peut emporter à lui seul la conviction du juge. Une telle position était en vigueur durant de nombreuses années, mais le manque de réglementation rendait ces mesures non conformes aux exigences européennes.

b. La moralisation du domaine des écoutes téléphoniques

La moralisation du domaine des écoutes téléphoniques s'est imposée au début des années 90 en raison des sanctions prononcées par la Cour européenne.

Le 24 avril 1990, dans les arrêts *Kruslin* et *Huvig*¹⁰⁷, la Cour européenne a reproché à la France son système jurisprudentiel - unique base de référence en l'absence de loi régissant la matière - insuffisant à fournir des garanties à même d'assurer une protection adéquate face à l'atteinte grave à l'intimité de la vie privée que constitue une écoute téléphonique. « *Les écoutes doivent se fonder sur une loi d'une précision particulière. L'existence de règles claires et détaillées apparaît indispensable d'autant que les procédés techniques ne cessent de se*

¹⁰³ T. corr. Seine, 10ème ch., 15 février 1957, JCP, 1957, II, n° 1069.

¹⁰⁴ Cass. crim. 9 octobre 1980, JCP, 1981, II, n°19758.

¹⁰⁵ MARINO, note sous Cass. crim. 9 octobre 1980, JCP, 1981, II, n°19758.

¹⁰⁶ GRAVEN, *Microphones et tables d'écoute comme instruments d'enquête pénale*, Rev. int. de crim. et de pol. Techn., 1957, p 171.

¹⁰⁷ C.E.D.H., *Kruslin* et *Huvig*, 24 avril 1990, op. cit.

perfectionner. Or si le droit français offre certaines garanties, il ne procure pas une sécurité juridique suffisante. Il y a ainsi défaut de définition des catégories de personnes susceptibles d'être mises sur écoute ainsi que la nature des infractions pouvant y donner lieu ; absence de règles obligeant le juge à fixer une limite de durée ou spécifiant les conditions d'établissement des procès-verbaux relatifs aux conversations interceptées. Il y a donc eu violation de l'article 8 de la convention européenne ».

Postérieurement à l'arrêt *Bacha*, rendu par la chambre criminelle le 15 mai 1990, renforçant certaines garanties en réponse aux condamnations européennes mais semant le trouble par la validation de l'écoute censurée par l'arrêt *Kruslin*, le législateur français est intervenu pour clarifier la situation.

L'objectif de la loi du 10 juillet 1991 est patent : établir un cadre légal pour les écoutes téléphoniques évitant pour l'avenir la sanction européenne.

L'article 100 du code de procédure de pénale, issu de la loi de 1991, trace formellement les frontières juridiques de l'exercice des interceptions de correspondances émises par la voie des télécommunications.

Le postulat de base est celui selon lequel les policiers ne peuvent d'eux-mêmes ordonner une écoute. Avant même la promulgation de la loi du 10 juillet 1991, l'Assemblée plénière de la cour de cassation française avait adopté ce principe dans une affaire *Baribeau* du 24 novembre 1989. Cet arrêt avait mis en exergue le caractère illicite, et par là même déloyal, des interceptions de correspondances ordonnées par le parquet au cours de l'enquête préliminaire ou de flagrance, la haute juridiction ayant pressenti la condamnation européenne. Solution par la suite entérinée par le droit positif et la loi de 1991.

L'article 100 du code de procédure pénale autorise exclusivement le juge d'instruction à décider d'une écoute téléphonique. Il ne peut cependant agir que dans un cadre tracé par le législateur qui entend en limiter l'utilisation abusive. Une série de conditions figure au sein du code de procédure pénale. Ainsi, l'article 100 du code de procédure pénale réclame que l'écoute téléphonique ne soit diligentée que si l'infraction poursuivie fait encourir une peine minimale de deux ans d'emprisonnement, infraction qui serait éventuellement qualifiée de « *serious crime* »¹⁰⁸ par la loi anglaise. Il commande également, par l'usage des termes « les *nécessités de*

¹⁰⁸PRADEL (J), *Droit pénal comparé*, Dalloz, Précis, 2002, p 440.

l'information l'exigent » que l'écoute apparaisse comme l'unique moyen d'établir l'existence de l'infraction, sa durée ne pouvant dépasser quatre mois.

En outre, sa mise en œuvre est entourée d'un certain nombre de conditions de forme¹⁰⁹.

En conséquence, l'exercice d'une écoute téléphonique est restreint par un dispositif législatif aux mailles relativement serrées, des garanties étant de surcroît prévues au profit des tiers¹¹⁰ et au bénéfice de la personne poursuivie¹¹¹.

La loi du 10 juillet 1991 a poursuivi sa démarche par la création de la Commission de contrôle des interceptions de sécurité. Son statut est celui d'une autorité administrative indépendante.

Cette commission a pour fonction de contrôler la légalité des écoutes classées en deux catégories : les interceptions de sécurité et celles judiciaires. La loi interdit désormais les interceptions par des personnes privées.

Placé sous l'autorité du 1er ministre, le groupe interministériel de contrôle coordonne les opérations d'interception entre les trois ministères concernés. Aucune « écoute sauvage » ne devrait plus exister. Le législateur a voulu légaliser les écoutes en attribuant l'autorisation au Premier ministre et en les plaçant sous le contrôle d'une autorité administrative indépendante.

Au-delà de ces considérations, il a déjà été relevé que les écoutes téléphoniques ont, plus généralement, été contestées pour le caractère opaque et secret, condition sine qua non de leur efficacité, intrinsèque à leur nature. Par leur atteinte au principe de loyauté – bien que limitée ultérieurement par la législation – les écoutes téléphoniques comme moyen de preuve posaient le problème de leur admission par la jurisprudence.

Les tribunaux espagnols ont eu une position, quant aux modes d'obtention viciés des moyens de preuve, fonction du caractère indispensable à la répression d'infractions au fort impact médiatique. Était ainsi justifié le recours à certains modes de preuve contestables eu égard à la loyauté, assimilé en droit espagnol au principe *de buena fe*¹¹².

¹⁰⁹ L'article 100-4 CPP énonce lesdites formalités.

¹¹⁰ L'article 100-7 CPP dispose « *qu'aucune interception ne peut avoir lieu sur une ligne dépendant du cabinet d'un avocat ou de son domicile sans que le bâtonnier en soit informé par le juge d'instruction* ».

¹¹¹ L'article 100-6 CPP dispose que « *Les enregistrements sont détruits, à la diligence du procureur de la république ou du procureur général, à l'expiration du délai de prescription de l'action publique.* »

¹¹² Le correspondant en droit espagnol du principe de loyauté est le principe de bonne foi.

A l'instar de la C.E.S.D.H., l'article 18 de la Constitution espagnole, dans son paragraphe 2, prévoit le droit au respect de la vie privée mais précise, de surcroît, le nécessaire secret des communications téléphoniques¹¹³.

Ces droits fondamentaux restent néanmoins soumis à des exceptions circonstanciées de caractère général et particulier contenues dans l'article 55 du même texte.

Ces limites peuvent être traditionnellement classées en deux catégories. Elles se confondent cependant par l'exigence commune de l'action d'un organe juridictionnel. Ainsi, *las intervenciones telefónicas*¹¹⁴ ne peuvent être que le fait exclusif d'un juge¹¹⁵.

c. Les carences du système

La France s'est néanmoins faite censurer une nouvelle fois dans un arrêt *Lambert* du 24 août 1998¹¹⁶.

Une des exigences de la juridiction européenne était un contrôle efficace de l'individu en cause de manière à surveiller l'immixtion problématique occasionnée par l'écoute téléphonique.

Cette garantie n'a pas été respectée par la France. La Cour de cassation avait, en effet, jugé que « *le requérant était sans qualité pour critiquer les conditions dans lesquelles a été ordonnée la prolongation d'écoutes téléphoniques sur une ligne attribuée à un tiers ; or dans ces conditions, la personne en cause ne disposait d'un contrôle efficace tel que voulu par la loi* »¹¹⁷.

Tout en relevant que les dispositions de la loi de 1991 régissant les écoutes téléphoniques répondent aux sommations de l'article 8 de la convention et à celles des arrêts *Kruslin* et *Huvig*, la Cour européenne a envisagé le raisonnement de la Cour de cassation comme pouvant conduire à des décisions privant de la loi un très grand nombre de personnes, à savoir toutes celles qui conversent sur une autre ligne que la leur, ce qui reviendrait, selon elle, à vider le mécanisme protecteur de sa substance.

La Cour en conclut donc que le requérant n'avait pas bénéficié d'un contrôle efficace et qu'il y a eu, en l'espèce, violation de l'article 8 de la convention.

¹¹³ La Constitution espagnole se préoccupe donc davantage du respect du secret des communications téléphoniques, érigé en principe à vocation constitutionnelle.

¹¹⁴ RODRIGUEZ RAMOS (L), *Intervenciones telefónicas*, in *La prueba en el proceso penal*, Consejo del poder judicial.

¹¹⁵ La décision du tribunal suprême du 5 février 1988 constitue essentiellement la norme en la matière.

¹¹⁶ C.E.D.H., *Lambert c/ France*, 24 août 1998, R.S.C., 1998, p 829 et s, obs. Pettiti.

Cette solution n'est-elle pas quelque peu contradictoire ? Comment la Cour européenne des droits de l'homme peut-elle concurremment admettre que la loi respecte l'article 8 de la convention et condamner la France pour violation dudit texte ? Serait-ce à dire que la censure de la juridiction européenne ne porterait que sur le raisonnement de la Cour de cassation, juge de la loi par excellence ? Quoi qu'il en soit, les règles européennes doivent être respectées par le droit interne, constitué, par définition, des lois mais également de la jurisprudence.

d. La loyauté confrontée aux nouvelles techniques d'investigation

L'apparition de techniques modernes d'investigation n'a de cesse de commander une nouvelle configuration du principe de la loyauté dans la recherche des preuves. En matière de procédés de subtilisation des paroles, catégorie à laquelle appartiennent les écoutes téléphoniques, il ne s'agit pas ici de recenser l'ensemble des méthodes, mais de mentionner le phénomène qui les touche.

Le 23 novembre 1999, la Cour de cassation use d'une formule d'une grande importance puisque sur la base des articles 81 al. 1er, 151 et 152 du code de procédure pénale, le juge se voit reconnaître « *le pouvoir de prescrire, en vue de la constatation des infractions, tous les actes d'information utiles à la manifestation de la vérité, y compris de l'enregistrement de conversations privées, pourvu que, comme en l'espèce, ces mesures aient eu lieu sous contrôle et dans des conditions ne portant pas atteinte aux droits de la défense* »¹¹⁸. Les faits de l'espèce concernaient une sonorisation du véhicule administratif de police qui avait permis d'enregistrer les conversations tenues avec les suspects. L'admissibilité de ce type de procédé tenait à ce que l'enquêteur avait agi sur commission rogatoire, le juge s'étant posé en garant du déroulement du processus. Le cadre d'exercice était donc fondamental.

Le magistrat instructeur ne peut pas, pour autant, faire fi du principe de la loyauté des preuves qui interdit qu'une perquisition soit utilisée à d'autres fins que celles prescrites par les articles 95 et 96 du code de procédure pénale¹¹⁹.

¹¹⁷ RENUCCI (J-F), *Droit européen des droits de l'homme*, L.G.D.J., Manuel, Paris, 2002, p 168.

¹¹⁸ Cass. crim. 23 novembre 1999, Bull. Crim., n° 269.

¹¹⁹ Cass. crim. 15 février 2000, Bull. Crim., n°68.

Si les règles des écoutes téléphoniques sont claires et bien respectées par le magistrat instructeur, ce dernier « peut faire placer des micros sous une voiture ou dans un appartement, voire équiper un policier »¹²⁰. Un dispositif légal n'est pas encore mis en place ; son utilité apparaît pourtant indéniable car il assurerait une certitude en la matière et permettrait probablement de répondre davantage aux exigences du principe de loyauté.

Des inquiétudes légitimes sont en train de voir le jour, les techniques d'investigation modernes laissant à craindre un développement des surveillances, de l'immixtion des professionnels dans nos vies privées. Le contexte est alors invoqué au soutien de ce type de procédé : « Les experts européens planchent, depuis plusieurs années, sur ce type de scénario. Invoquant la mondialisation de la criminalité et les bouleversements que connaissent les infrastructures de télécommunications, polices, douanes et services de l'immigration cherchent à étendre leurs capacités »¹²¹.

« Les polices sont en train de nouer des arrangements, en coulisses, pour pouvoir surveiller - sans décision de justice ! - le téléphone, Internet ou Iridium », dénonce l'irlandaise Patricia Mc Kenna, députée européenne, « Les plans qui ont filtré jusqu'à nous risquent d'offrir un accès illimité des polices à toutes nos communications »¹²².

Cet aspect fera l'objet d'une étude ultérieure plus approfondie, les nouvelles techniques d'investigation ayant un impact plus qu'important et intéressant sur le principe de la loyauté¹²³.

2. Des provocations policières à encadrer

Le terme provocation peut s'entendre doublement, les deux définitions provenant de son étymologie latine, *provocatio*, issue du latin non juridique du XII^{ème} siècle. Dans sa première acception, la provocation tire son origine et sa signification du « comportement provocateur lui-même »¹²⁴ et se définit par « l'action de provoquer »¹²⁵. La provocation recouvre,

¹²⁰ ACCOMANDO (G), GUERY (C), *La sonorisation: un mode légal de preuve?*, D., 2002, chr., p 2003.

¹²¹ RIVIERE (P), *Tentations policières dans le cyberspace. Tous les européens sur écoutes.*, mars 1999, Le Monde diplomatique.

¹²² RIVIERE (P), *Tentations policières dans le cyberspace. Tous les européens sur écoutes.*, op. cit.

¹²³ Ces procédés de preuve modernes vont de surcroît entrer en conflit avec le principe du respect de l'intimité de la vie privée.

¹²⁴ DEFFERRARD (F), *La provocation*, R.S.C., 2002, p 1.

¹²⁵ PROVOCATION in *Dictionnaire de la langue française*, Le Grand Robert, tome VI, 2^{ème} éd., 1992, p 864.

également, « le fait d'être provoqué », ce qui manifeste, sous l'angle du « résultat obtenu par le comportement provocateur »¹²⁶, sa seconde acception.

Pourtant, la provocation ne saurait se cantonner à cette appréciation sous peine d'ôter un aspect fondamental d'une notion multidimensionnelle. Ainsi, en lui conférant une connotation juridique et rapportée au droit pénal, force est de constater une analogie existant entre les définitions courantes et celles résultant des dispositifs législatifs.

Une définition, à la fois plus complète et plus complexe, pourra cependant être proposée : « l'action intentionnelle par laquelle une personne, par tout moyen légalement admis, 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 »¹²⁷.

L'étude de la provocation dans le cadre de la preuve se justifie pleinement. « La provocation n'intimide pas, dit-on avec justesse, elle stimule »¹²⁸.

Madame Joëlle Pralus-Dupuy s'exprimant ainsi, a révélé ce qui est susceptible d'occasionner, quant au bien-fondé et à la recevabilité des provocations policières, des contestations. Elles entrent forcément en conflit avec le principe de la loyauté.

Il convient alors de préciser qu'il ne s'agit nullement d'envisager la provocation érigée en délit formel ou matériel¹²⁹ même si l'esprit de la démarche est identique.

L'intérêt réside à l'évidence dans l'observation et l'analyse des provocations policières, pratiques dont la légitimité a été maintes fois controversée par la doctrine eu égard au principe de loyauté imposé par la Cour européenne des droits de l'homme (a). Le législateur et le juge adoptent cependant une attitude souple quant à l'admission de telles pratiques (b).

a. Les heurts entre les provocations policières et le principe de loyauté

Les provocations policières sont d'une utilité indéniable pour les professionnels du processus pénal. Elles permettent de découvrir certaines infractions et d'en rapporter la preuve.

¹²⁶ DEFERRARD (F), *La provocation*, op. cit., p 1.

¹²⁷ DEFERRARD (F), *La provocation*, op. cit., p 3.

¹²⁸ DUPUY (J), *La provocation en droit pénal*, Thèse Limoges, 1978, p 386.

¹²⁹ Telle la provocation à la haine ou autre type d'infraction.

Les matières souvent concernées sont le trafic de stupéfiants et les infractions de prix illicites¹³⁰. Est toléré seul le stratagème policier à la base des provocations qui tire sa légitimité d'une reconnaissance légale de nombreuses prérogatives au profit des policiers. « *Ces techniques se proposent comme fin de dévoiler une infraction seulement soupçonnée* ». Les provocations policières en incitant à la commission sont habituellement le moyen de rapporter la preuve d'une activité délictueuse antérieure. Se révèle alors l'éventuelle origine des contestations auxquelles s'exposent les provocations policières. Pour atteindre leur objectif, les provocations constituent souvent des stratagèmes ou autres manœuvres (prétendre une autre identité...).

Une certaine doctrine a adopté une position relativement sévère sur la conformité des provocations policières avec le principe de loyauté.

Pour Donnedieu de Vabres, il était impératif de ne plus recourir à de tels procédés tant il était patent que « *la société n'a rien d'utile à attendre de ce divorce de la morale et du droit pénal* »¹³¹. Dans le même ordre de pensée, à savoir de condamnation de l'appel à la provocation, le Doyen Bouzat, dans un article spécifiquement consacré à « *la loyauté dans la recherche des preuves* »¹³² a mis en exergue le caractère tout à fait subsidiaire de procédés qui se doivent de demeurer exceptionnels.

Tout aussi explicitement, le Doyen Maistre du Chambon s'est opposé à l'utilisation de ce type de pratiques qui « *devaient être prohibées ou sanctionnées* »¹³³.

b. La tolérance législative et jurisprudentielle des provocations policières

A l'inverse de la doctrine, la jurisprudence a choisi une solution de souplesse puisqu'elle n'hésite pas admettre le recours à ces stratagèmes policiers. La permission légale est réelle mais encadrée de manière à limiter l'usage de la mesure.

¹³⁰ Le projet de loi Perben II adopté par l'Assemblée Nationale le 11 février 2004 étend la procédure de surveillance (article 706-80 code de procédure pénale) et d'infiltration (article 706-81 et suivants) aux infractions de grande criminalité prévues par le texte.

¹³¹ DONNEDIEU DE VABRES (H), note au D., 1943, p 97.

¹³² BOUZAT (P), *La loyauté dans la recherche des preuves*, in *Mélanges Hugueney*, 1964 p 155.

¹³³ MAISTRE DU CHAMBON (P), *La régularité des « provocations policières » : l'évolution de la jurisprudence*, JCP, 1989, I, n°3422, n°19.

- Une tolérance souple des provocations par la jurisprudence

La position jurisprudentielle est relativement contrastée et offre des divergences de conceptions selon les contextes, mais il est manifeste que la Cour de cassation affiche une flexibilité fortement contredite, principalement eu égard aux exigences européennes de loyauté.

Ainsi, un courant jurisprudentiel particulier a reconnu la validité des provocations policières dans un cadre bien délimité : « *il punit l'agent, même s'il a été provoqué, dès lors que l'action policière n'avait pas déterminé la volonté de l'intéressé* »¹³⁴.

Dans une affaire de trafic d'or, la Cour d'appel d'Aix-en-Provence avait adopté une telle vision dans un arrêt en date du 2 juin 1942¹³⁵.

La Cour de cassation s'est également par la suite prononcée par deux fois de manière identique et un mouvement jurisprudentiel constant s'est alors engagé dès le début des années 1970.

Dans un premier temps, par une décision du 2 mars 1971¹³⁶, la haute juridiction a confirmé l'arrêt des juges du fond dans le domaine du trafic des stupéfiants, s'agissant plus précisément d'un fonctionnaire de police qui s'était présenté comme un éventuel acheteur d'opium et dont le rôle avait été considéré comme n'ayant aucunement déterminé les agissements délictueux du trafiquant. Solution entérinée le 16 mars 1972 dans le cadre d'un trafic d'héroïne.

Par conséquent, force est de constater qu'en matière de stupéfiants, la tendance de la Cour de cassation est d'analyser le comportement d'un officier de police judiciaire - se présentant comme un acheteur - non pas comme une provocation susceptible d'entraîner la nullité de la procédure, mais comme une méthode œuvrant à la découverte et à la constatation de l'infraction.

Pourtant, et nous venons de le signaler, l'attitude de la jurisprudence n'a pas toujours été identique et relève dès lors les limites de la tolérance.

De prime abord, les limites jurisprudentielles semblent posées en fonction des domaines dans lesquels interviennent les provocations policières - ou provenant d'agents spécialisés.

¹³⁴ MATSOPOULOU (H), *Les enquêtes de police*, L.G.D.J., collection bibliothèque de sciences criminelles, Paris, 1996, n°926.

¹³⁵ CA Aix 2 juin 1942, G.P., 29 septembre 1942, D.C., 1943, p 95, note **D**onnedieu de Vabres .

¹³⁶ Cass. crim. 16 mars 1972, Bull. crim., n°108.

Effectivement, à la lumière des décisions de la Cour de cassation, est révélée une admission des provocations en matière de trafic de stupéfiants tandis qu'elles sont rejetées en matière économique¹³⁷.

Néanmoins, l'élément de distinction à retenir n'est pas la matière. Les provocations policières sont autorisées dans un certain nombre d'hypothèses, dans un contexte précis. Même si les infractions faisant l'objet de provocations sont celles visées par les textes, ce n'est pas suffisant. D'autres conditions doivent être réunies pour distinguer les provocations admissibles de celles qui ne le sont pas. On peut alors s'interroger sur la différenciation entre les provocations qui vont entraîner la relaxe du délinquant et, au contraire, celles qui laissent subsister sa responsabilité pénale. Deux conceptions s'affrontent à cet égard et méritent d'être mentionnées.

Dans une première conception, la provocation simple entraîne condamnation du prévenu, tandis que la provocation où il est fait usage d'artifices, stratagèmes ou autres ne peut avoir une conséquence répressive. La jurisprudence adopte cependant une position contradictoire.

Dans une seconde conception, estimée convaincante par la Cour de cassation¹³⁸, le pivot de la différence est la finalité et la conséquence de la provocation : provocation à la preuve, provocation à l'infraction (si les provocations ont déterminé le délit et non sa preuve). Plus précisément, le raisonnement doit porter sur la provocation à l'activité délictueuse aux fins d'en rapporter la preuve : « *pour la Cour de cassation, la provocation à une infraction se trouve légitimée par le fait qu'elle est en pratique le seul moyen de rapporter la preuve d'une activité délictueuse antérieure* »¹³⁹.

Somme toute, la question qui se pose est de savoir s'il existe des provocations policières dont la déloyauté serait tellement contestable que la régularité de la procédure en serait affectée. Pour y répondre, il convient d'établir un niveau à partir duquel la procédure ne peut être considérée que comme viciée. Cela revient alors à aboutir à des hypothèses où les provocations seront admises ou déclarées irrégulières en fonction de l'incidence du résultat et de la qualité de la personne objet de la provocation. La distinction réside donc entre « *la provocation, facteur du délit (et) la provocation, révélateur de l'infraction* ».

¹³⁷ CA Amiens 4 février 1942, JCP, 1942, II, n°1887. Un agriculteur suspecté de la commission d'infractions au marché noir n'avait pas été tenu pour pénalement responsable du fait du rôle joué par un agent du contrôle des prix qui avait pris la couverture d'un acheteur éventuel de blé.

¹³⁸ Cass. crim. 2 octobre 1979, Bull. crim., n°266; crim 1 octobre 2003, A J Pénal 2003, 107

¹³⁹ MAISTRE DU CHAMBON (P), *La régularité des « provocations policières » : l'évolution de la jurisprudence*, op. cit. n°9.

En ce qui concerne l'utilisation répétée de ruses et d'une mise en scène particulière, les policiers ont entraîné la commission de l'infraction dans des circonstances où elle n'aurait pas du avoir lieu¹⁴⁰. L'irrégularité est évidente.

Dans la seconde hypothèse, une sous distinction est à opérer. Lorsque les manœuvres des policiers visent à prouver l'existence d'une activité délictueuse antérieure, quand bien même elles seraient préalables à la réalisation de l'infraction, elles sont admises comme révélatrices de l'infraction.

L'aspect provocateur est caractérisé lorsque les provocations sont utilisées alors que l'infraction était déjà commise.

Enfin, en cas de manœuvres précédant la commission de l'infraction, le problème de respect de la loyauté est ici fort sensible ; il résultera de l'appréciation de la volonté criminelle à l'instant même de la provocation ; si la volonté n'existe pas à ce moment, le principe de loyauté n'est manifestement pas respecté. Dans l'hypothèse inverse, les distinctions précédentes interviennent à nouveau.

En définitive, l'admission des provocations policières dépend considérablement des circonstances dans lesquelles elles ont été réalisées. Il ne faut pas perdre de vue le fait qu'il est, nous venons de la constater, fort difficile de fixer un critère stable de détermination de la loyauté dans ce contexte. Dès lors, de telles pratiques, dont l'intérêt ne saurait être nié, doivent être utilisées avec prudence sous peine d'enfreindre le principe de loyauté et de porter atteinte à la dignité de la Justice.

- Une tolérance législative encadrée

Pour mettre un terme à d'éventuelles incohérences jurisprudentielles, le législateur est diversement intervenu pour baliser l'action des policiers.

En ce qui concerne le trafic de stupéfiants, la loi en date du 19 décembre 1991 organise «*sous certaines conditions la surveillance de l'acheminement des substances ou plantes classées*

¹⁴⁰ CA Toulouse 23 avril 1942, JCP, II, n°18886, note Magnol.

comme stupéfiants, ainsi que les livraisons contrôlées des mêmes substances »¹⁴¹. Cette loi prévoit que des agents des douanes, habilités pour ce faire, et des officiers de police judiciaire ont la possibilité de surveiller l'acheminement des substances s'ils ont au préalable informé le procureur de la République. Ils peuvent également, sous autorisation du magistrat instructeur ou du magistrat du parquet, acquérir, détenir, transporter ou livrer lesdites substances, ou mettre à la disposition des trafiquants des moyens juridiques ou de transport, dépôt ou stockage.

La précision légale est d'importance et permet de clarifier la situation jurisprudentielle. Il est interdit aux agents des douanes, habilités pour ce faire, et aux officiers de police judiciaire, d'effectuer des actes de provocation active, qui soumettraient le prévenu à une contrainte morale (art. 122-2 du CP) et qui entraîneraient la commission d'infractions. L'article 706-32 du code de procédure pénale dispose à cet égard que l'autorisation de procéder à une livraison contrôlée de produits stupéfiants «*ne peut être donnée que pour des actes ne déterminant pas la commission des infractions* ».

Le terme provocation est absent de ces dispositions, cela sous-tend en conséquence que les agissements policiers dans ce contexte ne sont pas des provocations policières et souligne la volonté du législateur d'empêcher de telles pratiques. Pourtant les actes de ces mêmes agents pourraient, dans ce cadre précis, être considérés comme de provocation non pas active mais passive. L'hypothèse de l'absence de provocation à l'infraction n'empêche pas de remarquer le caractère provocateur des actes des policiers. Sans les stratagèmes caractérisant la démarche de ces derniers, les infractions commises par les délinquants n'auraient pu être dévoilées.

En outre, le décret du 18 mars 1986 portant Code de déontologie de la Police nationale¹⁴² impose, par son article 7 du livre premier, aux fonctionnaires de police une obligation de loyauté : le fonctionnaire de police «*est loyal envers les institutions républicaines. Il est intègre et impartial ; il ne se départit de sa dignité et en aucune circonstance* ».

«*Les fonctionnaires ne doivent pas faire appel à des méthodes de travail qui voudraient que la fin justifie tous les moyens, ce qui condamne tous les procédés illégaux* »¹⁴³.

Les policiers ne doivent utiliser que des méthodes pour constater une infraction préexistante à leur action.

¹⁴¹ MATSOPOULOU (H), *Les enquêtes de police*, op. cit., n°928.

¹⁴² MARCUS, *La nuit du décret*, R.S.C., 1986, p 683 et s.

¹⁴³ MATSOPOULOU (H), *Les enquêtes de police*, op. cit., n°929.

B. Des atteintes issues d'un système de protection de la loyauté imparfait

L'insuffisance du système de protection de la loyauté est la conséquence de l'attitude des jurisprudences française et européenne (1) combinées à des sanctions peu dissuasives (2).

1. Des atteintes justifiées par l'attitude souple de la jurisprudence française et européenne

La loyauté est érigée en principe et en impératif, la force et la définition de ce principe variant selon le dispositif de droit interne (a) ou celui de droit européen (b).

a. Un impératif imprécis en droit interne

En droit belge, l'obligation de loyauté est explicite. Elle figure formellement au sein du Code d'instruction criminelle. Les dispositions de la loi du 12 mars 1998, relative à l'amélioration de la procédure pénale au stade de l'information et de l'instruction, insérant un article 28 bis § 3 al. 2 du C.I.C. belge, témoignent de l'intérêt généralisé rapporté aux modes de preuve : « *Le procureur du Roi veille à la légalité des moyens de preuve ainsi qu'à la loyauté avec laquelle ils sont rassemblés* »¹⁴⁴.

En droit français, l'exigence est moins claire, et de ce fait, moins forte : « *la procédure pénale ne consacre pas encore une obligation absolue de loyauté* »¹⁴⁵.

Pourtant, Pierre Bouzat l'a parfaitement mis en évidence¹⁴⁶, malgré la consécration faite de la liberté en matière de preuve, la loi française prévoit certains principes destinés à limiter l'arbitraire et à assurer une certaine loyauté dans le recueillement des preuves : principes issus de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme du 26 août 1789 (articles 5 et 12) et de la Convention Européenne des Droits de l'Homme (articles 3, 6§3, et 8) ; règles résultant de la Constitution française du 5 octobre 1958 et de son préambule (articles 64, 65 et 66) ; les articles

¹⁴⁴ FRANCHIMONT (M), *Loyauté, proportionnalité et procès équitable*, op. cit., p 375.

¹⁴⁵ GUINCHARD (S), *Vers une démocratie procédurale*, Justices, *Ce qui a changé dans la justice depuis vingt ans*, éd. Dalloz, 1999, p 117.

¹⁴⁶ BOUZAT (P), *La loyauté dans la recherche des preuves*, op. cit., p 161.

du code de procédure pénale régissant la phase de recherche des preuves et imposant, pour le respect de la loyauté, des garanties pour l'individu¹⁴⁷ ; et enfin quelques décisions de jurisprudence¹⁴⁸ qui avaient pendant longtemps considéré que les procédés déloyaux devaient en principe être bannis. Ce dispositif interne révèle les carences quant à la précision de la loyauté de telle méthode d'investigation. Ne mise-t-on pas sur la déontologie et la conscience professionnelle des intervenants au processus pénal ?

b. Un impératif européen au prisme du caractère équitable du procès

La loyauté dans le recueillement des preuves est désormais, même s'il n'en a pas toujours été ainsi¹⁴⁹, une exigence européenne. Elle résulte pour la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme de l'interprétation que cette juridiction opère de l'article 6 de la Convention. C'est ainsi au prisme du respect du droit au procès équitable que la jurisprudence européenne consacre l'obligation de loyauté : « *Cela est bien compréhensible dans la mesure où un procès équitable ne saurait tolérer des procédés caractérisés par la violence ou par la ruse* »¹⁵⁰. La logique de cette exigence apparaît, de surcroît, confortée tant l'importance du recueillement des preuves dans le déroulement du processus pénal est patente.

Dès lors, le problème de l'admissibilité de la preuve illégalement obtenue présente un intérêt sans cesse renouvelé, et ce, notamment, au regard des fluctuations de la jurisprudence de la Cour de cassation sur ce point ; la règle de la liberté de la preuve offrant une certaine latitude à la jurisprudence française soumise, néanmoins, à la norme européenne.

¹⁴⁷ On peut rapidement citer pour l'enquête préliminaire les articles 63-1, 63-2, 63-3, 63-4, ...etc.

¹⁴⁸ Cass. crim. 9 juin 1883, S., 1885, I, P 137 et s, note E. Villey. Dans un arrêt récent du 27 février 1996, la chambre criminelle de la Cour de cassation a employé les termes « *loyauté des preuves* ».

¹⁴⁹ C.E.D.H., *Schenk c/ Suisse*, 12 juillet 1988, R.S.C., 1988, p 840, obs. Petiti et Teitgen.

¹⁵⁰ RENUCCI (J-F), *Droit européen des droits de l'homme*, L.G.D.J., Manuel, Paris, 3ème édition, 2002, p 306.

- La confrontation du régime de preuve français et de la norme européenne

La C.E.D.H. en convient « *la recevabilité des preuves relève au premier chef des règles de droit interne et il revient 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 les modes de représentation des preuves revêt un caractère équitable* »¹⁵¹.

La Cour de cassation s'aligne sur cette position et affirme que « *L'article 6 de la Convention ne limite pas autrement les modes de preuve que la loi du for met à la disposition de la partie poursuivie pour emporter la conviction du juge* ».

En revanche, si la clé de voûte du système de preuve est le caractère équitable de la procédure au sens de la C.E.D.H., il n'en est pas de même pour la chambre criminelle de la Cour de cassation qui, sans contredire cette idée, s'attache à mettre en place des critères limitant la liberté de la preuve guidés par l'essence même du système français. En définitive, la distinction dans les démarches jurisprudentielles européenne et française se crée relativement à la recevabilité de la preuve.

La Cour de cassation considère une preuve comme étant recevable dès lors qu'elle revêt une valeur probante ou qu'elle joue un rôle non négligeable dans la manifestation de la vérité. Il lui est fortement difficile de rejeter une preuve dont l'obtention a été certes abusive, si elle révèle la vérité. Sa volonté est de ne pas laisser impuni l'auteur d'une infraction dont la culpabilité est « évidente ».

Une preuve n'est déclarée irrecevable qu'en cas de déloyauté ou d'illégalité incontestables. La subjectivité de l'analyse devient alors très forte ; à partir de quand les juges vont-ils considérer que la preuve recueillie l'a été en violation de règles légales ou en contradiction avec le principe de loyauté ?

Pourtant il est évident, et la Cour européenne ne manque pas de le rappeler, que dans un pays qui se veut démocratique et respectueux des libertés individuelles, « *le droit à une bonne*

*administration de la justice occupe une place si éminente qu'une interprétation restrictive de l'article 6 ne correspondrait pas au but et à l'objet de ces dispositions*¹⁵².

- Une appréciation européenne souple de l'impératif de loyauté

Il semblerait, et ce au regard des termes mêmes de la C.E.S.D.H., qu'aucun article n'édicte à proprement parler des principes directeurs de la preuve en matière pénale.

Seul l'article 6§3 de la Convention établit des règles relatives à l'interrogatoire des témoins.

A cet égard, la Commission et la Cour européennes¹⁵³ ont de nombreuses fois rappelé que si la Convention dans son article 6§1 « *garantit à toute personne le droit à un procès équitable, elle ne réglemente pas toutefois la matière des preuves en tant que telle et notamment leur admissibilité et leur force probante, question relevant essentiellement du droit interne* »¹⁵⁴.

Dès lors les organes européens n'ont de cesse de réaffirmer l'importance du caractère équitable que doit revêtir « *le mode de présentation des moyens de preuve* »¹⁵⁵.

En effet, la Cour européenne n'a pas à dire « *si les tribunaux ont correctement apprécié les preuves qui leur ont été soumises* », « *l'admissibilité des preuves en tant que telle* » étant « [...] *une matière qui [...] relève au premier chef du droit interne* »¹⁵⁶.

C'est pourtant de son principe d'équité posé par la convention en son article 6§1¹⁵⁷ que « *la loyauté et l'impartialité de la part des agents recherchant la preuve* »¹⁵⁸ tirent leur origine.

¹⁵¹ C.E.D.H., *Windish*, 27 septembre 1990, série A, n° 186, n° 25. C.E.D.H., *Delta*, 19 décembre 1990, série A, n° 191, n° 135.

¹⁵² C.E.D.H., *Delcourt*, 17 janvier 1970, série A, n° 11.

¹⁵³ En vertu du Protocole n°11 à la Convention dont l'entrée en vigueur a été fixée au 1^{er} novembre 1998, il est institué en lieu et place de la Commission et de la Cour européennes, une Cour unique permanente.

¹⁵⁴ Comm.E.D.H., D 10862/84, *Pierre Schenk c/ Suisse*, 6 mars 1986, DR 46, p 138. C.E.D.H., *Schenk*, op. cit.

¹⁵⁵ C.E.D.H., *Delta*, op. cit.

¹⁵⁶ Comm.E.D.H., *Pierre Schenk*, op. cit. C.E.D.H., *Windish*, 27 septembre 1990, série A, n°186, p 10.

¹⁵⁷ L'article 6§1 de la C.E.S.D.H. dispose que « *Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement.* »

¹⁵⁸ PRADEL (J), *Le déroulement du procès pénal*, op. cit., p 198.

La jurisprudence européenne a par ailleurs consacré l'obligation de loyauté dans la réunion policière et judiciaire des preuves¹⁵⁹.

Relativement au recueillement d'une preuve obtenue de manière contraire au principe de loyauté ou même au droit interne, et au regard du fait que la Convention ne réglemente pas explicitement le système probatoire, la Cour ne va pas rejeter d'emblée la recevabilité de la preuve en question ; elle s'attachera à « *rechercher si le procès [...] a présenté dans l'ensemble un caractère équitable* », quitte à admettre des preuves déloyales qui ne contreviendraient pas à l'équité du procès.

« *Le jugement de conformité au droit qui prévaut actuellement ouvre en effet la voie à des pratiques aux conséquences redoutables qui justifieraient à elles seules le rejet des preuves obtenues au mépris de ce qu'il serait grand temps de considérer comme un véritable principe de loyauté* »¹⁶⁰.

Ainsi, par les décisions qui viennent d'être énoncées, les organes de la convention ont clairement manifesté leur réticence quant au rejet d'une preuve déloyale, voire même illégale. La juridiction européenne semble dès lors ne pas se positionner en tant que réel obstacle à l'admissibilité par les juridictions internes de preuves recueillies déloyalement.

Cette approche jurisprudentielle, réitérée à maintes reprises, contradictoire en ce que d'une part elle affirme cet impératif de loyauté et d'autre part elle l'accessoirise au caractère équitable du procès, paraît peu conforme aux finalités et à l'esprit des dispositions conventionnelles.

C'est très certainement ce qui a guidé la Cour européenne des droits de l'homme dans la modification de sa position, les juges européens, attentifs à la garantie des droits de la défense en toute hypothèse, ayant considéré l'utilisation d'éléments de preuve à la suite de provocations

¹⁵⁹ C.E.D.H., *Barbara, Masague et Jarbordo c/ Espagne*, 6 décembre 1988, in RENUCCI (Jean-François), *Droit européen des droits de l'homme*, L.G.D.J., Manuel, Paris, 3^{ème} édition, 2002, p 156.

¹⁶⁰ MOLINA (E), *Réflexion critique sur l'évolution paradoxale de la liberté de la preuve des infractions en droit français contemporain*, R.S.C., 2002, p 279.

policieuses comme contraires à la convention¹⁶¹. La Cour européenne semble désormais prendre l'attitude qui pouvait être attendue d'elle.

2. Des sanctions peu dissuasives

Tous les principes et garanties mis en place par la convention européenne, la législation française ainsi que les jurisprudences européenne et interne pour assurer le principe de la loyauté dans l'administration de la preuve révèlent des carences mises en lumière par la pratique. Le principe de la loyauté ne semble pas toujours être protégé par le débat contradictoire (a). En outre, le principe de la loyauté ne semble pas uniformément respecté et les sanctions prononcées en cas de transgression dudit principe apparaissent parfois peu dissuasives et surtout difficilement prononcées, ce qui annihile en partie les effets des composantes du principe de la contradiction (b).

Les observations mentionnées ci-dessous sont le fruit d'interrogations suscitées par la constatation des lacunes du régime au regard de la jurisprudence, des textes et de la pratique. Il ne s'agit que d'amorces de réflexions qui nécessiteront de plus amples développements ultérieurement.

a. L'insuffisante protection apportée par le débat contradictoire

La discussion contradictoire n'exclut pas que des preuves illégales et déloyales soient admises. En ont témoigné certaines décisions de la Cour européenne des droits de l'homme¹⁶² qui, dans leur solution n'hésitaient pas à reconnaître que l'essentiel est de préserver le caractère équitable du procès, quitte à admettre des preuves déloyales. Cette position n'était-elle pas quelque peu hypocrite, voire même incohérente ? Comment peut-on préserver le caractère équitable du procès, même si les preuves sont débattues contradictoirement, alors que ces

¹⁶¹ C.E.D.H., *Teixeira de Castro c/ Portugal*, 9 juin 1998, JCP, 1999, 1, obs. F. Sudre; R.S.C., 1999, p 401 et s, obs. R. Koering-Joulin.

¹⁶² C.E.D.H., *Schenk c/ Suisse*, 12 juillet 1988, op. cit.

dernières ont été recueillies en violation du principe de loyauté ? Qu'en est-il alors de la crédibilité de la Justice, de l'éthique et de la déontologie que chaque professionnel doit respecter ?

L'apparent changement de position de la C.E.D.H., susmentionné, ne suffit pas à rassurer et laisse encore vivaces les craintes et suspicions, renforcées par la jurisprudence interne actuelle.

Des effets pervers dus au renforcement des garanties octroyées à l'individu sont constatés, notamment par rapport à l'introduction du droit au silence qui peut conduire les policiers à user de méthodes d'interrogatoires plus « agressives ».

b. La mouvance jurisprudentielle actuelle

Le principe de la loyauté est un principe fondamental qui régit l'administration de la preuve. Ce principe devrait s'appliquer en toute logique sans discrimination aucune à chacun des intervenants au procès pénal. Il est vrai que le droit entend protéger les vulnérables et c'est dans cet esprit qu'un assouplissement des règles est ressenti, soit en faveur de la partie poursuivie, soit au bénéfice de la partie civile.

La jurisprudence tend de plus en plus souvent à admettre les preuves déloyales¹⁶³ au profit des parties privées. Quelles sont les hypothèses ? Quelles en sont les raisons ? Quelles en sont les conséquences ? « *La chambre criminelle semble bien ne pas avoir de théorie de la loyauté mais plutôt une politique caractérisée par une attitude strictement pragmatique consistant arrêter ses positions en fonction de l'appréciation des résultats pratiques qu'elle souhaite pouvoir obtenir (...). La relativité de cette règle s'en trouve considérablement accrue et, avec elle, les incertitudes relatives à sa force juridiquement contraignante, voire à son existence lorsque la preuve est obtenue par des parties privées auxquelles une récente évolution jurisprudentielle confère une liberté accrue dans l'établissement de la preuve* »¹⁶⁴.

Pourtant, lorsqu'un principe d'une telle importance et d'une telle nécessité est admis, une application non uniforme ne saurait être tolérée.

¹⁶³ Les termes déloyauté et illégalité seront ici concomitamment employés. La raison en est simple et découle des définitions préalablement énoncées quant au contenu des grands principes de légalité et de loyauté. L'admission de preuves illégales correspond nécessairement à la reconnaissance de preuves déloyales. La loyauté absorbe la légalité.

¹⁶⁴ MOLINA (E), *Réflexion critique sur l'évolution paradoxale de la liberté de la preuve des infractions en droit français contemporain*, op. cit., p 274.

L'absence de dispositions écrites sur le rôle des parties privées dans la recherche des preuves a laissé une large marge de manœuvre aux juges qui, dans un souci de répression croissante et « d'impunité zéro », ont progressivement permis aux parties civiles de produire à l'instance pénale des preuves déloyalement obtenues. Au prisme d'une volonté de privilégier la manifestation de la vérité, les juridictions internes en arrivent à admettre des enregistrements d'images réalisés par une caméra dans une officine de pharmacie¹⁶⁵ se fondant, pour ce faire, sur l'absence de prévision légale concernant l'intervention des parties privées dans la phase de recherche des preuves.

Face aux nouvelles carences législatives, la chambre criminelle de la Cour de cassation a accordé à la personne poursuivie le droit à la liberté de la preuve dans un arrêt en date du 2 octobre 1981¹⁶⁶. Dans la mesure où la personne poursuivie se voit reprocher des faits de nature pénale, il est tout à fait légitime qu'elle puisse apporter des preuves nécessaires à sa défense. Cette prérogative devient totalement illégitime si elle s'accompagne, à l'image de ce qui est octroyé à la partie civile, d'un droit à la déloyauté contraire à la dignité de la justice.

La chambre criminelle semble cependant admettre que le juge n'a pas le pouvoir de rejeter la preuve obtenue par une partie privée au motif que celle-ci a été illégalement obtenue¹⁶⁷. La haute juridiction continue à appliquer aux parties privées un régime dérogatoire malgré les lois de procédure.

« Les techniques légales et prétoriennes d'éviction de la sanction de nullité élaborées aux fins de sauvegarder la preuve obtenue aussi bien en violation des prescriptions textuelles que de l'exigence de loyauté compensent en réalité la régulation apparente de la liberté de la preuve. Cette situation préoccupante incite à s'interroger sur les rapports complexes d'indépendance et de subordination du juge pénal à la loi dont la lettre et l'esprit sont censés guider l'action... »¹⁶⁸.

¹⁶⁵ Cass. crim. 6 avril 1994, Bull. crim., n°136.

¹⁶⁶ Cass. crim. 2 octobre 1981, Bull. crim., n°256.

¹⁶⁷ Cass. crim. 15 juin 1993, Bull. crim., n°181.

¹⁶⁸ MOLINA (E), *Réflexion critique sur l'évolution paradoxale de la liberté de la preuve des infractions en droit français contemporain*, op. cit., p 263.

L'analyse du comportement des juges et l'examen des dispositions légales livrent une réalité contestable : notre système procédural se montre réticent quant au rejet de l'admissibilité de mesures illégales ou déloyales, mesures dont la sanction est difficilement prononcée.

Force est de constater que la morale, essence du principe de la loyauté, sert malaisément de fondement à sanction.

La première remarque se situe donc relativement au prononcé des sanctions par les juges¹⁶⁹.

La seconde est afférente aux textes prévoyant les sanctions en cas de non respect du principe de loyauté. Ces sanctions sont-elles à même de dissuader les professionnels d'enfreindre à nouveau les règles découlant de cet impératif ?

La difficulté provient spécialement de l'incertitude entourant le régime de nullité des preuves, incertitude se rapportant aux causes de nullités et aux pouvoirs d'appréciation du grief extrêmement larges reconnus au juge. En matière de nullités de procédure est en vigueur l'opposition nullités d'ordre public, caractérisées par un flou légal, et nullités d'intérêt privé, dont le mode de fonctionnement repose sur la délicate démonstration d'un grief selon l'article 802 du code de procédure pénale.

Cependant, « *l'imprécision de cette disposition conduit en pratique le juge à faire dépendre la nullité des circonstances de la cause en lui permettant d'apprécier in concreto l'irrégularité invoquée* »¹⁷⁰.

De surcroît, la difficulté d'obtenir la nullité de preuves recueillies illégalement et déloyalement est renforcée par le système légal. Un mécanisme de purge des nullités est mis en place par le code de procédure pénale pour limiter les contestations ; pour ce qui est des effets de l'annulation de la preuve – ou plus précisément de son étendue – le législateur laisse au juge la possibilité de décider s'il faut l'étendre à tous les actes de la procédure ou non, en fonction de la gravité des actes, ce qui va lui laisser une fois de plus toute latitude.

Le juge marque très nettement sa préférence pour la validation d'une preuve obtenue en violation du formalisme légal – certaines dispositions fixent parfois un procédé de preuve à utiliser dans des circonstances précises, ce qui devrait limiter conséquemment le principe de la

¹⁶⁹ Cela rejoint en cette hypothèse l'observation précédente formulée à l'égard du nouveau mouvement de jurisprudence.

¹⁷⁰ MOLINA (E), *op. cit.*, p 265.

liberté de la preuve – plutôt que pour le principe de la légalité pourtant essentiel en matière de preuve pénale.

Le constat, éclairé par la jurisprudence interne, est celui d'un principe de la loyauté consacré théoriquement, et négligé pratiquement. La juridiction européenne a conduit à une modification de la législation française qui paraît plus conforme au respect de la dignité de la justice et à celui de la dignité de l'individu, composantes fondamentales du principe de la loyauté.

Les lacunes sont encore considérables. Il suffit pour s'en convaincre d'observer l'admissibilité massive des preuves et la réticence légale et jurisprudentielle quant au rejet de preuves obtenues déloyalement - parfois même illégalement - essentiellement dans le processus interne.

L'examen des législations européennes pourrait fournir des éléments supplémentaires de réflexion et permettre d'envisager des modifications de notre régime de la preuve pénale, dans l'objectif de proposer, à terme, les pistes d'une éventuelle harmonisation des systèmes probatoires européens.

Il faudra également compter sur une prise de conscience des praticiens de la justice et de l'accroissement de leur professionnalisme, il en va de la dignité de la Justice pénale. En oubliant trop fréquemment l'existence d'une corrélation étroite entre la violation de la loyauté et la transgression de légalité, la justice pénale s'expose elle-même à la critique. En effet, elle méconnaît alors la dignité à laquelle elle ne peut renoncer sans se renier ; en outre il y a quelque contradiction à sanctionner la transgression de la loi sur la base de preuves obtenues illégalement.

Section 2^{nde} : Les dysfonctionnements du système d'administration de la preuve pénale

La loi du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes a introduit en tête du code de procédure pénale un article préliminaire énonçant les principes directeurs du procès pénal. Force est de constater que certains reçoivent une application insuffisante (paragraphe 1^{er}). Il faut ensuite relever que des dysfonctionnements importants sont, en pratique, la conséquence d'une difficile adaptation des acteurs aux évolutions de la criminalité (paragraphe 2nd).

Paragraphe 1^{er} : Le non respect de certains principes directeurs de l'instance

L'article préliminaire du Code de procédure pénale commande à la procédure pénale d'être « *équitable et contradictoire et (de) préserver l'équilibre des droits des parties* ». Les principes directeurs ainsi énoncés s'imposent de façon générale à l'ensemble de la procédure. Néanmoins, leur expression est parfois imparfaite. Il en est ainsi notamment du principe du contradictoire pendant l'enquête policière (A), et de l'équilibre des droits des parties pendant l'instruction préparatoire (B).

A. Un principe du contradictoire insuffisant au stade de l'enquête policière

Nous considérons, comme la quasi totalité de la doctrine, que le principe du contradictoire doit être envisagé au regard de ses deux principales composantes que sont le droit à la discussion et le droit à l'information.

L'article 6§1 offre le droit à tout accusé « *d'être informé ... de la nature et de la cause de l'accusation portée contre lui* ». Aussi, la loi du 15 juin 2000 a-t-elle introduit dans l'article 63-1 du CPP relatif à la garde à vue « *l'obligation pour les officiers de police judiciaires de donner connaissance à la personne retenue de la nature de l'infraction sur laquelle porte l'enquête, et ce, avant toute autre notification. Pour accomplir cette exigence, il suffit de prévenir l'intéressé de la qualification juridique de l'infraction qui lui est reprochée* ».

Néanmoins, il s'agit là des seules informations transmises par les enquêteurs à la personne suspectée. L'information en tant que composante du principe du contradictoire serait donc à ce stade de la procédure très insuffisante. Cette considération renvoie alors au rôle joué par l'avocat lors de son intervention pendant la mesure de garde à vue. Ce dernier disposant de 30 minutes pour s'entretenir avec son client mais ne recevant aucune information supplémentaire de la part des services de police.

B. L'équilibre précaire des droits des parties durant l'instruction préparatoire

L'équilibre des droits des parties durant l'instruction préparatoire n'a pas encore été atteint malgré les réformes successives de la procédure pénale. Nous considérons qu'il est donc justifié d'évoquer à ce stade de la procédure un certain déséquilibre des droits des parties, allant à l'encontre des dispositions de l'article préliminaire du Code de procédure pénale. En effet, le Parquet reste largement favorisé par rapport aux parties privées.

Ainsi, le Parquet a-t-il accès au dossier en permanence alors que l'article 114, al. 2 du Code de procédure pénale prévoit que la procédure est mise à la disposition des avocats des parties « *durant les jours ouvrables, sous réserve des exigences du bon fonctionnement du cabinet d'instruction* ».

D'autre part, le procureur de la République s'est vu, de tout temps, reconnaître le pouvoir de requérir du juge d'instruction l'exécution de tous les actes d'information lui paraissant utiles à la manifestation de la vérité et de toutes les mesures de sûreté nécessaires. La loi du 15 juin 2000 lui a accordé la faculté de participer à l'accomplissement des actes qu'il requiert (art. 82, al. 1^{er} du code de procédure pénale). La loi de 2000 reconnaît le même droit à l'avocat des parties privées, mais le juge d'instruction peut ne pas faire droit à leur demande (art. 82-2 du code de procédure pénale). Nombreux sont les avocats qui prétendent que leurs demandes ne reçoivent que très peu d'échos auprès des juges d'instructions.

Le Parquet est également informé à l'avance de certains actes d'investigations (art. 93 et 94 du code de procédure pénale), des auditions, interrogatoires et confrontations auxquelles il a souhaité assister (art. 119, al. 2 du code de procédure pénale), des ordonnances non conformes à ses réquisitions (art. 183, al. 5 du code de procédure pénale).

Enfin, le Parquet dispose seul d'un droit d'appel général des ordonnances du juge d'instruction (art 185 du code de procédure pénale), alors que les parties privées n'ont qu'un droit d'appel limité (art 186 et 186-1 du code de procédure pénale).

Paragraphe 2nd : La difficile adaptation des acteurs du procès pénal aux évolutions de la criminalité

L'étude des prérogatives de chacun des acteurs du procès pénal en matière de preuve (A) permet de mettre en évidence la nécessaire adaptation du rôle de certains (B).

A. Les prérogatives des acteurs du procès pénal en matière de preuve

Les acteurs du procès pénal sont en nombre mais ne seront envisagés que les professionnels de la justice qui œuvrent à une bonne administration de la preuve pénale. Il s'agira d'étudier les prérogatives, en la matière, de la police judiciaire (1), des magistrats (2), des experts (3) et des avocats (4).

Il ne sera pas pour autant fait abstraction, dans le cadre de ce rapport, de l'influence grandissante des parties privées sur l'administration de la preuve.

1. Le rôle des enquêteurs dans l'administration de la preuve

On distingue traditionnellement la police administrative de la police judiciaire. La police administrative a une mission de prévention. Mais, lorsque ce rôle n'a pu être rempli et lorsque l'ordre a été troublé par la commission d'une infraction pénale, il sera alors nécessaire de procéder à une constatation des faits incriminés et d'en rechercher les auteurs. Cette fonction de constatation et d'investigation appartient à la police judiciaire.

La police judiciaire est apparue dans le code du 3 brumaire an IV (article 18) avant d'être reprise dans le code d'instruction criminelle, puis dans le code de procédure pénale. Les articles 12 à 29 du code de procédure pénale organisent désormais cette mission. Selon ces textes, la police judiciaire « est 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 » (article 14, al.1^{er} code de procédure pénale). Elle « est exercée, sous la direction du procureur de la République, par les officiers, fonctionnaires et agents désignés au présent titre » (article 12 du code de procédure pénale) et « est placée dans chaque ressort de cour d'appel, sous la

surveillance du procureur général et sous le contrôle de la chambre de l'instruction conformément aux articles 224 et suivants » (article 13 du code de procédure pénale).

L'objectif visé nous oblige à présenter succinctement l'organisation (a) et la composition de la police judiciaire (b) avant d'envisager ses pouvoirs dans l'administration de la preuve (c).

a. Les organes de police judiciaire

La police nationale, la gendarmerie nationale, les polices municipales et l'administration sont les composantes de la police judiciaire, sans oublier la nouvelle forme de coopération interservice que représentent les GIR.

La police nationale

Son origine remonte à la loi du 23 avril 1941 qui a étatisé la police dans toutes les communes dont la population était supérieure à 10 000 habitants, mais elle fut créée par la loi du 9 juillet 1966 qui unifie la sûreté nationale (police de province) et la préfecture de police (police de Paris).

Les 120 000 agents que compte la police nationale aujourd'hui sont placés sous la dépendance hiérarchique du ministre de l'Intérieur, relayée par celle d'un directeur général et sont répartis entre diverses directions ou services centraux.

Les policiers se répartissent ensuite en trois corps divisés en grades : le corps de conception et de direction composé de commissaires de police, le corps de commandement et d'encadrement composé d'officiers de police, le corps de maîtrise et d'application constitué de gardiens de la paix.

La gendarmerie nationale

La gendarmerie nationale apparaît au XIII^{ème} siècle sous l'appellation de maréchaussée. Son organisation et son fonctionnement sont contenus dans le décret du 20 mai 1903, plusieurs fois modifié depuis. C'est à la fois une force militaire opérationnelle dont la mission prioritaire n'est pas, sauf exception, de faire la guerre et une force de police exerçant concurremment avec

la police nationale, des missions de police administrative et de police judiciaire. Cette ambivalence conduit certains auteurs à la qualifier d'institution *sui generis*¹⁷¹.

En 2002, le Président de la République a décidé de confier au ministre de l'Intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales, l'autorité directe sur l'emploi des forces de gendarmerie dans l'exécution de leurs missions de sécurité intérieure. Dans le même temps, il a été réaffirmé que la gendarmerie conservait son statut militaire, ses missions militaires et ses missions judiciaires. Son rattachement au ministère de la défense est donc maintenu.

Elle se compose aujourd'hui de 85 000 agents à statut militaire se répartissant, comme tous les militaires, en personnel non officier et en personnel officier.

Outre, la Garde Républicaine et certaines formations spécialisées, elle reste divisée en deux branches : la gendarmerie départementale et la gendarmerie mobile.

Les polices municipales

La création d'une police municipale entre dans la compétence du conseil municipal sur proposition du maire, titulaire du pouvoir de police municipale (CGCT, article 2212-5).

Les agents sont des fonctionnaires territoriaux assermentés, nommés par le maire, agréés par le représentant de l'Etat et le Procureur de la République.

Les administrations

Les agents de certaines administrations se voient conférer un pouvoir de police judiciaire qui consiste généralement dans la constatation des infractions prévues dans leur domaine de compétence.

Cet aspect de la police judiciaire ne sera étudié qu'au travers de « la réalité de la preuve » dans l'administration douanière, dont les agents « *de catégorie A et B, spécialement désignés par arrêté des ministres chargés de la justice et du budget, pris après avis conforme d'une commission dont la composition et le fonctionnement sont déterminés par décret en Conseil d'Etat, peuvent être habilités à effectuer des enquêtes judiciaires sur réquisition du procureur de la République ou sur commission rogatoire du juge d'instruction* » (article 28-1 du code de procédure pénale).

¹⁷¹ DINTILHAC (J-P), *La Gendarmerie nationale*, Les Cahiers de la sécurité intérieure, n°11, 1993, p 85 et s.

Les G.I.R.

Au niveau local ont été créés les G.I.R., Groupes d'Intervention Régionaux, destinés à lutter contre la délinquance violente, les trafics illicites, et l'économie souterraine, en particulier dans les zones sensibles. En outre, ces groupes seront associés à la lutte intérieure contre les réseaux d'immigration clandestine. L'intérêt de ces groupes est de conjuguer l'action des services de police et de gendarmerie avec celle des douanes, des services fiscaux et des services de la concurrence et de la répression des fraudes ainsi que des directions du travail et de l'emploi.

Les G.I.R. sont administrativement rattachés aux services régionaux de police judiciaire ou aux sections de recherche de la gendarmerie nationale. Ils sont dirigés par un commissaire de police ou un officier de la gendarmerie nationale et interviennent dans chaque département à l'initiative conjointe du préfet et du procureur de la République.

b. La composition de la police judiciaire

L'article 15 du code de procédure pénale prévoit que « *la police judiciaire comprend : 1° Les officiers de police judiciaire ; 2° Les agents de police judiciaire et les agents de police judiciaire adjoints ; 3° Les fonctionnaires et agents auxquels sont attribuées par la loi certaines fonctions de police judiciaire* ».

L'article 16 du code de procédure pénale énonce une liste de personnes ayant qualité d'officier de police judiciaire, l'article 20 du code de procédure pénale une liste de personnes ayant la qualité d'agents de police judiciaire. L'article 21 du code de procédure pénale énumère, de son côté, les agents de police judiciaire adjoints. Enfin, les articles 22 à 29 du code de procédure pénale citent les fonctionnaires et agents chargés de fonctions de police judiciaire.

c. Les pouvoirs de la police judiciaire en matière de preuve

Ce thème sera abordé au travers des dispositions générales et des particularités de pouvoirs en matière douanière.

- Les dispositions générales

L'article 14 du code de procédure pénale nous indique que la police judiciaire a pour objet la recherche des preuves. Ainsi doivent être rapportées les preuves des infractions et de leur imputation. Pour cela les membres de la police judiciaire disposent de certains pouvoirs s'exerçant dans le cadre juridique de l'enquête pouvant être définie « *comme une suite d'actes qui ayant pour objet la recherche plus ou moins coercitive des preuves, sont articulés autour d'une finalité juridique, la manifestation de la vérité* »¹⁷².

Ces enquêtes de police judiciaire sont au nombre de deux : l'enquête de flagrance et l'enquête préliminaire.

Seuls les officiers ou agents de police judiciaire, donc les membres de la police nationale et de la gendarmerie nationale, ont le pouvoir d'effectuer des enquêtes.

L'objet n'est pas ici de présenter dans le détail ces procédures mais d'envisager les pouvoirs de coercition qui leur sont attachés :

Les contrôles et vérifications d'identité

« *Les officiers de police judiciaire et, sur l'ordre et sous la responsabilité de ceux-ci, les agents de police judiciaire et agents de police judiciaire adjoints (...) peuvent inviter à justifier, par tout moyen, de son identité toute personne à l'égard de laquelle existe un indice faisant présumer : qu'elle a commis ou tenté de commettre une infraction ; ou qu'elle se prépare à commettre un crime ou un délit ; ou qu'elle est susceptible de fournir des renseignements utiles à l'enquête en cas de crime ou de délit ; ou qu'elle fait l'objet de recherches ordonnées par une autorité judiciaire* » (article 78-2 du code de procédure pénale).

La rétention

« *Si l'intéressé refuse ou se trouve dans l'impossibilité de justifier son identité, il peut, en cas de nécessité être retenu sur place ou dans le local de police où il est conduit aux fins de vérification de son identité* ». Cette personne « *ne peut être retenue que le temps strictement exigé par*

¹⁷² GUINCHARD (S), BUISSON (J), *Procédure pénale*, 2^{ème} éd., Litec, Paris, 2002, p 502.

l'établissement de son identité » dans la limite maximale de quatre heures, au besoin par les moyens de l'identité judiciaire sur autorisation d'un magistrat (article 78-3 du code de procédure pénale).

L'arrestation

L'arrestation par la police peut intervenir dès que celle-ci est en présence de l'auteur d'une infraction flagrante.

L'audition

« *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* » (article 62 du code de procédure pénale) ; il peut également, pour les nécessités de l'enquête, placer en garde à vue toute personne envers laquelle « *existe une ou plusieurs raisons plausibles* » de la soupçonner d'avoir commis ou tenté de commettre une infraction » (article 63 du code de procédure pénale).

Le transport sur les lieux

« *En cas de crime flagrant, l'officier de police judiciaire qui en est avisé, informe immédiatement le procureur de la République, se transporte sans délai sur les lieux du crime et procède à toutes constatations utiles* » (article 54 alinéa 1 du code de procédure pénale). Ce transport sur les lieux n'est pas prévu dans le cadre de l'enquête préliminaire.

Les constatations

Elles consistent dans les opérations accomplies par l'officier de police judiciaire lors du transport sur les lieux du crime. « *Il veille à la conservation des indices susceptibles de disparaître et de tout ce qui peut servir à la manifestation de la vérité. Il saisit les armes et instruments qui ont servi à commettre le crime ou qui étaient destinés à le commettre, ainsi que tout ce qui paraît avoir été le produit de ce crime* » (article 54 alinéa 2 du code de procédure pénale).

Les perquisitions et fouilles

« *Si la nature du crime est telle que la preuve en puisse être acquise par la saisie des papiers, documents ou autres objets en la possession des personnes qui paraissent avoir participé au*

crime ou détenir des pièces ou objets relatifs aux faits incriminés, l'officier de police judiciaire se transporte sans désemparer au domicile de ces derniers pour y procéder à une perquisition dont il dresse procès-verbal » (article 56 alinéa 1 du code de procédure pénale). Les perquisitions ne peuvent être effectuées sans l'assentiment de la personne chez laquelle elle a lieu dans le cadre d'une enquête préliminaire (article 76 du code de procédure pénale).

Les saisies

Elles sont normalement consécutives à une perquisition.

- Les particularités des pouvoirs de police judiciaire en matière douanière

Les particularités sont perceptibles à la fois dans les pouvoirs conférés par le code de procédure pénale et dans ceux émanant du code des douanes.

Les pouvoirs issus du Code de procédure pénale

La loi du 23 juin 1999 renforçant l'efficacité de la procédure pénale a inséré dans le Code de procédure pénale l'article 28-1, évoqué précédemment, qui autorise désormais certains agents des douanes spécialement habilités à cet effet par l'autorité judiciaire à effectuer, sur réquisitions expresses du parquet ou sur commission rogatoire du juge d'instruction, des enquêtes judiciaires dans certains domaines. La loi a été complétée par un décret d'application du 2 novembre 2000 ainsi que par un arrêté du 29 janvier 2001.

« Ces agents ont (...) compétence sur l'ensemble du territoire national. Ils sont compétents pour rechercher et constater les infractions prévues par le Code des Douanes, les infractions en matière de contributions indirectes, les infractions prévues aux articles L 716-9 à L 716-11 du Code de la propriété intellectuelle, ainsi que pour les infractions qui leur sont connexes (art. 28-1, § 1, al. 2 du code de procédure pénale).

Toutefois, sous réserve des dispositions du II, ils n'ont pas compétence en matière de trafic de stupéfiants, de trafic d'armes, de vols de biens culturels et du blanchiment du produit de ces trois catégories d'infractions » (art. 28-1, § 1, al. 3 du code de procédure pénale).

Cette loi tend à accroître le nombre d'enquêteurs auprès des magistrats par la création « d'une douane judiciaire ». Cette dernière « *n'est pas destinée à concurrencer quiconque, elle constitue une police thématique à vocation essentiellement économique dans certains domaines propres et de lutte contre certaines formes de criminalité organisée dans les domaines de compétence qu'elle partage avec la police judiciaire* »¹⁷³.

Les pouvoirs issus du Code des Douanes

Le droit douanier accorde des prérogatives exorbitantes à l'administration en raison des difficultés engendrées par la constatation des infractions à la législation douanière.

– Le droit de visite des marchandises, des moyens de transport et des personnes (art. 60 à 63 du Code des douanes).

« *Lorsque des indices sérieux laissent présumer qu'une personne transporte des produits stupéfiants dissimulés dans son organisme, les agents des douanes peuvent la soumettre à des examens médicaux de dépistage après avoir préalablement obtenu son consentement exprès* » (art. 60 bis, al. 1^{er}).

« *Les agents des douanes peuvent visiter tout navire se trouvant dans la zone maritime du rayon des douanes et dans la zone définie à l'article 44 bis dans les conditions prévues à cet article* » (art. 62 Code des douanes).

« *Les agents des douanes peuvent aller à bord de tous les bâtiments, y compris les navires de guerre, qui se trouvent dans les ports ou rades ou qui montent ou descendent les rivières et canaux. Ils peuvent y demeurer jusqu'à leur déchargement ou sortie* » (art. 63, 1^o Code des douanes).

« *Les agents des douanes peuvent à tout moment visiter les installations et dispositifs du plateau continental et de la zone économique. Ils peuvent également visiter les moyens de transport concourant à leur exploitation ou à l'exploitation de leurs ressources naturelles, à l'intérieur des zones de sécurité prévues par la loi et dans la zone maritime du rayon des douanes* » (art. 63 bis Code des douanes).

¹⁷³ DOBKINE (M), *La création d'une nouvelle force de police judiciaire : la douane judiciaire*, D 2001, p1475 et

– Le droit d'accès aux locaux et lieux à usage professionnel. « *Afin de procéder aux investigations nécessaires à la recherche et à la constatation des infractions prévues au présent code, les agents des douanes ayant au moins le grade de contrôleur ont accès aux locaux et lieux à usage professionnel, ainsi qu'aux terrains et aux entrepôts où les marchandises et documents se rapportant à ces infractions sont susceptibles d'être détenus. Aux mêmes fins, ils ont accès aux moyens de transport à usage professionnel et à leur chargement* » (art. 63 ter, al. 1^{er} Code des douanes).

« *Au cours de leurs investigations, les agents des douanes mentionnés au premier alinéa peuvent effectuer un prélèvement d'échantillons, dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat, et procéder à la retenue de documents pour les besoins de l'enquête ou en prendre copie* » (art.63 ter, al.4 Code des douanes).

– Les visites domiciliaires. « *Pour la recherche et la constatation des délits douaniers, visés aux articles 414 à 429 et 459 du présent code, les agents des douanes habilités à cet effet par le directeur général des douanes et des droits indirects peuvent procéder à des visites en tous lieux, même privés, où les marchandises et documents se rapportant à ces délits sont susceptibles d'être détenus et procéder à leur saisie. Ils sont accompagnés d'un officier de police judiciaire* » (art. 64, 1^o Code des douanes)

– Le droit de communication. « *Les agents des douanes ayant au moins le grade d'inspecteur ou d'officier et ceux chargés des fonctions de receveur peuvent exiger la communication des papiers et documents de toute nature relatifs aux opérations intéressant leur service* » auprès des personnes physiques ou morales énumérées à l'article 65 du Code des douanes.

2. L'intervention des magistrats dans l'administration de la preuve

Il s'agit ici de voir après un rappel théorique de la manière dont les magistrats peuvent intervenir dans l'administration de la preuve pénale, quelles sont les difficultés auxquelles ils sont confrontés et de dégager par la suite les pistes qu'ils aimeraient voir exploitées afin de tenter d'y remédier.

La particularité des attributions des magistrats dans l'administration de la preuve prend toute sa dimension dans l'opposition entre systèmes accusatoire et inquisitoire. Alors que dans un modèle de type accusatoire les magistrats n'interviennent pas sur ce point là du procès pénal, on constate que le système procédural français est issu d'une longue tradition inquisitoire. Les juges répressifs ont un devoir d'investigation. Si cela paraît évident en ce qui concerne les juridictions d'instruction (c), c'est également vrai pour les juges de jugement (a), particulièrement pour le président de la cour d'assises (b).

a. Les juges de jugement

Le principe est que l'on attend du juge de jugement qu'il déploie tous ses efforts en vue de la manifestation de la vérité. Son rôle actif peut être constaté à deux niveaux, certaines interventions étant occasionnelles alors que d'autres sont plus systématiques.

- Les interventions occasionnelles

Le tribunal peut, afin de rechercher la vérité, ordonner certaines mesures telles qu'une expertise¹⁷⁴ ou un transport sur les lieux¹⁷⁵. Il peut également ordonner un supplément d'information¹⁷⁶.

- Les interventions systématiques

Il s'agit là de moyens de recherche de la vérité qui se retrouvent lors de toute audience de jugement. Le juge interrogera toujours en effet la personne poursuivie et pourra toujours poser des questions aux témoins.

¹⁷⁴ Art. 434 CPP en ce qui concerne le tribunal correctionnel, et art. 536 CPP pour le tribunal de police.

¹⁷⁵ Art. 456 et 536 CPP

¹⁷⁶ Art. 463 et 538 CPP

L'interrogatoire de la personne poursuivie

Dès le début de l'audience le président interroge le prévenu et reçoit ses déclarations. Cette étape importante dans la recherche de la vérité est à l'origine issue de la pratique, mais a depuis été consacrée expressément par le Code de procédure pénale¹⁷⁷.

Il faut noter que cette étape n'est pas prescrite à peine de nullité¹⁷⁸ et que le moment auquel elle intervient est à la discrétion du magistrat¹⁷⁹.

Le droit de poser des questions aux témoins

Le président peut éventuellement et de manière souveraine déterminer l'ordre des témoins¹⁸⁰. La déposition du témoin achevée, il peut l'interroger et décide si celui-ci sera à nouveau entendu et/ou confronté à un autre témoin¹⁸¹.

Pour recueillir les avis et expériences des acteurs interrogés, nous avons suivi le questionnaire suivant :

Questions :

- *Quelle est la réalité de l'utilisation des pouvoirs accordés aux juges de jugement dans la recherche de la vérité au niveau du tribunal de police ou des petites affaires correctionnelles ?*
- *Quelle est la réalité de l'utilisation de ces pouvoirs lors des procédures sommaires telles que la comparution immédiate ? (a.397-2 du code de procédure pénale)*
- *Qu'entend-on concrètement, en ce qui concerne les preuves, lorsqu'on parle d'affaire en état d'être jugée ou non, en matière de comparution immédiate ?*
- *Le fait pour le tribunal d'estimer qu'une affaire est en état d'être jugée ne laisse-t-il pas déjà entrevoir une appréciation quant aux preuves dans le sens de la culpabilité du prévenu ?*

b. Le président de la Cour d'assises

¹⁷⁷ Art. 442 et 536 CPP

¹⁷⁸ Crim. 16 mars 1971

¹⁷⁹ Crim. 26 février 1992

¹⁸⁰ Art. 444 et 536 CPP

¹⁸¹ Art. 454 et 536 CPP

La gravité des faits soumis à la Cour d'assises explique que son président dispose de pouvoirs très étendus quant à la recherche des preuves. Comme les autres juges de jugements il peut interroger l'accusé¹⁸², questionner les témoins, décider de les réentendre et/ou de les confronter à d'autres¹⁸³. Mais il possède en plus des pouvoirs spécifiques.

- Les pouvoirs généraux de direction de la procédure

Il intervient dans la recherche de la vérité à deux moments de la procédure.

Les mesures préparatoires à l'audience

Le président dispose ainsi du pouvoir de vérifier que tous les éléments de preuve possibles ont été bien rassemblés et éventuellement de les compléter s'ils n'ont pas été recueillis ou s'il estime que cela a été mal effectué. Le Code de procédure pénale accorde à cette fin au président de la cour d'assises, alors même que l'instruction préparatoire est close, la faculté d'ordonner tous les actes d'information qu'il pense utiles¹⁸⁴. La jurisprudence lui reconnaît même la possibilité de se rendre sur les lieux¹⁸⁵.

Les mesures au cours de l'audience

Le président détermine l'ordre de production des preuves et peut décider d'exclure des débats ce qui pourrait en compromettre la dignité ou les prolonger « *sans donner lieu d'espérer plus de certitude dans les résultats* »¹⁸⁶.

- Le pouvoir discrétionnaire du président de la cour d'assises

Le code de procédure pénale l'investit de ce pouvoir « *en vertu duquel il peut en son honneur et en sa conscience prendre toutes les mesures qu'il croit utiles pour découvrir la*

¹⁸² Art. 328 CPP

¹⁸³ Art. 331,332 et 338 CPP

¹⁸⁴ Art. 283 CPP

¹⁸⁵ Crim. 17 octobre 1968

¹⁸⁶ Art. 309 CPP

vérité»¹⁸⁷. Il s'agit donc d'un pouvoir extrêmement étendu qui lui permet de faire connaître tous les éléments de preuve disponibles.

Bien que l'article 310 du code de procédure pénale ne fasse référence qu'aux témoignages et aux pièces à conviction, la jurisprudence a toujours considéré qu'il s'agissait là d'exemples et qu'en conséquence le président pouvait prescrire toutes mesures concernant les preuves (transport sur les lieux, distribution de documents, lecture d'une pièce écrite...).

Il faut noter également que le président est dispensé de toute règle pour produire les éléments de preuve qu'il souhaite faire connaître (ainsi les témoins entendus en vertu de ce pouvoir ne prêtent pas serment)¹⁸⁸.

Questions :

- A propos de la procédure en cour d'assises, le président utilise-t-il souvent en pratique le pouvoir discrétionnaire dont il dispose au titre de l'article 310 du code de procédure pénale dans la recherche de la vérité ?
- Si oui, de quelle manière concrète ?
- Si non, quelles en sont les raisons ?
- De manière générale, y a-t-il des preuves qui font une plus grande impression que d'autres sur les magistrats qui ont à les apprécier ?

c. Les magistrats du ministère public et le juge d'instruction

A différents stades de la procédure ces deux figures interviennent de manière déterminante dans la recherche des preuves.

- L'enquête

Tant que l'instruction n'est pas ouverte, le parquet dirige la police judiciaire¹⁸⁹ dont le rôle est de constater les infractions, d'en rassembler les preuves et d'en rechercher les auteurs¹⁹⁰.

¹⁸⁷ Art. 310 CPP

¹⁸⁸ Art. 310 al3 CPP

Questions :

- *Quelle est l'effectivité du rôle de direction de la police judiciaire par les magistrats du parquet en ce qui concerne la recherche des preuves des infractions lors des enquêtes ?*
- *De quelle manière ce rôle se concrétise-t-il ?*
- *La coordination entre les services de police et les magistrats du parquet est-elle satisfaisante ?*
- *Comment pourrait-elle être améliorée ?*

- L'instruction préparatoire

C'est le ministère public qui seul peut requérir l'ouverture d'une information afin de rassembler l'ensemble des éléments permettant la mise en état et donc notamment, les preuves de culpabilité ou d'innocence de la personne poursuivie. C'est à ce moment là que le juge d'instruction intervient. Son pouvoir d'investigation et de recherche des preuves est très étendu puisqu'il peut procéder « *conformément à la loi à tous les actes d'information qu'il juge utile à la manifestation de la vérité* »¹⁹¹. Ces larges prérogatives en matière d'administration de la preuve que le législateur lui a confiées, le juge d'instruction les met normalement en œuvre lui-même. Cependant, l'exécution de ces mesures est parfois déléguée, parfois sollicitée.

L'exécution spontanée

Sur la base de l'article 81 du code de procédure pénale, le juge d'instruction accomplit différents actes en vue de rechercher la vérité. Il peut procéder à ce titre, et au premier chef d'ailleurs, à des interrogatoires des personnes poursuivies (qu'il s'agisse de l'interrogatoire de première comparution ou des interrogatoires ultérieurs). Il peut également effectuer des auditions, des confrontations, des transports sur le terrain, des perquisitions, des saisies, des écoutes téléphoniques, des livraisons contrôlées de produits stupéfiants, demander la communication de pièces ainsi qu'une expertise.

Cela dit, le juge d'instruction étant un homme seul, il ne peut matériellement pas effectuer lui-même l'ensemble de ces actes. Il en délègue donc souvent l'exécution.

¹⁸⁹ Art. 12 CPP

¹⁹⁰ Art. 14 CPP

L'exécution déléguée

C'est la commission rogatoire qui peut se définir comme la délégation de pouvoir consentie par un juge d'instruction à un autre magistrat ou à un officier de police judiciaire, pour l'exécution d'un ou plusieurs actes d'instruction qu'il précise. Cette exception, aux termes de l'article 81 alinéa 4 du code de procédure pénale, qui est aujourd'hui devenue la règle, constitue un des moyens privilégiés de recherche des preuves au cours de l'instruction préparatoire.

L'exécution sollicitée

Parfois le juge d'instruction effectuera, ou fera effectuer, un acte d'information non pas de sa propre initiative, mais en réponse à une sollicitation du parquet. Celui-ci peut en effet, aux termes de l'article 82 alinéa 1 du code de procédure pénale, requérir tous les actes lui paraissant utiles à la manifestation de la vérité.

Questions :

- *Quelle est l'incidence de la surcharge des cabinets d'instruction dans la recherche des preuves par le magistrat instructeur ?*
- *Quels sont les problèmes concrets rencontrés par le juge d'instruction dans l'administration de la preuve ?*
- *Quelle est aujourd'hui concrètement la réalité de l'instruction à décharge ?*
- *La loi du 15 juin 2000 a-t-elle eu des incidences particulières en ce qui concerne la recherche des preuves par le juge d'instruction ?*

- L'instruction définitive

Lors de la phase de jugement le parquet continue de jouer un rôle dans la recherche des preuves. Il peut ainsi poser des questions au prévenu, à la partie civile, au témoin ou à toute personne appelée à la barre¹⁹². Il peut également demander une nouvelle audition d'un témoin et/ou sa confrontation. Enfin, si celle-ci lui semble incomplète, il peut solliciter un complément d'information¹⁹³.

¹⁹¹ Art. 81 CPP

¹⁹² Art. 442 CPP

Question :

– *Quelle est l'importance réelle de l'instruction définitive dans l'administration de la preuve aujourd'hui ?*

3. Le rôle de l'expert dans l'administration de la preuve

Lorsque les magistrats ne s'estiment pas aptes à traiter une question, ils ont recours à des experts. L'expertise est l'examen, par un professionnel du domaine, d'une question de fait qui requiert son avis purement technique de nature à éclairer le juge. Il s'agit donc d'un moyen privilégié de recherche des preuves.

La décision qui ordonne l'expertise précise la mission attendue de l'expert et le délai qui lui est imparti pour l'accomplir.

L'expert doit travailler en liaison avec le juge et le tenir informé de l'accomplissement de ses travaux. Il peut être sollicité par le juge d'instruction pour l'assister, lors d'une reconstitution par exemple¹⁹⁴. L'expert peut entendre toute personne hormis le mis en examen, la partie civile et le témoin assisté. Cette règle ne s'applique évidemment pas aux médecins, psychiatres ou psychologues.

Il rend ensuite obligatoirement un rapport écrit qui comprend la description de ses opérations et ses conclusions, et éventuellement dépose à l'audience. Le rapport d'expertise a théoriquement la même valeur que n'importe quelle autre preuve, autrement dit celle d'un simple renseignement dont la juridiction tirera les conséquences qu'elle voudra. Cela dit, comme il s'agit de domaines dans lesquels les magistrats ne sont par définition pas compétents, les conclusions de l'expertise sont la plupart du temps suivies. C'est pourquoi l'organisation de l'expertise est un point très important en ce qui concerne l'administration de la preuve.

Question :

– *Dans quelle mesure les magistrats arrivent-ils à conserver un regard critique, à se détacher des résultats d'une expertise ? N'est ce pas là un résultat qui de facto les lie ?*

¹⁹³ Crim. 30 juin 1999

¹⁹⁴ Art. 161 dernier alinéa

4. L'activité des avocats dans l'administration de la preuve

Les dysfonctionnements révélés par les avocats apparaissent d'une part dans la participation aux investigations du juge d'instruction et d'autre part dans les limites du rôle de l'avocat.

a. La participation aux investigations du juge d'instruction

Les avocats ont des difficultés à affronter leur nouvelle responsabilité quant à leur participation aux investigations. Cela pour plusieurs raisons. En premier lieu parce que les juges d'instructions sont réticents face à cette immixtion. En second lieu parce que cette coopération constitue un changement fondamental qui empêche une plaidoirie basée sur les insuffisances de la procédure.

– Les avocats ne craignent-ils pas que leurs demandes aboutissent à un résultat d'investigation négatif accroissant les charges ? Ce risque ne rend-il pas les dispositions du code de procédure pénale inutiles ?

– Les juges d'instruction refusent-ils souvent les demandes d'investigations ? L'élargissement du champ des demandes par la loi du 15 juin 2000 fait-il diminuer le nombre de ces refus ?

b. Les limites du rôle de l'avocat

Sans doute sous l'influence de la procédure anglo-saxonne se pose désormais la question de la recherche des témoignages par l'avocat. Aujourd'hui, l'avocat qui s'engagerait dans la voie des investigations pourrait être accusé de subornation de témoins.

– L'exemple anglo-saxon est-il transposable à la France ?

B. L'adaptation aux nouvelles méthodes d'investigation

Le bilan qui vient d'être dressé révèle des difficultés particulières pour les enquêteurs (1) et les magistrats (2) face aux nouvelles techniques d'investigation.

1. Les enquêteurs confrontés aux nouvelles techniques d'investigation

« La fameuse recherche de l'aveu ne doit plus constituer l'objectif premier des enquêteurs, qui doivent davantage être amenés à fonder leurs analyses sur des éléments objectifs offrant le moins de prise possible à d'éventuelles contestations. Cette dernière condition ne va pas de soi et suppose un réel professionnalisme¹⁹⁵ ».

En ce sens, il convient d'interroger les enquêteurs, services de police et de gendarmerie confondus sur divers points.

- *Les efforts visant à rendre les technologies très poussées accessibles aux hommes de terrain que vous êtes vous semblent-ils en conformité avec vos attentes ?*

- *L'émergence de preuves techniques et objectives ont-elles levé le discrédit pouvant parfois être jeté sur les pratiques policières ?*

- *Pensez-vous que la généralisation de l'utilisation de la technique du profilage, à l'instar notamment des pratiques américaines peut accroître l'efficacité en matière de répression des crimes de sang ?*

- *En ce sens seriez-vous prêts à mener une réelle et étroite collaboration avec des experts du profilage ?*

- *Les provocations policières, existant partiellement dans notre droit, doivent-elles être accrues afin de contenir le développement des infractions les plus obscures telles que le trafic de drogues ou encore l'esclavage sexuel ?*

- *Quelles sont vos attentes et vos préoccupations face à l'introduction quasi systématique de la preuve scientifique dans les méthodes d'investigation ?*

2. Les magistrats confrontés aux nouvelles techniques d'investigation

¹⁹⁵ FALETTI (F) et DEBOVE (F), préc. , p. 251.

Pour affiner notre recherche et lui donner une dimension pragmatique, il va de soi que notre attention se porte sur le travail des magistrats.

Le contexte légal instaurant la liberté de la preuve va de paire avec le principe de l'intime conviction. Néanmoins, « *il apparaît certain que l'introduction dans nos législation du recours à de nouvelles techniques probatoires amène indubitablement à la disparition du principe de l'intime conviction ou du moins à sa forte remise en cause*¹⁹⁶ ». Aussi, est-il fondamental de recueillir l'avis des principaux intéressés sur cette question audacieuse.

– Pensez-vous que le principe de l'intime conviction soit voué à disparaître face à l'avènement de preuves scientifiques de plus en plus fiables ?

Dans le même esprit il serait opportun de savoir comment les jurés peuvent faire face à ce type de preuve, en effet, il semble peu certain que l'on puisse demander à un profane de mettre en doute le résultats d'une identification par empreintes génétiques.

– Les jurés sont-ils à même de forger leur conviction face à l'introduction de la preuve scientifique dans les prétoires ?

- L'objectivité à laquelle le magistrat doit se livrer peut-elle faire face à la présomption de culpabilité contenue dans le refus d'une personne de se soumettre à un prélèvement d'ADN ?

¹⁹⁶ SERIAUX (A), (dir.), *Le droit de la biologie humaine : vieux débats, nouveaux enjeux*, Ellipses, 2000, p. 110.

Partie 2^{nde} :

**La mise en conformité de l'administration
de la preuve pénale**

La mise en conformité du système d'administration de la preuve pénale en droit interne passe nécessairement par l'introduction de palliatifs aux diverses carences précédemment relevées.

La solution repose à l'évidence sur une modification obligatoire de l'administration traditionnelle de la preuve pénale en droit français (chapitre 1^{er}).

Le système probatoire interne est composé de règles purement théoriques, parfois archaïques, apparaissant inappropriées aux évolutions de la criminalité, des techniques de preuve et des technologies de communication, ainsi qu'aux pratiques des acteurs du procès pénal.

Il ne faudra cependant pas perdre de vue le fait qu'en matière de criminalité internationale, l'efficacité de la répression est loin de reposer uniquement sur les règles délimitant dans chaque pays la compétence de la loi nationale. La juxtaposition de ces règles laisse en effet d'importantes lacunes dans la répression qui ne peuvent être comblées que par la mise en place de procédures d'entraide ou de coopération. La plus connue d'entre elles est l'extradition qui symbolise l'idée d'entraide judiciaire¹⁹⁷.

Pourtant la coopération policière est bien plus développée et les auteurs et praticiens s'accordent à dire que la collaboration judiciaire qui existe à l'heure actuelle est trop lourde, trop lente et souvent impuissante face à l'ingéniosité dont font preuve les criminels.

Or, il est indispensable que les autorités judiciaires soient dotées de moyens appropriés s'il est attendu d'elles qu'elles puissent lutter efficacement contre la criminalité.

S'impose alors l'idée d'une tentative d'harmonisation de l'administration de la preuve pénale à l'échelon européen (chapitre 2nd).

¹⁹⁷ Elle est remplacée à l'heure actuelle par le mandat d'arrêt européen au sein de l'Union Européenne.

Chapitre 1^{er} : Les transformations du système interne

Les recherches effectuées nous ont permis de poser avec acuité les défaillances essentielles pouvant atteindre l'administration de la preuve pénale. Nous en recenserons deux paraissant contenir les moyens d'améliorer le système existant.

La première a trait à l'encadrement de la preuve scientifique ; en effet, les progrès en la matière ne doivent pas occulter les modes probatoires plus traditionnels et des règles précises doivent être érigées afin d'éviter toute dérive.

La seconde concerne plus généralement les modes de rassemblement de preuves, il convient en ce sens de plaider en faveur de leur amélioration. Le système existant mérite d'être perfectionné en certains points fondamentaux.

C'est pourquoi nous étudierons tout d'abord le problème de l'encadrement de la preuve scientifique (section 1^{ère}) avant de nous pencher sur l'amélioration des modes de rassemblement de la preuve (section 2^{nde}).

Section 1^{ère} : L'encadrement de la preuve scientifique

« La preuve est peut-être de toutes les branches de la procédure pénale, celle qui est la plus vivante et surtout la plus complexe et, par conséquent, la moins sûre, la moins fixée. On doit rappeler en effet que la preuve se trouve au confluent de deux logiques antagonistes : celle des droits de l'individu (à l'intégrité corporelle, à la vie privée) et celle des droits de la société, ces droits que l'on est tenté de défendre en profitant des technologies modernes et en bâtissant au profit des autorités de police et de justice, un système de pouvoirs importants »¹⁹⁸. De cette problématique émane toute la difficulté que l'on peut imputer aux techniques de preuve. Si l'on est toujours avide des nouveaux procédés capables de contrer plus rapidement et plus efficacement les stratégies criminelles les plus sophistiquées, la sauvegarde des droits de l'individu ne doit pas être délaissée ; toute la complexité est donc de composer avec cette adéquation, à savoir rechercher un juste équilibre entre objectif de répression et protection des libertés individuelles.

¹⁹⁸ PRADEL (J), *Rapport général*, RIDP, 1992, p. 13.

A ce titre, les nouvelles techniques de preuves, si elles permettent de lutter efficacement contre les transformations de la délinquance, doivent cependant être peaufinées en fonction de certaines exigences.

Pour illustrer notre propos, l'exemple de la preuve génétique est très parlant : en quête incessante de perfection, ce procédé n'est cependant pas imperméable aux critiques. Bien qu'aujourd'hui l'empreinte génétique soit en cours d'intégration, celle-ci est loin d'être terminée. De même, l'utilisation des modes de captation de la voix ou de l'image, si elle offre des résultats visibles, est parfois faite aux dépens de droits essentiels. A ce titre, il sera tout d'abord fait état des limites des preuves scientifiques (paragraphe 1^{er}) puis des perspectives de réformes seront proposées (paragraphe 2nd).

Paragraphe 1^{er} : Les limites de la preuve scientifique

L'un des principaux vices de la preuve scientifique est qu'elle sous-entend pour beaucoup la notion de certitude. Cependant, la question doit être posée : la preuve devient-elle fiable (voire même infaillible) dès lors qu'elle revêt le caractère scientifique ? A notre sens, ce raccourci doit absolument être évité afin d'empêcher des issues regrettables.

Certes, la preuve technique permet aujourd'hui d'accroître sensiblement l'efficacité de la répression, néanmoins cet usage doit être combiné avec l'exploitation des preuves plus classiques. La raison en est simple : chaque preuve, qu'elle soit traditionnelle ou plus moderne, comporte des limites qui l'empêchent de servir d'unique fondement à une condamnation. De plus le principe même de l'intime conviction empêche une telle acception.

Dans l'optique d'une amélioration du système existant, il est indispensable de dénoncer ses critiques et de proposer des réformes à même de les contrer. Pour ce faire, nous commencerons par la preuve génétique (A), dont l'originalité implique de ne la traiter qu'individuellement, puis nous aborderons les autres procédés (B).

A. Les empreintes génétiques

Nous l'avons vu dans la première partie, l'utilisation des empreintes génétiques en matière criminelle génère beaucoup d'espoir, néanmoins le caractère récent de cette technique combiné à sa spécificité, ne sont pas sans engendrer la nécessité d'une réorganisation du système interne ainsi que la mise en place d'une véritable réglementation sur le sujet. En effet, l'originalité des empreintes génétiques consiste dans l'analyse d'échantillons humains : comment ne pas y voir un risque pour les libertés individuelles ?

Dès lors, il est incontestable que l'empreinte génétique constitue un procédé révolutionnaire et indéniablement une technique prometteuse. Nonobstant, elle peut représenter une atteinte physique mais plus encore, elle dévoile la cartographie de l'être et, son usage doit, pour ces raisons, être strictement défini.

Hormis l'article 706-54 du code de procédure pénale, il n'existe pas de texte précis et le cadre pénal est décrit de manière très laconique. D'ores et déjà, il est possible d'émettre des doutes quant à la suffisance de l'encadrement de cette technique. Cette insuffisance se révèle fortement en contradiction avec les enjeux d'une telle méthode. La jurisprudence semble par ailleurs conforter ce cadre très lapidaire en validant le procès-verbal de saisie d'un mégot de cigarette lors de l'audition d'un témoin lorsque cette saisie a été faite avec l'accord de l'intéressé, quand bien même celui-ci n'était pas informé que cette saisie était destinée à une analyse d'ADN qui devait par la suite permettre de le confondre¹⁹⁹, la nature même de l'analyse ADN ne doit-elle pas justifier un consentement libre et éclairé ?

En outre, ce procédé paraît contestable en divers points et tend à mettre en péril l'obligation de loyauté dans le rassemblement des preuves, principe qui, nous l'avons vu, revêt une importance capitale dans l'administration de la preuve pénale.

En premier lieu, des craintes peuvent être formulées à l'encontre de l'étendue des connaissances pouvant être décryptées par le biais de l'analyse d'ADN. La connaissance de ce patrimoine permettra effectivement de détecter toujours plus d'informations comme, par exemple, la prédisposition à certaines maladies. Ici se perçoivent les limites de l'étude génétique,

¹⁹⁹ Crim. 30 avril 1998 : RSC 2001, p. 607.

la lutte contre la criminalité ne peut en effet justifier une atteinte aussi grande à l'intimité la plus stricte de l'être humain. Il y a là une véritable nécessité d'ériger une législation rigoureuse encadrant strictement l'étendue de l'étude des gènes.

En ce sens, nous pouvons d'ores et déjà relever les efforts qui ont été faits pour pallier certaines des dérives évoquées et se féliciter du fait que seules les personnes habilitées puissent effectuer de tels prélèvements. Ces modalités ont été réglées par le décret du 6 février 1997 relatif aux conditions d'agrément des personnes habilitées à procéder à des identifications par empreintes génétiques dans le cadre d'une procédure judiciaire²⁰⁰. Le texte a mis en place des critères de sélection auxquels les personnes susceptibles de procéder aux prélèvements doivent répondre. Ceux-là sont principalement destinés à justifier de l'aptitude professionnelle de celles-ci. Au-delà de cette précaution, le renouvellement de l'habilitation est conditionné à la participation des titulaires à des contrôles de qualité destinés à assurer la fiabilité des résultats des analyses biologiques. En outre, seuls les laboratoires répondant à une infrastructure spécifique peuvent se livrer à des analyses. Enfin, le législateur entend traiter sévèrement les personnes qui détourneraient de leur objectif premier des analyses issues d'une identification ADN²⁰¹.

De ce fait, des efforts conséquents ont été accomplis afin de protéger la qualité et la fiabilité des analyses, néanmoins ils demeurent à notre sens insuffisants.

B. L'amélioration des autres modes de preuves

L'emploi de techniques nouvelles reflète l'évolution et la sophistication des moyens utilisés par les délinquants. Cependant, le caractère illégal des procédés employés par les criminels ne doit pas pour autant légitimer le recours à des méthodes similaires par les enquêteurs.

²⁰⁰ « Il a été institué auprès du garde des sceaux une commission chargée d'agréeer les personnes habilitées à effectuer des missions d'identification par empreintes génétiques dans le cadre de procédures judiciaires » art. 1^{er} du décret.

²⁰¹ V. notamment art. 226-28 CP : « *La fait de rechercher l'identification d'une personne par ses empreintes génétiques à des fins qui ne seraient ni médicales ni scientifiques ou en dehors d'une mesure d'enquête ou d'instruction diligentée lors d'une procédure judiciaire est puni d'un an d'emprisonnement et de 15000 € d'amende. Est puni des mêmes peines, le fait de divulguer des informations relatives à l'identification d'une personne par ses empreintes génétiques ou de procéder à l'identification d'une personne par ses empreintes génétiques sans être titulaire de l'agrément prévu à l'art. L. 145-16 du code de la santé publique* »

Des procédés particulièrement perméables aux dérives doivent en ce sens être appréhendés avec précaution et strictement définis. Il en est ainsi notamment de l'analyse comportementale (1), de la balistique (2) et de la preuve numérique (3).

1. L'analyse comportementale

Importée des Etats-Unis, cette technique encore expérimentale²⁰² en France est en passe de faire l'objet d'une réglementation juridique, toutefois ces prémices sont déjà visibles au sein des équipes de gendarmerie. En effet, des affaires comme celle de Francis Heaulme ou encore Patrice Alègre, sont venues souligner l'impérieuse nécessité de disposer de nouveaux outils d'aide à l'enquête. L'analyse comportementale se situe aux confins de la criminologie, de la psychologie criminelle, de la psychiatrie, de la police scientifique et technique et de la médecine légale. Cette technique ne doit pas être confondue avec le profilage qui n'en représente qu'une étape.

Ce procédé vise essentiellement à comprendre le mode de fonctionnement particulier des criminels. Le Service technique de recherche judiciaires et de documentation (STRJD) dispose d'un binôme spécialisé composé d'un analyste et d'un enquêteur qui travaillent ensemble sur les crimes violents perpétrés sans mobile apparent. Si cette pratique ne tend en aucun cas à se suppléer aux enquêtes classiques, il apparaît toutefois nécessaire de la légaliser et de l'encadrer strictement.

2. La balistique

La balistique regroupe l'ensemble des activités telles que l'identification des armes et munitions, l'étude de leur fonctionnement, l'appréciation de leurs effets, la révélation des résidus de tirs, la reconstitution de trajectoire, la comparaison des balles ou encore des étuis.

Le premier examen effectué par les techniciens en identification criminelle à la suite d'un homicide par arme à feu consiste à déterminer la provenance de la balle. Lors du départ du coup

²⁰² Dans un arrêt récent la chambre criminelle de la cour de cassation a annulé une expertise menée par un « profileur » du fait de l'imprécision de cette technique : Crim. 29 janvier 2003, n° 0286774, Dalloz 200, n° 26, somm. Comm. p. 1730.

de feu, le canon de l'arme, s'il est rayé, imprime sur le projectile ses caractéristiques groupales et individuelles.

Les caractéristiques groupales sont constituées du nombre, du sens de rotation, de la largeur et du pas des rayures, elles sont propres à plusieurs modèles d'armes.

L'expert procède ensuite à des tirs de comparaison en cas de saisies d'arme. Cet examen va permettre de révéler les caractéristiques individuelles communes. En effet, tous les canons possèdent des défauts ou des traces bien particulières liés à la fabrication ou à l'usure. Ces « empreintes » sont bien évidemment propres à chaque arme. Sur un projectile, elles se perçoivent par la présence de microstries.

La balistique judiciaire couvre un domaine vaste de la police technique et scientifique, nécessitant de la part des spécialistes une connaissance approfondie de l'armement mais également un suivi constant de son évolution. L'internationalisation de la criminalité ne fait que renforcer cette nécessité.

Au plan national, les balisticiens de différents laboratoires de la police nationale et de l'IRCGN collaborent étroitement afin plus particulièrement de mettre en place une base de données permettant le rapprochement des affaires criminelles (Cible). Un système semblable se met par ailleurs en place dans de nombreux autres pays. En Europe, les spécialistes des différentes polices et laboratoires d'état, se sont réunis au sein du groupe « armes à feu » attaché à l'European Network of Forensic Sciences Institutes (ENFSI). Au-delà du simple échange de données, il s'agit de développer une véritable interdépendance entre les différents spécialistes qui peuvent être amenés à travailler ensemble au plan international, ce fut notamment le cas au Kosovo avec le tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie.

3. La preuve numérique

Depuis environ une décennie, la preuve numérique est utilisée afin de venir renforcer les moyens d'enquête et de lutter efficacement contre une « cyberdélinquance » de plus en plus patente.

La preuve numérique représente les données contenues sous une forme compréhensible par des systèmes informatiques ou électroniques et qui peuvent être utiles dans une affaire judiciaire.

Une enceinte spécialisée au sein de l'IRCGN, le département Informatique-Electronique (INL), vise à rendre accessibles aux enquêteurs et aux magistrats les informations qui sont contenues dans les supports de la preuve numérique (traitement de l'information, soutien des unités sur le terrain, formation).

Si les chiffres de la délinquance enregistrée en 2003 ont révélé une baisse sensible dans certains domaines, il s'avère, en revanche, que les délits liés à la fraude à la carte bancaire ont nettement augmenté. Dès lors, il est indispensable de renforcer cette lutte. Au plan international, le département Informatique-Electronique participe à de nombreux groupes de travail européens ou internationaux (ENFSI : association européenne de laboratoires de criminalistique, IOCE : association internationale de spécialistes de la preuve numérique, Interpol) et contribue, au plan national, aux réflexions sur les nouveaux dispositifs en discussion à la Commission Européenne ou entre les pays partenaires du G8.

Cette pièce majeure de l'enquête ne doit pourtant pas être recherchée au détriment de principes fondamentaux. Le domaine de la preuve numérique touche indubitablement à la vie privée des individus, impératif essentiel notamment protégé par l'article 8 de la CESDH. Dès lors il est impératif de se référer à la dichotomie classique propre à la procédure pénale, et de trouver un juste équilibre entre d'une part efficacité de la répression et d'autre part protection des droits de l'homme.

A notre sens, ce procédé se rapprochant fortement des écoutes téléphoniques, puisqu'il vise essentiellement à s'immiscer dans la sphère privée d'un individu, doit être gouverné par des règles strictes. D'une part il doit être commandé par la proportionnalité, vecteur souvent utilisé par la Cour européenne des droits de l'homme pour légitimer une atteinte à un droit et signifiant que l'atteinte doit être proportionnelle au but recherché. D'autre part, il devrait impérativement être décidé par le juge d'instruction, en d'autres termes, la découverte de supports susceptibles de contenir une telle preuve (ordinateur, portable, carte à puce) devrait automatiquement générer une information.

Paragraphe 2nd : Le perfectionnement du recours aux preuves techniques

Il faut éviter de transformer l'enquête en enquête technique, dès lors, si les preuves dites modernes doivent être mises à contribution, les modes plus classiques ne doivent en aucun cas être relégués au second plan. D'ailleurs, la procédure pénale semble exprimer un nouvel engouement pour l'aveu²⁰³, ce qui témoigne de la prise en compte de cette précaution.

Ce n'est pas le caractère scientifique qui justifie l'exclusion d'une preuve, mais son caractère sérieux en tant que tel et acceptable à l'égard de la dignité de la personne concernée²⁰⁴.

L'amélioration des dispositifs existant permettra d'accroître la légitimité des preuves techniques et donc corollairement leur fiabilité. Plusieurs points peuvent être relevés, leur prise en compte tendra indubitablement vers un perfectionnement du système actuel. Ils ont largement trait aux empreintes génétiques.

Tout d'abord, une précision fondamentale doit être apportée : les empreintes génétiques n'ont pas pour vocation d'énoncer la culpabilité ou l'innocence d'une personne ; en effet, elles permettent uniquement de définir si une personne était ou non sur les lieux du crime. Il faut comprendre de ce raisonnement que les analyses ne sont pas fiables à cent pour cent et comportent indéniablement un risque d'erreur. Aussi infime qu'il soit, il faut pourtant composer avec lui. Un renforcement de l'encadrement de la technique permettrait de minimiser cet écueil.

Dans cet esprit, il serait judicieux de redéfinir le cadre de récolement des empreintes : si le consentement en matière pénale n'est pas exigé pour effectuer une comparaison, il en va tout autrement pour le prélèvement d'ADN sur une personne suspectée. Et si le refus peut présager d'un début de culpabilité, rien n'autorise en revanche l'usage de la contrainte ou de la ruse pour obtenir l'échantillon nécessaire. Toutefois, cette affirmation est à relativiser puisque l'article 706-56 du code de procédure pénale sanctionne sévèrement²⁰⁵ le refus de se soumettre à un prélèvement biologique, par ailleurs, les peines ont été revues à la hausse (doublées) par la loi du

²⁰³ La loi *Perben II* institue la procédure de plaider coupable.

²⁰⁴ RASSAT (M-L), *Traité de procédure pénale*, PUF, collect. Droit fondamental, 2001, p. 331.

²⁰⁵ 1 an d'emprisonnement et 15000 € d'amende et 2 ans et 30000 € d'amende lorsque la personne concernée a été condamnée pour un crime.

18 mars 2003. Peut-on alors encore parler d'impossibilité de contraindre une personne à se soumettre à un prélèvement ? En outre, la personne récalcitrante se verra, en plus de la peine encourue, marquée par une forte présomption de culpabilité. Il semble que ce système soit quelque peu attentatoire et, à notre sens, les droits de l'homme, en particulier le respect de l'intégrité physique, ne peuvent être sacrifiés sur l'autel de l'efficacité de la répression. La vision dichotomique de la procédure pénale se fait de nouveau sentir et malgré la gravité des faits qu'entend protéger le législateur, il y a là incontestablement une atteinte trop grande.

A ce sujet, quelques mots sur le fichier des empreintes génétiques s'imposent. Cette institution est au centre d'importantes polémiques du fait de la possible mention dans celle-ci, auparavant réservée aux personnes condamnées pour infractions à caractère sexuel, d'individus déclarés coupables pour de nombreuses infractions, voire même de simples suspects. Actuellement ce fichier national automatisé des empreintes génétiques est destiné à centraliser les empreintes issues des traces biologiques ainsi que les empreintes génétiques des personnes sanctionnées pour certaines infractions plus ou moins graves²⁰⁶. Il convient d'ajouter que progressivement le législateur étend le champ d'application du FNAEG, d'abord par la loi du 15 novembre 2001 puis récemment avec celle du 18 mars 2003. Cette évolution va bien évidemment dans le sens d'une globalisation et à terme de la possibilité de récolter les empreintes génétiques de tout délinquant. Un premier danger inhérent à cette pratique est à mettre en exergue, en effet n'y-t-il pas disproportion entre l'atteinte portée à l'intégrité physique par le recueillement et la centralisation des empreintes génétiques d'une part, et entre le but recherché, c'est-à-dire la protection de la société, d'autre part lorsque l'on permet de centraliser les données d'une personne ayant commis un vol simple ?

Si l'atteinte peut largement se justifier concernant les crimes et les délits aggravés, elle l'est beaucoup moins, à notre sens, pour les délits simples.

²⁰⁶ Il s'agit des infractions énoncées à l'article 706-55 du code de procédure pénale: meurtre ou assassinat d'un mineur précédé ou accompagné d'un viol, de tortures ou d'actes de barbarie, le viol, les agressions sexuelles, l'exhibition sexuelle, le fait de favoriser la corruption de mineur, l'atteinte sexuelle sur mineur non émancipé, crimes contre l'humanité, crimes et délits d'atteinte volontaire à la vie de la personne, les crimes de torture et d'actes de barbarie, les violences volontaires, les menaces d'atteinte aux personnes, le trafic de stupéfiants, les atteintes aux libertés de la personne, la traite des êtres humains, le proxénétisme, l'exploitation de la mendicité et la mise en péril des mineurs, les crimes et délits de vols, d'extorsions, d'escroquerie, de destructions, de dégradations, de détériorations et de menaces d'atteintes aux biens, les atteintes aux intérêts fondamentaux de la nation, les actes de terrorisme, la fausse monnaie et l'association de malfaiteurs, les crimes et délits sur les détenteurs d'armes ou de

Une autre évolution tendant à la généralisation du FNAEG a été faite par la loi du 18 mars 2003. En effet, cette dernière a permis la conservation des empreintes génétiques des « *personnes à l'encontre desquelles il existe des indices graves ou concordants rendant vraisemblable qu'elles aient commis une des infractions mentionnées à l'article 706-55²⁰⁷* ». Auparavant, ce type d'empreintes ne pouvait faire l'objet que d'un rapprochement avec celles conservées. Il y a là incontestablement un mouvement préventif ou répressif (l'hésitation est permise) plaidant en faveur d'une généralisation de la conservation des empreintes des délinquants avérés comme des suspects. Dans le prolongement de cette évolution, il faut également mentionner que désormais, les empreintes des personnes contre lesquelles existent des raisons plausibles de soupçonner qu'elles ont commis ou tenté de commettre une infraction peuvent être l'objet d'un rapprochement avec les données incluses au fichier. La question est de savoir jusqu'où peut-on aller ?

Les personnes condamnées pour des infractions sexuelles commises sur mineurs doivent être contrôlées par l'autorité judiciaire afin qu'elles n'exercent aucune activité dans les milieux propices aux enfants. La ligue des Droits de l'Homme y voit là une atteinte considérable et un moyen de jeter l'opprobre sur des personnes en quête de réinsertion. Evidemment user du principe de précaution semble opportun dans l'optique de protection des citoyens, cependant des limites doivent être instaurées afin de préserver les droits de tout un chacun.

Quoi qu'il en soit il ne suffit pas de dénoncer les imperfections juridiques, encore faut-il justifier ces contestations notamment en proposant des solutions capables de les éluder.

Tout d'abord, il serait impératif de contraindre les personnes habilitées à faire un prélèvement à dresser un procès-verbal mentionnant le refus express de la personne de se livrer à un test d'empreintes génétiques. Ce dernier pourrait ensuite servir de base légale pour établir le refus ou au contraire l'acceptation explicite de l'intéressé. Une procédure d'une telle importance ne saurait se satisfaire d'un simple accord tacite.

Ensuite, il semble que la présomption de culpabilité créée par le refus de se soumettre à un prélèvement biologique puisse être en contradiction avec les objectifs du procès pénal relatifs à

munitions de guerre, sur la fabrication des armes de guerre et enfin les infractions de recel ou de blanchiment du produit de l'une des infractions sus mentionnées.

²⁰⁷ Art. 706-54 alinéa 2 code de procédure pénale.

l'interdiction des mesures non strictement nécessaires portant atteinte à l'intégrité physique de tout un chacun. De même, la menace de sanctions pénales vient contrarier l'obligation de consentement. Il apparaît cependant, qu'un consentement libre et éclairé soit impossible. Nous ne remettons pas en cause les élans protecteurs qui animent ces dispositions fondamentalement préventives mais indéniablement répressives, toutefois, de telles mesures peuvent-elles être tolérées dans un Etat aux fortes convictions humanitaires ?

Au terme de cette étude, il nous est apparu primordial de mettre en exergue les failles contenues dans le système interne d'administration de la preuve pénale, concernant les progrès à réaliser dans le cadre de la maîtrise de la preuve biologique. Ces derniers peuvent être résumés sous la forme de cinq propositions :

- *Renforcer la transparence en matière de récolement des empreintes génétiques*
- *Encadrer strictement la possibilité de se soumettre à un prélèvement*
- *Renforcer la formation des enquêteurs afin d'éviter les erreurs de manipulations pouvant engendrer une destruction des indices, voire un risque d'erreur judiciaire.*
- *Limiter le récolement des empreintes dans le FNAEG aux infractions les plus graves, en particulier les infractions contre les personnes et l'atteinte à la sûreté de l'Etat. L'atteinte aux droits de la personne ne devant pas être disproportionnée.*
- *Limiter l'utilisation de la méthode aux crimes et délits les plus graves afin de réduire les coûts, l'impact économique suscité par l'introduction de la génétique dans les pratiques judiciaires n'étant pas à négliger.*

Des efforts similaires sont également à faire concernant les autres modes de preuves.

Section 2nde : L'amélioration des modes de rassemblement des preuves

Au-delà des preuves elles-mêmes, le souci d'amélioration doit également s'appliquer aux modes de rassemblement. Cet objectif passe par des efforts conséquents au niveau tant du renforcement du contrôle judiciaire en matière d'administration de la preuve pénale, que de celui du respect des principes directeurs de l'instance. En effet, il faut rappeler que la preuve pénale se

trouve au confluent de deux logiques antagonistes : celle du respect des droits de l'individu et celle de la protection de ceux de la société.

Paragraphe 1^{er} : Le renforcement du contrôle judiciaire sur l'administration de la preuve pénale

La première partie a permis de montrer avec force les défaillances du système actuel et notamment l'insuffisance du système de contrôle par les juridictions de la recevabilité des preuves. De cette faiblesse émanent des atteintes au principe de loyauté, pendant pourtant incontournable de la liberté des preuves pénales.

Les transformations subies par l'administration traditionnelle de la preuve pénale doivent impérativement entraîner un renforcement du contrôle opéré par les juridictions. Celles-ci doivent rejeter les preuves déloyales (A) et sont seules habilitées à autoriser certaines mesures probatoires (B). En outre, le législateur doit améliorer l'encadrement des nullités (C).

A l'heure actuelle, il paraît difficilement acceptable qu'une juridiction déclare recevable une preuve obtenue de façon illégale, en effet, quel système basé sur le respect de la loi pourrait supporter une telle conception ?

A. Le rejet de la preuve déloyale

Le premier effort à fournir est incontestablement celui de diriger notre droit de la preuve vers le rejet pur et simple de la preuve illégale, nécessairement déloyale : la jurisprudence estime, depuis une date récente, que les règles de loyauté ne concernent que les agents publics²⁰⁸.

En effet, aujourd'hui il est à noter que les juges se montrent particulièrement souples en ce qui concerne les modes de preuves présentés notamment par les parties : en ce sens nous avons mis en relief deux exemples. Le premier avait trait à l'admission de la preuve illégale, la cour de cassation jugeant classiquement que : *la circonstance que des documents ou des enregistrements remis par une partie ou un témoin aient été obtenus par des procédés déloyaux ne permet pas au juge d'instruction de refuser de les joindre à la procédure dès lors qu'ils seront jugés contradictoirement*²⁰⁹. En clair, il apparaît que la chambre criminelle ne se soucie pas de l'origine

²⁰⁸ Crim. 6 avril 1993, JCP, 1993, II, 22144.

²⁰⁹ Crim. 30 mars 1999, D. 2000, comm. p. 391.

illégal ou non des documents produits afin de décider de leur recevabilité. Cette position semble en contradiction avec les exigences de la cour européenne des droits de l'homme qui exige que le mode de présentation des preuves revête un caractère équitable²¹⁰.

Le second est, quant à lui, relatif à la validité de la pratique dite du « testing » déclarée par un arrêt du 11 juin 2002²¹¹. La chambre criminelle fonde son argumentation en énonçant « *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 ; qu'il leur appartient seulement, en application du texte susvisé, d'en apprécier la valeur probante après les avoir soumis à la discussion contradictoire* ». Si la solution retenue par la Cour de cassation est classique, l'originalité de l'arrêt provient du fait que la preuve n'est plus administrée par un particulier invoquant un préjudice direct découlant d'une infraction pénale mais par une association défendant un intérêt collectif (SOS Racisme). Dès lors la portée de cette solution est extrême en ce qu'elle permet également aux associations d'user de moyens déloyaux afin de prouver une infraction.

Pour nombre d'auteurs, l'admission du caractère illicite ou déloyal d'une preuve pénale même pour une excellente cause, est critiquable sur le plan des principes et finalement dangereuse en pratique. Certes il est possible de faire valoir que la recherche de la vérité et l'efficacité des investigations commandent une large admissibilité de la preuve pénale, ainsi à l'instar de H. Leclerc : « *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* »²¹², mais pour beaucoup il serait souhaitable d'exclure les éléments de preuve obtenus à la suite d'une infraction pénale. En ce sens, T. GARE relève « *qu'il n'est pas très cohérent d'imposer au juge d'instruction d'accomplir « conformément à la loi » (art. 81) les actes nécessaires à la manifestation de la vérité s'il peut prendre en compte des éléments obtenus illégalement par d'autres que lui* »²¹³.

²¹⁰ Cr EDH 6 décembre 1998, Barbera, Messegué et Jabardo, A. 146 § 3, 9 juin 1998, Teixeira de Castro, JCP 1999, I, n° 38.

²¹¹ PRADEL (J) et VARINARD (A), *Les grands arrêts de la procédure pénale*, Dalloz, 2003, p. 191.

²¹² *Les limites de la liberté de la preuve, aspects actuels en France*, RSC 1992, p. 17.

²¹³ GARE (T), *L'admission de la preuve illégale : la chambre criminelle persiste et signe*, D. 2000, comm. p. 394.

L'attitude française quant à la reconnaissance de l'illégalité de certains éléments de preuve a été partagée par le juge espagnol.

Effectivement, la question de la preuve illicite a été abordée pour la première fois tardivement dans une décision du tribunal constitutionnel n°114/1984 du 29 novembre 1984.

Il faut souligner, par ailleurs, que la décision du tribunal constitutionnel n°64/1986 du 21 mai 1986 a affirmé que la doctrine de l'inadmissibilité des preuves obtenues en violation des droits fondamentaux est exclusivement applicable lorsque la violation a été commise au moment de l'obtention des preuves et non pas à celle qui se produit lors de son admission dans le procès²¹⁴. Il s'ensuit donc la constatation d'une politique restrictive du rejet de la preuve illégalement obtenue. La situation a cependant évolué progressivement et la jurisprudence a balisé certains modes de recueillement des preuves telles les écoutes téléphoniques²¹⁵.

Faire jouer au principe de la contradiction un rôle de régularisation de l'origine frauduleuse de la preuve pénale ne paraît pas en conformité avec les principes irriguant le droit de la preuve, dès lors serait-il plus qu'opportun de combler ce vide juridique et de limiter cette pratique jurisprudentielle en réformant. Il serait intéressant de se rapprocher de la procédure pénale italienne qui prévoit que « *la preuve acquise en violation des interdictions établies par la loi ne peut être utilisée* » (art. 191).

En outre, une réforme du droit de la preuve en la matière permettrait de le rendre plus cohérent. La preuve illicite étant admise en matière pénale mais pas dans le contentieux familial ou du travail, il y a là une divisibilité de la loyauté qui ne s'explique pas et ce, en dépit de certains auteurs arguant de l'importance moindre jouée par l'ordre public en matière civile et sociale qu'en matière pénale²¹⁶.

En définitive, le système actuel, très libéral, laisse une trop grande part aux dérives et ne peut être toléré davantage. L'argument principal plaidant en faveur de cette acceptation de la preuve illicite tient au fait qu'elle est discutée contradictoirement, d'autres la défendent également en invoquant le fait que l'infraction l'ayant permise est peu grave. Nous sommes donc

²¹⁴ Relativement à ce dernier moment, les problèmes qui peuvent se poser conduisent à l'interdiction de la règle de la non défense. (Preuve 6)

²¹⁵ La jurisprudence espagnole en matière d'écoutes téléphoniques sera envisagée ultérieurement au sein d'un développement entièrement consacré à la matière.

²¹⁶ PRADEL (J) et VARINARD (A), *les grands arrêts de la procédure pénale*, op. cit. p. 199.

légitimement en droit de nous poser cette question : à savoir jusqu'à quel point une infraction est-elle qualifiée de « peu grave » ?

Cet argumentaire, bien que plaidant en faveur de l'efficacité de la répression reste peu viable tant les imprécisions sont grandes, nous rejoignons alors la position classiquement prise par les juges du fond qui estiment que le principe de loyauté ne saurait supporter l'admission de preuves illicites²¹⁷.

Enfin, un argument de taille doit être relevé. En effet, il est intéressant de constater les conséquences quelque peu déroutantes découlant de cette conception large de la preuve. La conception prétorienne tend à consacrer au profit de simples particuliers et même d'associations un pouvoir d'investigation plus large que celui concédé aux agents publics, il y a là une incohérence juridique très contestable. On dirige perceptiblement notre procédure vers la tendance accusatoire, néanmoins cette évolution ne peut se faire aussi radicalement et il est essentiel d'encadrer les pouvoirs des parties, notamment des parties civiles qui se voient désormais conférer non seulement un quasi rôle de ministère public mais également d'enquêteur. Cette tendance ne nous semble pas en conformité avec les préceptes continuant d'irriguer la procédure pénale française.

Parallèlement, il peut être fait référence à la proposition sur l'initiative du commissaire divisionnaire de Douai de « citoyen relais ». Ce sont des personnes chargées de rendre compte aux autorités judiciaires de la commission d'infractions. Beaucoup y voient un rôle de délateur contestable et exacerbant les individualités. Il semble par ailleurs que cette charge donnée à des citoyens ordinaires puisse être sujette à certains excès de pouvoirs. L'impartialité et l'objectivité sont des qualités indispensables dont doivent être dotés les enquêteurs et un simple citoyen pourrait être tenté d'agir en fonction de ses animosités pour telle ou telle personne ou catégorie de personnes. Ces critiques semblent conduire à l'abandon de ces propositions.

C'est donc autour d'une légitimation de la preuve qu'il faut œuvrer, en effet tout en confortant l'idée selon laquelle la preuve devait être légale, la souplesse des juridictions a permis de glisser vers l'admission des preuves illégitimes.

²¹⁷ V. notamment CA Montpellier 5 juin 2001 qui retenait que le procédé dit de « testing » est illicite en ce qu'il n'offre aucune transparence, ne respecte pas la loyauté nécessaire dans la recherche des preuves et porte atteinte au droit de la défense ainsi qu'aux droits à un procès équitable.

Pour résumer et pallier les écueils ci-dessus dénoncés, une réforme, selon nous fondamentale, s'impose :

- Légiférer dans le sens de l'irrecevabilité de la preuve acquise en violation des interdictions établies par la loi, voire même des interdictions posées par le principe de loyauté guidé par l'éthique et la morale.

Il s'agira ainsi notamment de combler l'absence de dispositions écrites sur le rôle des parties privées dans la recherche des preuves aux fins de réduire la marge de manœuvre des magistrats.

Un second point développé lors de la première partie a révélé le faible potentiel dissuasif des sanctions de l'obligation de loyauté dans la recherche des preuves. Selon nous cette attitude, pouvant être qualifiée de laxiste, est intolérable dans un système gouverné par l'ascendance des principes démocratiques. Cette carence provient indubitablement de la rareté des lois encadrant le droit de la preuve. C'est donc en ce sens qu'il faut réagir, seuls des textes précis pouvant limiter la prolifération de pratiques douteuses.

Précédemment, l'attention a été attirée sur l'incertitude entourant le régime des nullités des preuves et sur le constat selon lequel le juge marquait très nettement sa préférence pour la validation des preuves obtenues en violation des formalités légales. Il y a là une situation à dénoncer et à laquelle il convient de mettre un terme.

B. La nécessité d'un aval juridictionnel pour certaines mesures probatoires

Un point méritant d'être étudié a trait à l'accroissement du contrôle par le juge, en effet l'article 66 de la Constitution confiant au juge judiciaire le rôle fondamental de gardien des libertés individuelles, il semble que le recours aux mesures probatoires les plus attentatoires à la liberté individuelle se doit d'être subordonné à l'accord du juge d'instruction ou du juge des libertés et de la détention. Dans cet esprit, il serait opportun d'ériger un système au sein duquel le magistrat effectue un contrôle rigoureux sans toutefois être paralysant.

A cet égard, il convient d'observer que la jurisprudence se fonde sur le cadre d'intervention afin de déterminer la recevabilité ou l'irrecevabilité des modes de preuve. En effet, ce qui est inadmissible sur l'initiative de l'enquêteur devient possible lorsque c'est un juge qui en garantit le déroulement. Pour certains, le fait que les moyens de recherche diffèrent selon le cadre juridique d'enquête apparaît dépassé²¹⁸. A ce titre, ils proposent d'instaurer un principe de proportionnalité par lequel la possibilité d'utiliser certains moyens de preuve serait fonction du degré de gravité de l'infraction. Cette voie, exploitable, ne doit cependant pas ouvrir la porte aux dérives et un contrôle juridictionnel s'impose. Néanmoins, elle aurait pour avantage d'unifier le droit de la preuve.

Dans le même esprit, il convient de réformer l'article 706-56 du code de procédure pénale, en effet il semble que l'importance et l'enjeu de l'analyse génétique commandent qu'elle soit placée sous l'égide d'un magistrat. Actuellement, la loi donne compétence à l'officier de police judiciaire ou même à l'agent de police judiciaire agissant sous son contrôle de faire procéder à un prélèvement biologique destiné à permettre l'analyse d'identification de leur empreinte génétique. Cette saisie est effectuée par des personnes qualifiées habilitées dans les conditions fixées à l'article 16-12 du code civil.

De par l'importance accordée à cette technique de preuve, il paraît opportun de la placer sous le contrôle d'un magistrat. Ce pourrait être le juge d'instruction mais subordonner l'analyse génétique à l'ouverture d'une instruction serait peut-être trop paralysant même si le cadre expertal est le seul à même de garantir un certain nombre de droits de la défense. Un compromis pourrait être trouvé en plaçant le recueillement des empreintes génétiques sous le contrôle du procureur de la République. En effet, le danger créé par une mauvaise manipulation est si présent, qu'il convient de la garantir de façon maximale.

C. Vers un meilleur encadrement législatif des nullités

Toujours concernant cette notion de contrôle judiciaire sur l'administration des preuves, il faudra, à notre sens mettre un frein au déclin progressif de la légalité procédurale en matière de nullité.

²¹⁸ ACCOMANDO (G) et GUERY (C), *La sonorisation : un mode légal de preuve ?* Dalloz 2002, chron. p. 2003.

A l'heure actuelle, le régime des nullités apparaît, pour beaucoup, confus et génère une insécurité juridique²¹⁹. Un constat s'impose : celui de la réticence de la loi envers les nullités, le code de procédure pénale n'en contient aucune théorie approfondie et les seules dispositions s'y référant²²⁰ brillent par leur imprécision.

Cette carence est doublée d'une défaveur particulièrement marquée des juridictions françaises²²¹ à l'égard de la nullité et plus précisément de son étendue.

En droit français, la chambre de l'instruction détermine souverainement l'étendue de la nullité, la nullité par contagion est prononcée si les actes ultérieurs ont eu pour support nécessaire l'acte annulé²²². Dans de nombreuses décisions, la Cour de cassation a offert à la juridiction d'instruction du second degré le pouvoir de décider des actes subséquents à la garde à vue irrégulière et qui allaient être, par voie de conséquence, annulés. Ainsi, la chambre criminelle de la Cour de cassation²²³ a considéré que la chambre d'accusation²²⁴ qui avait, par l'exercice de son pouvoir souverain, estimé que « *les actes postérieurs à une notification tardive de ses droits à une personne gardée à vue – notamment ses auditions – ne sont pas affectés par l'irrégularité initiale de la garde à vue* »²²⁵.

A l'identique, la haute juridiction a déterminé que « *en l'état de ces énonciations, dont il résulte que les juges [...] ont souverainement apprécié que la mise en examen et le placement en détention, dont la garde à vue n'est pas le préalable nécessaire, ont trouvé leur support dans d'autres actes que ceux entachés de nullité, ainsi que la cour de cassation est en mesure de s'en assurer, la chambre d'accusation a justifié sa décision* »²²⁶.

La faiblesse de la loi œuvre pour la primauté de l'exigence de vérité au profit de l'annulation d'une procédure irrégulière ayant permis de la découvrir. A l'évidence, il semble que cette attitude ait pour principale conséquence de priver les nullités de leur rôle préventif.

²¹⁹ HENNION-JACQUET (P), *Les nullités de l'enquête et de l'instruction, un exemple du déclin de la légalité procédurale*, RPDP mars 2003, p. 7.

²²⁰ Les dispositions établissant le régime de nullités de procédure sont les articles 802 et 171 du code de procédure pénale.

²²¹ Il a été mentionné précédemment que les juridictions françaises adoptaient une attitude souple quant à l'admission des preuves illégales et par conséquent déloyales. Il en va, parallèlement, différemment quant à la détermination de l'étendue de la nullité

²²² Crim. 26 janvier 2000 : Bull. crim. n° 46 ; 20 juin 2001 : droit pénal 2001, comm. n° 135.

²²³ Cass. crim. 22 juin 2000, Dr. pén., 2000, comm. n°108.

²²⁴ Avant la loi du 15 juin 2000, et son entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2001, la juridiction d'instruction du second degré n'était pas la chambre de l'instruction mais la chambre d'accusation.

²²⁵ MARRON (Albert), *La main droite et la main gauche de la cour de cassation et les deux mains du législateur...*, Dr. pén., 2000, comm. n°108.

²²⁶ Cass. crim. 26 janvier 2000, Dr. pén., 2000, comm. n°95.

Le législateur paraît de surcroît peu enclin à modifier la situation. Il semble au contraire décidé à limiter de façon supplémentaire le domaine des nullités dans son expression temporelle. Le projet de loi *Perben II* envisage de réduire le délai d'action des parties – partie civile et personne mise en examen – pour soulever la nullité des actes de procédure accomplis durant la phase préparatoire du procès pénal.

Aux fins d'éviter que des irrégularités accomplies en début de procédure puissent être soulevées à l'issue de l'information, la loi du 15 juin 2000 a institué un article 173-1 dans le code de procédure pénale. Ce dernier dispose que la personne mise en examen ou la partie civile doit, à peine d'irrecevabilité, faire état des moyens pris de la nullité des actes accomplis avant son interrogatoire de première comparution ou de sa première audition dans un délai de six mois à compter de la notification de sa mise en examen ou de sa première audition, sauf dans le cas où elle n'aurait pu les connaître²²⁷.

Par l'effet de la loi n° 2002-307 du 4 mars 2002 complétant la loi du 15 juin 2000, a été opérée une généralisation du délai de six mois à tous les interrogatoires et auditions : tout interrogatoire ou toute audition fait désormais courir le délai de six mois imparti pour soulever la nullité des actes antérieurs à cet interrogatoire ou à cette audition.

L'article 54 du projet de loi prévoit une nouvelle modification afin de fixer à quatre mois, au lieu de six, le délai imparti aux parties pour invoquer les nullités de procédure.

Une telle réforme manifeste la défaveur législative à l'égard de la nullité des procédures. Il serait pourtant, dans le sens d'un renforcement de l'effectivité du principe de loyauté mais également de celui de légalité, préférable d'accroître le rôle des nullités. Les nullités constituent, par essence, la mesure de l'effectivité de ces grands principes.

Dans la reconnaissance de la nullité d'une garde à vue irrégulière, la haute juridiction n'hésite pas à s'arroger un pouvoir quasi normatif puisqu'elle interprète de façon extensive les textes du code de procédure pénale, essentiellement pour les formalités relatives à la notification des droits et à l'information du placement en garde à vue²²⁸.

²²⁷ La Haute juridiction a décidé que le délai de forclusion mis en place par l'article 173-1 du code de procédure pénale ne commençait à courir qu'à partir de l'entrée en vigueur du texte, à savoir le 1^{er} janvier 2001, dès lors que la mise en examen avait notifiée antérieurement à cette date. Cass. Crim. 20 juin 2001-19 sept. 2001, Bull. crim., n°.

²²⁸ Une telle conclusion résulte indubitablement de la démonstration réalisée précédemment au sein du –2–.

En revanche, pour ce qui est de l'étendue de la nullité d'une garde à vue, elle ne lui attribue pas un domaine de conséquence étendu.

Il est en outre critiquable que le projet de loi Perben II écarte systématiquement les nullités en cas d'utilisation des nouvelles procédures d'exception prévues par le texte.

Paragraphe 2^{ème} : Le renforcement du respect des principes directeurs de l'instance

Nous avons constaté que certains principes directeurs de l'instance, tels qu'exprimés dans l'article préliminaire du Code de procédure pénale, étaient défailants dans certaines phases de notre procédure. Un renforcement de leur respect s'impose donc. Il en est ainsi du principe du contradictoire (A), de l'équilibre des droits des parties (B), voire même des droits de la défense (C).

A. Le renforcement du principe du contradictoire

Ce principe doit être renforcé notamment au stade de l'enquête policière. Ce renforcement passe, selon nous, inévitablement par un accroissement des prérogatives accordées au défendeur ayant trait à l'information (1) et à un certain droit à l'initiative (2).

1. Une meilleure information du défendeur

L'information, composante essentielle du principe du contradictoire doit être améliorée au niveau de l'enquête policière afin de permettre à la défense de s'organiser dès ce stade de la procédure. Elle est aujourd'hui très insuffisante, et cela contredit tous ceux qui affirment que le principe du contradictoire est présent pendant l'enquête.

Cela conduit nécessairement à repenser l'intervention de l'avocat pendant la garde à vue. Car, si la loi lui permet un entretien avec son client pour une durée de trente minutes, l'avocat n'est informé que de la nature de l'infraction recherchée. Or, son ignorance concernant les éléments du « dossier » l'empêche de mettre en œuvre une véritable défense.

Monsieur Roger MERLE évoque même une certaine « hypocrisie » quant à la reconnaissance du droit à l'assistance d'un défenseur dès cette phase de la procédure²²⁹. L'intervention dès la première heure n'a rien changé de ce point de vue. Dès 1999, Monsieur Didier THOMAS préconisait que le gardé à vue « *soit informé, non seulement de la nature juridique de l'infraction recherchée, mais encore de l'existence des indices relevés à son encontre et qui ont motivés la mesure policière. Lorsque le suspect a usé de son droit de s'entretenir avec un avocat, l'information sur les raisons de la suspicion devrait, de la même façon, être communiquée à l'avocat, préalablement à l'entretien* »²³⁰. Reprenant cette proposition, nous pensons que le renforcement du principe du contradictoire à ce stade de la procédure, passe inévitablement par une meilleure information du défenseur sur les « raisons » de fait et de droit qui ont motivées la mesure de garde à vue.

2. La reconnaissance d'un certain droit à l'initiative

Ce droit à l'initiative doit être admis dans la recherche des éléments de preuve mais également au moment de la discussion devant la juridiction de jugement.

- dans la recherche des éléments de preuve

Comment ne pas évoquer ici le droit américain, bien qu'il ne constitue pas une base de référence pour notre étude comparative. La procédure pénale américaine connaît une phase d'« instruction » essentiellement accusatoire où le juge n'a aucune fonction d'enquête, il est le garant des libertés individuelles et veille donc au respect des droits du mis en cause, innocent jusqu'à ce qu'il soit déclaré coupable.

Le défenseur a un rôle déterminant dans la recherche des preuves, car il a le droit de mener ses propres investigations et de rechercher des témoignages, là où l'avocat français se verrait accuser de subornation de témoins.

²²⁹ MERLE (R), *La défense pénale*, Justices, 1998-10, 91.

²³⁰ THOMAS (D), *Le suspect en quête d'un statut procédural*, Mélanges Cabrillac, Paris, Litec, 1999, p 823 s.

En droit espagnol, la doctrine sur le rôle de la défense dans l'activité probatoire²³¹ s'attache également à envisager la place de l'avocat dans la phase d'instruction. Il convient cependant de souligner qu'à l'inverse de la législation française, l'instruction est incontournable en ce qu'elle est quasi automatique dès lors qu'une infraction est commise²³².

Même s'il est reconnu que dans la phase d'instruction il n'est nullement question de consacrer des preuves incontestables²³³, une décision définitive ou provisoire anticipée sous forme d'un non-lieu²³⁴ intervient tant dans le procès classique que dans la procédure abrégée.

Ces décisions sont généralement justifiées lorsqu'il n'existe pas à l'encontre du mis en cause des indices laissant penser qu'il a commis le fait délictueux - fondement de l'ouverture de l'instruction - ou lorsque le fait concerné n'est finalement pas constitutif d'une infraction, ou que le mis en cause apparaît pénalement irresponsable (article 637 de la *Ley de Enjuiciamiento criminal*), ou que la commission de l'infraction n'a pas été convenablement démontrée ou, enfin, lorsque bien que l'existence de l'infraction ne soit pas contestable, il n'existe pas d'éléments suffisants pour mettre en cause une personne déterminée. Evidemment de telles décisions ne peuvent être émises sans la conviction du magistrat.

La justification de l'importance de l'instruction et du rôle des parties au cours de cette phase procédurale provient du souci légitime d'une ouverture inconsidérée de la phase décisive, *del juicio oral*²³⁵. La conviction du magistrat devant naître de faits établis à l'occasion de l'instruction, l'instruction est le lieu privilégié de la recherche commune des « preuves ». Pourtant, il semblerait qu'aucune disposition de la Ley de Enjuiciamiento criminal ne vienne expressément consacrer une telle préoccupation doctrinale.

²³¹ BELTRAN NUÑEZ (A), La actividad probatoria de la defensa en el proceso penal (aspectos parciales,), in La prueba en el proceso penal, consejo general del poder judicial.

²³² En grandes lignes, le squelette du procès pénal espagnol repose sur cinq phases : l'instruction préliminaire, la phase intermédiaire, la phase décisive, la contestation – discussion – de la décision, du jugement, et enfin l'exécution. MONTERO AROCA (J), *Principios del proceso penal : una explicacion basada en la razon*, Valencia, Tirant lo blanch alternativa, 1997.

L'instruction est ouverte à chaque commission d'infraction. Il ne s'agit pas, contrairement au droit français d'une phase pouvant être facultative.

²³³ La doctrine espagnole aime à insister sur le fait que la qualification de preuve ne peut intervenir qu'à l'occasion de l'audience, le juge de jugement ayant « seul » compétence pour décider si les éléments soumis peuvent ou non constituer des preuves.

²³⁴ Les articles 637, 641 et 790.6 de la Ley de Enjuiciamiento criminal, notamment, prévoient de telles hypothèses, qui sont, par ailleurs, les plus fréquentes.

²³⁵ Les termes retenus en droit espagnol pour caractériser l'audience révèlent parfaitement la caractéristique principale du jugement, à savoir son oralité.

Au regard du bref examen de la législation américaine et de la conception doctrinale espagnole de la recherche des preuves, la question de l'extension des pouvoirs de l'avocat en ce domaine se pose conséquemment²³⁶.

Nous écartons d'emblée la proposition qui consisterait à accorder au défenseur des pouvoirs d'enquête. Toutefois, nous considérons que le pouvoir d'initiative des parties est en pratique, et ce malgré les réformes récentes de l'instruction préparatoire, très insuffisant. En effet, si la loi du 15 juin 2000 a accru le droit de participation des parties privées aux investigations du juge d'instruction²³⁷, l'avocat n'en reste pas moins un intermédiaire et la décision revient toujours au juge d'instruction. Les avocats témoignent tous d'une certaine résistance des juges d'instruction notamment en ce qui concerne les demandes d'audition de témoins, alors que les possibilités de recours contre de telles décisions sont faibles.

Ici, c'est la pratique qui n'a pas suivi les évolutions législatives. C'est donc une évolution des mentalités qu'il faut souhaiter. En effet, la reconnaissance de ce pouvoir de participation favorise selon nous la manifestation de la vérité. Tout abus est exclu du fait du contrôle opéré par le magistrat instructeur.

- dans la discussion des éléments de preuve

L'exemple anglais doit, bien évidemment servir de base à notre réflexion. En Angleterre, l'avocat de la poursuite présente les preuves recueillies par le CPS²³⁸, qui est le service de poursuite de l'Etat, qui sont destinées à établir la culpabilité de l'accusé. L'avocat de la défense tente de démontrer que la poursuite n'est pas justifiée en discutant ces preuves. Chaque partie conteste les témoins produits par l'autre dans le processus de *cross examination*. Le tribunal a un rôle passif, et ne pose que les questions nécessaires à une meilleure compréhension des réponses du témoin.

²³⁶ Cf. colloque de l'Institut de formation du Barreau de Paris, juin 1996, *La vie judiciaire*, 23 juin 1996.

²³⁷ Art. 82-1, al. 1^{er} du code de procédure pénale: « Les parties peuvent, au cours de l'instruction, 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 ».

²³⁸ Le CPS est le Crown prosecution service, l'équivalent anglais du ministère public français.

Dans le système français, jusqu'au 1^{er} janvier 2001, l'interrogatoire était mené par le président du tribunal, à moins qu'il n'exerce son pouvoir discrétionnaire de permettre aux parties de poser leurs questions directement. Désormais, l'article 312, al. 1^{er} dans sa rédaction issue de la loi du 15 juin 2000 prévoit que « *le ministère public et les avocats des parties peuvent poser directement des questions à l'accusé, à la partie civile, aux témoins et à toute les personnes appelées à la barre, en demandant la parole au président* ». Cela sous réserve du pouvoir de police de l'audience appartenant au président qui subsiste. On s'oriente ainsi vers un système de *cross examination*.

Certains nous mettaient en garde en affirmant que la contradiction peut avoir des effets pervers, l'interrogatoire contradictoire des témoins pouvant se révéler dangereux s'il est mené de telle manière qu'il constitue une véritable pression sur les témoins²³⁹. Nous pensons que la contradiction permet, à elle seule, d'éviter cela. Cet interrogatoire contradictoire permet, en outre, de maintenir la neutralité du juge qui peut être au contraire altérée lorsqu'il lui revient de poser les questions. Nous considérons que des efforts doivent encore être faits en ce sens en permettant une réelle discussion entre les protagonistes.

B. Le renforcement de l'équilibre des droits des parties

Nous avons préalablement constaté, à l'étude des dispositions du Code de procédure pénale, un déséquilibre manifeste des droits des parties lors de la phase de l'instruction préparatoire, le parquet restant largement favorisé par rapport aux parties privées.

Cette situation ne saurait perdurer et doivent être encouragées les réformes tendant à l'alignement des droits des parties privées sur ceux de la partie poursuivante. Nous ne voyons dans cette démarche aucun des dangers évoqués par les opposants à cet équilibre. Nous considérons, au contraire, que ce « rééquilibrage » est indispensable au jeu du principe du contradictoire, notamment quant au droit à l'information qu'il garantit.

²³⁹ V. SPENCER (J), DELEUZE (B), VORMS (D), *La preuve: une question inclassable*, APC 1993, p36 s.

C. Le renforcement des droits de la défense

La référence au droit américain, nous permet une fois encore de révéler certaines lacunes de notre procédure. Le droit américain protège le mis en cause en lui conférant la qualité de partie, dès qu'il est accusé officiellement par un acte juridique, la *complaint* ou lorsqu'il l'est par des faits au moment où la police l'interroge au cours d'une enquête. De ce fait, la personne mise en cause se voit reconnaître, dès ce stade, une certaine protection au travers du respect des droits de la défense. Le droit américain s'attache à protéger toute personne mise en cause dès que sa liberté est en jeu préférant « *ne pas s'en tenir à l'instruction purement formelle, et remonter au delà, c'est à dire à l'enquête quand celle-ci devient une instruction au sens matériel du terme* »²⁴⁰.

En droit français, la qualité de partie au procès ne s'acquiert qu'après une décision de mise en examen émanant du juge d'instruction. Pratiquement, l'acquisition du statut de partie peut être éloignée dans le temps de la commission de l'infraction et surtout n'intervient qu'après un ou plusieurs interrogatoires menés par la police.

Avec la loi du 4 janvier 1993, le législateur français, guidé par le souci de protection de la personne poursuivie, a imposé la reconnaissance de la qualité de partie au procès, par l'obligation morale de mettre en examen²⁴¹, dès lors qu'il existe « des indices graves et concordants » laissant présumer la participation aux faits²⁴². Néanmoins, le législateur français n'a pas déplacé, à l'instar du droit américain, la protection du suspect de l'instruction à la phase d'enquête, même à considérer la protection accordée au gardé à vue, qui reste nettement en deçà de celle assurée au mis en examen.

Notre droit prend même la direction opposée car depuis la loi du 4 mars 2002, peuvent être placées en garde à vue les personnes à l'encontre desquelles il existe « une ou plusieurs raisons plausibles » de soupçonner qu'elles ont commis ou tenté de commettre une infraction.

²⁴⁰ GUINCHARD (A), *La qualité de partie à l'instruction en droits (fédéral) américain et français*, RSC 1997, p 611.

²⁴¹ Le renforcement du statut de témoin assisté, permettant à celui qui en bénéficie de demander à tout moment sa mise en examen, l'empêche d'invoquer une nullité pour mise en examen tardive.

²⁴² article 105 CPP.

Cette nouvelle disposition rend plus facile la mise en œuvre de la mesure de garde à vue, le terme « raison » étant plus large que celui d' « indice » notamment²⁴³.

Pourquoi alors, le Code de procédure pénale ne protège-t-il la personne à l'encontre de laquelle il existe des indices graves et concordants, en lui accordant le droit de devenir partie au procès, qu'au stade de l'instruction préparatoire ? Cette protection ne devrait-elle pas intervenir en amont, soit dès le recueillement de ces indices graves et concordants ?

Nous reprenons alors la proposition du Professeur Didier THOMAS visant l'insertion dans le Code de procédure pénale d'une disposition « *aux termes de laquelle l'officier de police judiciaire ne peut poursuivre l'audition d'une personne placée en garde à vue dès lors que pèsent sur elle des indices graves et concordants de participation aux faits et doit en aviser immédiatement le procureur de la République* »²⁴⁴. Cette disposition conduirait à encadrer juridiquement la notion de partie au procès, en la définissant par référence aux éléments matériels de la procédure.

Paragraphe 3^{ème} : La résolution des problèmes occasionnés par la garde à vue

L'une des missions de la police judiciaire, au sens de l'article 14 du code de procédure pénale, est de « rassembler les preuves » des infractions à la loi pénale. Pour ce faire les policiers et gendarmes disposent d'un moyen privilégié : la garde à vue. Le régime de la garde à vue a été uniformisé par la loi du 4 mars 2002 qui pose les mêmes exigences concernant le placement que l'on se trouve en enquête de flagrance (articles 63 et suivants), en enquête préliminaire (articles 77 et suivants) ou que les policiers agissent sur commission rogatoire (articles 154 et suivants) ; les droits se révèlent donc identiques, renvoi étant fait par les articles 77 in fine et 154 aux articles 63-1 et suivants.

Néanmoins malgré des réformes successives, des difficultés persistent relatives au rôle de l'avocat (A), aux preuves de la nature de l'infraction (B), à l'utilisation d'un soupçon comme

²⁴³ V. ancien article 63 CPP faisant référence à l'exigence « d'indices faisant présumer... ».

²⁴⁴ THOMAS (D), op.cit.

preuve (C), à la rédaction du procès-verbal (D) et à l'emploi de méthodes abusives de recueillement des preuves (E).

A. L'absence d'avocat

La loi du 15 juin 2000 est venue renforcer dans la garde à vue l'un des droits fondamentaux de la défense en autorisant le droit à un avocat « dès le début » de cette mesure (article 63-4 du code de procédure pénale). Si l'on peut saluer cette consécration du respect des droits de la défense, la modification opérée n'a pas été sans poser de problèmes. En effet, certains ont tout d'abord critiqué cette présence plus en avant de l'avocat à différents titres. Ainsi, les policiers y ont vu parfois une méfiance à l'égard de leur méthode et se sont plaints de la gêne qu'occasionnerait l'intervention de l'avocat dans la recherche de la preuve, craignant un mutisme de la personne gardée à vue²⁴⁵. Toutefois, ces risques semblent devoir être relativisés et apparaissent très certainement comme un des vestiges du culte voué à l'aveu ; le silence est un système de défense bien connu des délinquants multirécidivistes et les éventuels conseils de l'avocat dans ce sens ne changeraient donc pas fondamentalement la situation²⁴⁶.

Plus surprenant, les avocats eux-mêmes ont apporté quelques critiques à leur intervention dès le début de la garde à vue. Au vu de la durée relativement courte de l'entretien (30 minutes), certains ont argué de l'efficacité toute relative de cette intervention qui risquait de se résumer à un doublon de l'information sur les droits délivrée par l'officier de police judiciaire à l'occasion du placement en garde à vue. Pourtant l'utilité de cette intervention transparaît surtout au niveau du climat qui va se ressentir concernant cette mesure : l'avocat va pouvoir estimer l'état général du gardé à vue et les rapports avec les policiers, permettant de ce fait de rassurer son client. Si l'utilité de la présence d'un avocat dès le début de la garde à vue ne saurait donc être valablement remise en cause, il persiste toujours divers problèmes tant qu'il n'est pas présent dans les locaux des services judiciaires. En effet, ce droit du gardé à vue de s'entretenir avec un avocat dès le début de la mesure trouve une limite matérielle. L'avocat n'étant pas présent en permanence dans

²⁴⁵ C'est cette même crainte qui a conduit les syndicats à demander la modification du projet du gouvernement concernant ce qui devait devenir la loi du 4 mars 2002 à propos du droit de se taire qui s'est transformé en « *choix de faire des déclarations, de répondre aux questions qui lui seront posées ou de se taire* ».

²⁴⁶ En outre, la loi pour la sécurité intérieure du 18 mars 2003 a confirmé la modification entreprise par la loi du 4 mars 2002 en supprimant la charge de notification obligatoire du droit au silence incombant de puis la loi du 15 juin 2000 aux officiers de police judiciaire.

les locaux de la police judiciaire un délai plus ou moins long, suivant l'heure du placement en garde à vue, le jour (week-end notamment...), peut s'écouler.

Or pendant ce laps de temps rien n'interdit aux officiers de police judiciaire d'interroger la personne afin de collecter les preuves des comportements reprochés. Cette possibilité d'audition résulte directement de la nature de l'obligation incombant aux officiers de police judiciaire relativement à l'exercice par le gardé à vue de son droit à l'avocat. En effet, la jurisprudence a clairement affirmé qu'il ne s'agissait que d'une obligation de moyen et non d'une obligation de résultat, caractérisée par l'accomplissement de diligences par les officiers de police judiciaire²⁴⁷. Ainsi, « *si l'enquêteur est tenu de notifier dès le début de la garde à vue à l'individu son droit à la venue d'un avocat au commissariat ou à la brigade, et s'il est tenu de contacter un avocat si l'intéressé en veut un, rien ne lui interdit de procéder à son interrogatoire avant même que l'avocat soit arrivé* »²⁴⁸. En outre, il convient de souligner que si l'arrivée de l'avocat dans les locaux de police interrompt de facto l'interrogatoire amorcé, il n'en demeure pas moins que si sa venue intervient à la 20^{ème} heure, il ne peut exiger un entretien de 60 minutes en se prévalant d'un cumul d'entretiens²⁴⁹. La position est donc particulièrement stricte sur ce point, confinant même à la relativisation du droit à l'avocat pour le gardé à vue.

Cette atteinte aux droits de la défense²⁵⁰ pourrait être aisément résolue de deux manières. La première consisterait à interdire aux officiers de police judiciaire d'entendre l'individu tant que celui-ci n'a pas été en mesure de s'entretenir avec un avocat, solution qui était déjà avancée par le rapport présentée par Mme Delmas-Marty²⁵¹ (qui avait tendu à permettre à tout individu gardé à vue de communiquer avec un avocat avant tout interrogatoire de la police ou de la gendarmerie ; cette possibilité doit pourtant être dès à présent écartée : en effet le délai de garde à vue étant limité (24h renouvelable une fois pour le droit commun) toute perte de temps se traduirait par une baisse de l'efficacité dans la recherche de la preuve, ceci sans même avancer d'éventuelles attitudes dilatoires de la part des avocats (même si de tels comportements ne

²⁴⁷ Cass. crim. 10 mai 2001, Bull. crim., n°118. « *Aucun des éléments de la procédure en justifie des diligences effectuées par l'officier de police judiciaire afin de permettre l'exercice de ce droit* ».

²⁴⁸ PRADEL (J), *Les personnes suspectes ou poursuivies après la loi du 15 juin 2000. Evolution ou révolution ?*, D., chr., n°13, 2001, p 1042.

²⁴⁹ Circulaire du 4 décembre 2000, n°1-2-2-4 b.

²⁵⁰ L'atteinte aux droits de la défense résulte de l'interrogatoire du gardé à vue sans que celui-ci ne se soit entretenu avec son avocat alors qu'il l'avait requis mais que celui-ci ne s'est pas encore rendu dans les services de police.

pourraient être qu'exceptionnels). L'autre solution semble plus raisonnable et permettrait de concilier les droits de la défense avec l'efficacité de la recherche de la preuve par les policiers : il suffirait d'établir une permanence d'avocats dans des locaux proches des bâtiments de la police. En effet il n'y aurait alors qu'un délai minime se résumant à quelques minutes. L'établissement d'une permanence dans des locaux proches devrait être préféré à celle dans les locaux de la police pour éviter tout doute de la part de la personne gardée à vue quant à l'indépendance des avocats vis-à-vis du pouvoir policier.

La voie médiane choisie actuellement consistant à laisser le choix à la personne gardée à vue quant à son attitude durant l'absence de l'avocat, si elle paraît trouver grâce auprès des policiers, ne paraît pas convenable au regard des droits de la défense et représente quant aux craintes des services de police concernant la collecte des preuves les vestiges du culte de l'aveu.

Cette crainte paraît provenir de la nature même de la garde à vue qui a pour fonction de permettre aux policiers d'établir les preuves du comportement délictueux.

B. Les preuves de la nature de l'infraction

Très souvent la mesure de garde à vue est considérée par les policiers comme devant permettre d'établir de manière plus précise les faits, de cerner le comportement du gardé à vue afin de déterminer la qualification juridique adéquate, les preuves n'étant pas toujours très nombreuses. Ce constat pourrait paraître choquant au regard du nouveau droit introduit par la loi du 15 juin 2000, afin de mettre en conformité le droit français avec la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales qui exige dans son article 5-2 que *« toute personne arrêtée doit être informée, dans le plus court délai et dans une langue qu'elle comprend, des raisons de son arrestation et de toute accusation portée contre elle »*, concernant l'information *« de la nature de l'infraction sur laquelle porte l'enquête »* délivrée à la personne placée en garde à vue (article 63-1 alinéa 1 du code de procédure pénale) et répercutée auprès de son avocat (article 63-4 alinéa 2 du code de procédure pénale). Par exemple, une mesure de garde à vue peut être validée en cas de violences volontaires lorsque l'examen médical de la victime révèle une ITT de moins de 8 jours et caractérise ainsi une simple contravention de la 5^{ème} classe

²⁵¹ Rapport de la commission justice pénale et droits de l'homme présidée par Mme le professeur Delmas-Marty, *La*

(article R. 625-1 du code pénal), la nature de l'infraction ne pouvant pas être toujours déterminée de façon exacte. Le droit d'être informé de la nature de l'infraction sur laquelle porte l'enquête consiste, selon la circulaire CRIM 00-13 F1 du 4 décembre 2000, en une information sur la qualification juridique telle qu'elle peut être appréciée à ce stade de l'enquête. Ainsi une information sur une catégorie générique d'infractions (trafic de stupéfiants) sans distinguer entre les différents délits (entre 222-34 et suivants du code pénal) serait suffisante (si l'enquête porte sur plusieurs infractions, les différentes qualifications doivent être mentionnées). Il ne faut pas pour autant s'offusquer de ce flou dans l'information délivrée : la garde à vue étant très souvent le point de départ de l'enquête (tout du moins en matière de flagrance) il est logique que les officiers de police judiciaire ne disposent pas alors de beaucoup de preuves particulièrement en matière de flagrance, cette information relativement vague se justifiant moins dans les deux autres cas.

La mesure de garde à vue peut être prise par l'officier de police judiciaire dès lors qu'il existe « une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner » que l'individu a commis une infraction. Ce critère laisse transparaître que la preuve peut être relativement faible à ce stade de l'enquête.

C. L'utilisation d'un soupçon comme preuve

Un simple soupçon²⁵² permet donc de placer un individu en garde à vue. La référence à un tel soupçon n'entraîne pas pour autant l'arbitraire de l'officier de police judiciaire, la CEDH ayant en effet jugé que les soupçons doivent être concrets²⁵³. Cela ne présuppose pas que la police ait établi des preuves suffisantes puisque tel est le but de la garde à vue. Il doit, par contre, exister des faits ou renseignements propres à persuader un observateur impartial que l'individu en cause peut avoir accompli l'infraction²⁵⁴. Bien entendu si ces soupçons venaient à disparaître, la privation de liberté devrait être arrêtée immédiatement.

Ce soupçon permettant le placement en garde à vue engendre des difficultés quant à la détermination du début (1) et de la durée de la garde à vue (2).

mise en état des affaires pénales, La documentation française, 1991, p 99.

²⁵² Il faut cependant préciser que ce soupçon est de nature objective.

²⁵³ C.E.D.H., *Brogan et autres c/ Royaume-Uni*, 29 novembre 1988, série A n° 145-B, p. 30, § 53

²⁵⁴ C.E.D.H. *Erdagöz préc.*, p. 2314, § 51 in fine, et *Fox, Campbell et Hartley c/ Royaume-Uni* du 30 août 1990 série A n° 182, p. 16, § 32)

1. Le début de la garde à vue

La garde à vue débute dès lors qu'une mesure de contrainte est exercée à l'encontre de l'individu, c'est-à-dire dès que celui-ci est privé de sa liberté d'aller et venir. Or si le critère du placement est clair, il permet l'audition d'une personne se présentant spontanément aux services de police sans prémunir ses éventuels futurs droits de la défense.

La garde à vue des témoins dans le cadre d'une enquête préliminaire a été abrogée par la loi de 1993, tandis que la suppression de cette disposition dans l'enquête de flagrance n'est intervenue qu'avec la loi du 15 juin 2000.

Toutefois si le témoin est tenu de comparaître en cas de convocation par l'officier de police judiciaire²⁵⁵, il est également possible d'entendre une personne se présentant spontanément aux services de police. Cette permission est nécessairement liée à la détermination du point de départ de la mesure de garde à vue, élément d'importance puisqu'il conditionne la notification des droits à l'individu²⁵⁶. Le régime de la garde à vue est caractérisé par une absence de précisions légales quant à son commencement par les lois de 93²⁵⁷ – problème non résolu par la loi du 15 juin 2000. En conséquence, une certaine latitude a été offerte aux officiers de police judiciaire. La clarification de la situation a finalement été apportée par une construction prétorienne.

La jurisprudence s'accorde sur l'idée de dire que le point de départ de la garde à vue est la contrainte. Dès lors, il n'est pas interdit aux officiers de police judiciaire d'auditionner une personne avant de la placer en garde à vue en raison du caractère spontané de sa présentation aux services de police²⁵⁸.

²⁵⁵ L'article 62 alinéa 2 et l'article 78 du code de procédure pénale établissent clairement une obligation de comparution à la charge des témoins convoqués dans les locaux de police ou les brigades de gendarmerie. Il est effectivement prévu d'avoir de les y contraindre par la force publique si ces derniers n'y défèrent pas.

²⁵⁶ La détermination du point de départ de la garde à vue est d'importance dans la mesure où le placement en garde à vue implique, sous peine de nullité, une notification immédiate des droits du gardé à vue.

²⁵⁷ La circulaire d'application de ces lois était assez confuse et confiait donc indirectement la mission de détermination aux praticiens du droit : officiers de police judiciaire et magistrats.

²⁵⁸ Cass. crim. 2 décembre 1998, Bull. crim., n° . Une personne est invitée sans contrainte à se présenter aux services de police. Dès son arrivée dans les locaux, l'OPJ avise le PR de la mesure de GV décidée à l'encontre de l'intéressé. Celui-ci est pourtant entendu 25 minutes avant de se voir notifier son placement en GV et les droits afférents. Cependant, la Ch. Accus. puis la Ch. Crim. Refusent d'annuler la procédure, estimant que l'intéressé pouvait être entendu avant d'être gardé à vue dès lors qu'il avait accepté sans contrainte de suivre les policiers, et que l'avis adressé au magistrat du MP ne saurait remettre en cause le PV de placement en GV régulièrement établi...

Ainsi il sera possible aux policiers de récolter des preuves de la participation de l'individu librement entendu à la commission d'une infraction puis de le placer en garde à vue. Or, cette collecte des preuves nuit gravement aux droits de la défense. En effet, il n'existe pas de garantie similaire à celles posées au cours de la phase de l'instruction par l'article 105 du code de procédure pénale. Celui-ci dispose que « les personnes à l'encontre desquelles il existe des indices graves et concordants d'avoir participé aux faits dont le juge d'instruction est saisi **ne peuvent être entendus comme témoins** ». Cette interdiction a pour conséquence de leur conférer au minimum le statut de témoin assisté et d'accéder ainsi à l'assistance d'un avocat. Il découle même d'une interprétation a contrario de l'article 105 du code de procédure pénale une obligation déontologique, voire morale, et une obligation de fait²⁵⁹ de mettre en examen à la charge du magistrat instructeur²⁶⁰. Or, la phase d'enquête ne confère aucune garantie similaire à cet individu qui pourrait basculer rapidement dans le statut de suspect et continuer à être interrogé par les policiers à loisir tant qu'ils n'exercent pas de mesure de contrainte à son encontre.

L'instauration d'un texte similaire à l'article 105 code de procédure pénale pour la phase policière paraît donc souhaitable.

Le placement en garde à vue n'est pas pour autant sans poser problème au regard du calcul de la durée de cette mesure.

2. La pratique de la rétroactivité du délai de la garde à vue

C'est par souci de protection de la liberté d'aller et venir que la pratique judiciaire, lorsqu'une personne est entendue librement préalablement à un placement en garde à vue, fait rétroagir le calcul de la garde à vue à l'entrée de l'individu dans les locaux de police²⁶¹. Or, cette pratique a pour effet de reporter le calcul de la garde à vue à une période antérieure à la notification des droits ce qui est totalement illogique et non conforme au principe d'une notification immédiate des droits concomitante au placement. Certes, la jurisprudence énonce

²⁵⁹ Dans l'hypothèse de l'ouverture d'une information, le juge d'instruction qui désire placer en détention provisoire ou sous contrôle judiciaire l'individu à l'encontre duquel pèsent des indices au minimum graves ou concordants doit au préalable le mettre en examen.

²⁶⁰ Le statut de mis en examen est plus protecteur que celui de témoin simple mais également que celui de témoin assisté.

explicitement la validité de l'audition comme témoin d'une personne invitée à se présenter sans contrainte aux services de police avant d'être placée en garde à vue et du calcul de la durée de la mesure à compter de l'arrivée dans les locaux de police²⁶². Elle fonde la légitimité d'une telle pratique sur « *un souci de garantie des droits de la personne* »²⁶³. Lorsqu'elle avalise le procédé de rétroactivité du point de départ de la garde à vue à l'arrivée de l'individu au commissariat ou à la brigade, la chambre criminelle de la Cour de cassation se réfère à l'intérêt des demandeurs. C'est la préservation de cet intérêt qui rend la rétroactivité du point de départ conforme et par conséquence la notification des droits valide²⁶⁴.

En réalité, la simple exigence réside dans le fait que la notification des droits n'est pas tardive par rapport à l'exercice de la contrainte. La date de la notification est appréciée à cet instant-là car avec la pratique de la rétroactivité du début de la garde à vue, il est évident que la notification est toujours tardive.

Il faut dénoncer cette pratique et réaffirmer que l'intérêt de la personne gardée à vue serait de ne pas pouvoir être entendue librement lorsqu'il existe des indices graves et concordants d'avoir participé aux faits d'où une nouvelle fois un argument en faveur de l'adoption des garanties de l'article 105 code de procédure pénale à la phase policière.

Outre cette pratique critiquable, il faut encore éclairer les problèmes engendrés par la recherche des preuves par différents intervenants (police, gendarmerie, douane...) qui peuvent tous appliquer pour des mêmes faits une mesure de rétention ou de contrainte. Cette possibilité pouvant se généraliser avec les GIR (quoiqu'une meilleure synergie pourrait niveler ces difficultés) doit nous conduire à présenter le droit applicable. Il ne s'agit donc pas ici de revenir sur la durée de la garde à vue, mais plutôt de s'interroger sur la computation des délais, notamment à l'occasion de gardes à vue successives ou du cumul avec différentes mesures de privation de liberté. Le principe est simple : la durée totale de la garde à vue ne saurait excéder pour les mêmes faits le délai légal, quand bien même cette garde à vue aurait été fractionnée ;

²⁶¹ Cass. crim. 10 mai 2000, JCP 2000,IV, 2419.

²⁶² CA Fort de France 16 oct. 1997. Les faits de la décision mettaient en relief l'entente de l'individu comme témoin puis son placement en garde à vue avec une notification des droits immédiate. Les juges avaient prononcé la validité de la mesure bien que « *par une précaution inutile et erronée* » les officiers de police judiciaire avaient calculé le délai de garde à vue à compter, non pas du moment où ils avaient décidé du maintien à leur disposition de l'intéressé, mais de l'heure à laquelle ils l'avaient invité à les suivre au commissariat.
Cass. crim. 18 juin 1998, Bull. crim., n° 200.

encore faut-il qu'il s'agisse bien des mêmes faits²⁶⁵. Ainsi la Cour de cassation, dans un arrêt du 13 février 1996²⁶⁶ a jugé qu'en cas de fractionnement de la garde à vue entre deux enquêtes différentes, l'une préliminaire et l'autre sur commission rogatoire, le dépassement du délai constituait « *par lui-même une atteinte aux intérêts de la personne concernée* ». Cette analyse ne peut être que louée. Par contre, il est tout à fait possible, au sens de la Cour de cassation, d'être entendu une première fois dans le cadre d'une garde à vue puis à nouveau trois heures sur les mêmes faits sans mesure de contrainte, ces trois heures ne s'imputant pas dans le calcul de la durée pour la prolongation et l'entretien avec l'avocat lors d'une nouvelle audition en garde à vue²⁶⁷. Or, on ne comprend pas très bien l'absence d'uniformité dans le statut de cette personne qui semble passer de la personne soupçonnée contrainte disposant des droits de la défense à une personne déposant librement puis basculant à nouveau dans le premier statut. L'importance de l'instauration d'un texte calqué sur l'article 105 code de procédure pénale est ici réaffirmée. Concernant l'articulation entre l'imputation de la retenue douanière sur la durée de garde à vue, elle est réalisée, au sens de l'article 323.3 alinéa 7 du code des douanes, sur la durée de la garde à vue lui faisant suite mais seulement pour limiter la privation de liberté ; il n'y a aucune incidence sur les régimes respectifs de chacune des mesures et la notification des droits ainsi que l'intervention de l'avocat n'aura lieu qu'au début du placement effectif en garde à vue²⁶⁸. A cet égard, la pratique susmentionnée peut être avancée ici.

L'aboutissement de la mesure de garde à vue étant d'obtenir des preuves d'un comportement délictueux, il convient de s'attacher à l'élément qui va consacrer cette collecte des preuves : le procès verbal d'audition.

D. Un procès-verbal aux preuves rapportées

Le procès-verbal dressé par l'officier de police judiciaire, constatant les propos tenus par la personne gardée à vue, constituera un élément de preuve. Or, les officiers de police judiciaire reformulent le plus souvent les propos tenus par la personne soupçonnée (par souci de cohérence

²⁶³ Cass.crim. 24 novembre 1998, Bull. crim., n°314.

²⁶⁴ Cass. crim. 10 mai 2001, Bull. crim., n° 118.

²⁶⁵ Cass. crim., 15 décembre 1999, Bull. crim., n°311.

²⁶⁶ Cass. crim. 13 février 1996, Bull. crim., n° 74.

²⁶⁷ Cass. crim. 31 octobre 2001, Bull. crim., n° 226.

²⁶⁸ Cass. crim. 1er mars 1994, no 94-80.571, Bull. crim., n° 80 ; 25 avril 2001, Juris-Data, n009 716.

grammaticale...) ce qui peut vicier les propos originels. Toutefois, il paraît difficile de résoudre cet écueil sauf à préconiser le recours à un interprète lorsque la personne ne maîtrise pas parfaitement la langue française.

Plus difficile, lors de l'établissement du procès-verbal, les officiers de police judiciaire vont bien être obligés de poser des questions. En cas d'aveu ils vont essayer de circonscrire ces derniers. Réside ici le danger des réponses suggérées. L'importance de la neutralité des questions formulées (ne pas donner d'indications sur le crime, le procédé...) ne peut qu'être rappelée. Afin d'aider une collecte saine des preuves, il pourrait être établi des batteries de questions applicables selon la direction que prendra la personne entendue au cours de son interrogatoire.

Plus invraisemblable encore, le contrôle opéré par les magistrats sur les mesures de garde à vue peut renforcer les vices du procès verbal d'audition. L'article 41 du code de procédure pénale confie la mission au procureur de la République de contrôler les mesures de garde à vue ; il visite également les locaux où s'effectuent les mesures une fois par trimestre. Fort de ce contrôle, il pourrait être affirmé que la police judiciaire, étant au service de la justice, se doit d'appliquer les mêmes principes que ceux mis en œuvre par les magistrats et par conséquent la garantie de l'article 105 du code de procédure pénale n'a pas à être formellement inscrite. Pourtant, si on a jugé bon de le préciser pour un magistrat, il n'y a rien d'offusquant à vouloir l'imposer aux policiers.

Ce n'est pas non plus la mission de surveillance confiée par l'article 13 du code de procédure pénale (et 38 du code de procédure pénale) au procureur général, sous le contrôle de la chambre de l'instruction conformément à l'article 224 du code de procédure pénale, qui peut dispenser d'une telle mesure. En effet, même si la notation par le procureur général est prise en compte pour toute décision d'avancement à partir du dossier individuel concernant l'activité des officiers de police judiciaire (art. D.44 du code de procédure pénale) et que la notation tient compte notamment « *de la qualité de la procédure et de la rédaction des rapports et procès-verbaux* », ces incitations semblent insuffisantes et peuvent même avoir des effets néfastes. Cette procédure peut bien sûr avoir pour effet d'encourager une garde à vue respectant strictement les droits de la défense mais elle peut aussi conduire à la reformulation dans le procès verbal d'audition des propos tenus par la personne.

E. L'exclusion des méthodes abusives de recueillement des preuves.

Un encadrement du déroulement de la garde à vue s'impose de manière à exclure toute méthode abusive de recueillement des preuves de par les officiers de police judiciaire.

La préoccupation actuelle dominante des gouvernements est d'enrayer les phénomènes de criminalité de plus en plus nombreux concrétisés par une augmentation du crime, la dégradation de l'ordre public et ce mépris croissant de certains vis à vis de la loi.

Dans ce contexte extrêmement difficile, certains citoyens éprouvent un sentiment d'insécurité bien compréhensible contre lequel les Etats s'efforcent de lutter.

Les regards se tournent alors tout naturellement vers la police dont la mission majeure est d'œuvrer au maintien de l'ordre public.

La tâche de la police à cet égard s'avère relativement compliquée d'autant plus qu'elle se heurte fréquemment au manque de coopération flagrant dont fait preuve la société. N'y a-t-il point là quelque paradoxe ? N'est-ce pas cette même société qui exige l'assurance de la plus totale sécurité ? Quoi qu'il en soit, le maintien de l'ordre public passe nécessairement par la détermination de pouvoirs forts, voire coercitifs, à la police. Les interrogatoires, les gardes à vues sont des prérogatives dont dispose l'officier de police judiciaire au service de cet objectif.

Ils ne doivent pas abuser de leurs pouvoirs qui doivent respecter la dignité de l'individu et les droits qui lui sont reconnus dans un Etat démocratique.

« *Nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants* ». Tel est l'énoncé de l'article 3 de la C.E.S.D.H. Ces dispositions font nécessairement référence à la dignité de tout être humain qui doit être préservée.

Elles jouent aussi un rôle dans la phase de recueillement des preuves. Il est fort à regretter, cependant ce n'est guère une hypothèse d'école, que des agents chargés du recueillement des preuves soient amenés à abuser de leurs pouvoirs et prérogatives pour extorquer des aveux. Nos propos sont néanmoins à nuancer. Une tendance à l'évolution est à constater, la place de l'aveu dans la hiérarchie des preuves ayant changé et de nombreux principes européens servant de garde-fous. Il ne s'agit plus de la *probatio probatissima*. L'aveu ne saurait, aujourd'hui, emporter

à lui seul la conviction du juge. Il conserve pourtant une certaine importance, importance à l'origine des manœuvres contestables des policiers, voies de fait notamment, en ce qu'il demeure un élément de preuve pris en compte par les juges, un indice, et qu'il guide bien souvent la démarche des professionnels dans le recueillement des autres éléments de preuve nécessaires.

A titre d'exemple, est considéré comme contraire à l'article 6§2 C.E.S.D.H. un aveu extorqué pendant la phase d'instruction préparatoire²⁶⁹.

« *Il faut garder présent à l'esprit que c'est la recherche obstinée des aveux qui a justifié le recours à la torture, qui n'a été abolie en France qu'au XVIIIème siècle* »²⁷⁰.

Il convient de préciser en quoi la torture est envisagée dans le cadre du principe de loyauté. La torture, qu'elle soit physique ou psychologique, est utilisée aux fins d'exercer des pressions sur l'intéressé en vue d'obtenir de sa part des déclarations le compromettant. Dès lors que l'objectif est d'extraire un aveu par des manœuvres qui pourraient être qualifiées, en l'espèce, d'illégales – au regard des textes précités – il est évident que l'impératif de loyauté est atteint. Pourtant, certains auteurs s'accordent à distinguer le principe de la loyauté et le respect dû à tout individu. Ainsi, en est-il de Serge Guinchard et de Jacques Buisson²⁷¹ qui font de la loyauté et du respect de la dignité humaine deux composantes du respect d'un principe plus large : celui de la légalité formelle.

La torture peut s'entendre de deux façons différentes : au sens psychologique et au sens physique. Sont alors à distinguer deux types d'interrogatoires.

Les premiers interrogatoires sont ceux diligentés avec violence. De nombreuses affaires ont, à ce propos, été portées à la connaissance du public pour cause de poursuites judiciaires. Ces procédés sont, sans aucune hésitation, à proscrire; et tout professionnel faisant preuve d'un minimum de déontologie ne saurait se résoudre à l'adoption de tels actes²⁷². La déloyauté est évidente, l'illégalité manifeste. La présence du médecin durant la garde à vue permet de protéger le suspect et donc les objectifs de la loyauté qui sont d'évincer de telles pratiques.

²⁶⁹ Comm.E.D.H., D 5523/72, *Herbert Huber c/ Autriche*, 4-5 octobre, Ann. Conv.E.D.H., 1974, p 331.

²⁷⁰ QUARRE (P), *Le droit au silence*, Journal des tribunaux, 5/10/1974, 89ème année-n°4882.

²⁷¹ GUINCHARD (S), BUISSON (J), *Procédure pénale*, op. cit., p 472-473.

²⁷² Il faut rappeler ici les textes concernant la loyauté des policiers.

Si le rôle de l'avocat, qui peut intervenir dès la première heure de garde à vue, est tout à fait notable, celui du médecin ne l'est pas moins. La réforme faisant intervenir le médecin durant la garde à vue n'a pas été de prime abord appréciée par les officiers de police judiciaire qui s'estimaient alors objets d'une méfiance insupportable. Son intervention visait à éviter les brutalités policières, cette dernière étant, à la suite de l'affaire *Tomasi*²⁷³, devenue impérative. L'utilité de cette garantie a été ensuite reconnue, également pour les enquêteurs, dans la mesure où on ne peut plus les accuser injustement de mauvais traitements physiques. En conséquence, les aveux obtenus ne sont pas frappés systématiquement de suspicion.

La loi du 4 janvier 1993 fixe très clairement le rôle du médecin en précisant les tâches qui lui incombent. Le médecin est chargé d'examiner l'individu pour décider de sa capacité à supporter l'interrogatoire en délivrant un certificat médical joint au dossier. L'officier de police judiciaire devra se soumettre à l'avis négatif soumis par le médecin et cesser tout interrogatoire.

Ces dispositions participent à la loyauté puisqu'elles empêchent les officiers de police judiciaire d'entreprendre des interrogatoires ou de les continuer alors que l'intéressé n'est pas en état physique, ni psychique de répondre de façon éclairée aux questions. Au contraire, il se peut même qu'elle avoue, par lassitude, des actes qu'elle n'a pas commis.

Elles tiennent un autre rôle dans la mesure où la présence d'un médecin qui peut intervenir au commencement de la mesure pour constater le bon état de santé de l'individu ; exercer une torture serait risqué, la preuve en serait facilement rapportée.

Les seconds interrogatoires jouent davantage sur le psychique de l'individu en altérant sa capacité de réaction et de conscience. Il s'agit notamment des interrogatoires de longue durée²⁷⁴. Ces derniers n'ont cependant à l'heure actuelle aucune raison légale d'être. Effectivement, les lois de 1993, renforcées à ce titre par la loi du 15 juin 2000, ne tolèrent pas des interrogatoires de longue durée puisqu'elles imposent des temps de repos dont mention est faite au procès-verbal de garde à vue (article 64).

De surcroît, le Code pénal réprime sévèrement les atteintes à la liberté ou à l'intégrité corporelle des témoins, suspects ou prévenus²⁷⁵.

²⁷³ C.E.D.H., 27 août 1992, *Tomasi c/ France*, série A, n° 141 ; C.E.D.H., 28 juillet 1999, *Selmouni c/ France*, Rec., V..

²⁷⁴ On rejoint sur ce point l'hypothèse précédente.

²⁷⁵ Cass. crim. 18 février 1954, JCP, , 1954, II, n°8036, rapport Patin.

Ainsi, la garde à vue, mode de recherche des preuves particulièrement utilisé par les services de la police judiciaire nécessite diverses adaptations dont la plus importante semble devoir être l'impossibilité d'entendre en qualité de témoin les personnes à l'encontre desquelles il existe des indices graves et concordants d'avoir participé aux faits.

Paragraphe 4^{ème} : La spécialisation des acteurs de l'administration de la preuve

La spécialisation des enquêteurs passe inévitablement par une formation poussée, dispensée par des personnels expérimentés et instruits. Dans ce contexte, et malgré les efforts entrepris, les trois procédures nationales abordées dans cette étude rencontrent des difficultés, même si la Grande-Bretagne semble avoir pris une certaine avance. Or, le recueillement des données criminelles (A) et leur analyse (B) ne peuvent être confiés, au risque de compromettre l'issue de la procédure, qu'à des spécialistes.

A. Les spécialistes du recueillement des données criminelles

Ils sont également appelés « techniciens de la scène de crime ». Le système britannique constitue un modèle de référence pour ses voisins européens en ce qu'il appréhende « la scène de crime » de façon très structurée et spécialisée de sorte à donner toutes ses chances à l'enquête scientifique (1). Le système français s'en inspire fortement afin d'envisager son évolution (2).

1. Le modèle anglais

En Grande-Bretagne, la spécialisation des personnes intervenant sur la scène de crime est très importante. Cela se traduit par une définition précise des tâches à accomplir par chacun des intervenants. Un rôle essentiel est donné au Crime Scene Manager (CSM). Le CSM est nommé par le SIO²⁷⁶, pour son expérience et son niveau. Il prend la responsabilité de tout ce qui concerne la scène de crime.

²⁷⁶ Le SIO est un policier spécialisé, qui occupe les fonctions de notre Juge d'instruction et de directeur de l'enquête policière.

Le CSM détermine si la scène est hors de danger et en assure la protection. Cela signifie qu'il veille à la conservation de tous les indices et pièces à conviction présents sur la scène de crime.

2. L'évolution du système français

Le système français évolue dans le même sens malgré un retard évident sur ses voisins britanniques.

L'évolution du modèle gendarmique permet de comprendre cette volonté de spécialisation. La Gendarmerie nationale est organisée en brigades depuis 1720 et en compte aujourd'hui 3500. A cet échelon, le gendarme est un « généraliste ». Le brigadier doit gérer la délinquance dite « normale ». Cependant, ce système généraliste révèle ses limites face à des « infractions graves ou sensibles » telles que les crimes de sang. Dans cette hypothèse le brigadier fait appel à une structure spécialisée, se situant au niveau supérieur, que sont les unités de recherches. Elles portent précisément le nom de Brigades de Recherches au niveau de la compagnie (canton), Brigades de Recherches Départementales, Brigades Départementales de Renseignements Judiciaires au niveau du Groupement, Section de Recherches au niveau de la Légion dont les enquêteurs sont des Techniciens en Investigations Criminelles (TIC). Les TIC ont reçu une formation relative à la scène de crime. Dès leur arrivée, ils protègent les lieux et en retirent toutes traces et indices qui donneront lieu à une analyse criminelle. Pour ce faire, ils disposent de matériels techniques et scientifiques très sophistiqués.

Cependant, il manque dans le système français un directeur d'enquête scientifique tel qu'il existe dans le modèle anglais. Les enquêteurs eux-mêmes admettent, en tant que techniciens, ne pas avoir le recul nécessaire concernant l'ensemble de la scène de crime. Le gestionnaire de la scène de crime serait selon eux un expert en la matière qui dirigerait l'ensemble des techniciens.

B. Les spécialistes de l'analyse des données criminelles

L'analyse des données criminelles peut être, soit scientifique (1), soit consister en des recoupements entre les différentes informations figurant dans le dossier de la procédure, elle porte alors le nom d'analyse criminelle (2).

1. L'analyse scientifique

Police et Gendarmerie Nationales disposent de laboratoires scientifiques dans lesquels sont analysés toutes les traces et indices prélevés par les enquêteurs sur la scène de crime. Ainsi, l'Institut de Recherche Criminelle de la Gendarmerie Nationale (IRCGN), basé à Rosny-sous-Bois réceptionne tous les échantillons prélevés par les unités. Il est par conséquent doté de personnels très compétents dans des domaines très variés tels que la mécanique, la balistique, la toxicologie, la génétique, le numérique.

Cependant, et on comprend aisément pourquoi, ces laboratoires sont saturés et s'impose donc le recours à des laboratoires privés. Il convient donc d'accroître le nombre des personnels de ces laboratoires dont le travail est devenu quasi indispensable à la résolution des affaires criminelles.

2. L'analyse criminelle

L'analyse criminelle est la recherche et la mise en évidence méthodique des relations entre les données criminelles et contextuelles à des fins pratiques judiciaires. La discipline consiste à relever et analyser les informations recueillies lors d'une enquête ou d'une série d'enquêtes. L'analyste est alors capable de traiter toutes les relations entre un ensemble d'entités. Il décompose les informations de manière à les rendre lisibles sur graphique.

L'analyse criminelle constitue une avancée technologique considérable à la disposition des hommes de terrain mais aussi des instances décisionnelles. Il est par conséquent évident que cette technique doit être développée.

Paragraphe 5^{ème} : L'accroissement de la coopération entre les divers services enquêteurs

Le système français se caractérise par une dualité des forces de police, trouvant sa justification dans l'histoire de ces deux institutions. Cette dualité est une force en ce qu'elle offre un choix plus large aux magistrats, la décision étant prise au regard des moyens d'investigation dont disposent les services. Le premier ministre, Jean-Pierre Raffarin, la considère même comme « un atout pour la démocratie »²⁷⁷.

Madame Alliot-Marie, ministre de la défense insiste sur le fait que le statut de la gendarmerie nationale « est un élément de force et d'efficacité. Il lui permet d'affirmer sa pleine complémentarité avec la police nationale dans l'accomplissement des missions de sécurité intérieure qui lui sont assignées »²⁷⁸.

Cette coopération qui existait essentiellement au travers de la mise en commun des « données criminelles » (A) a été remarquablement améliorée par les créations des GIR (B).

A. La mise en commun des données

Plusieurs fichiers alimentés par la Police et la Gendarmerie nationales constituent une base de données commune facilitant les investigations des services enquêteurs.

1. Le Fichier des personnes recherchées (FPR)

Le FPR regroupe toutes les inscriptions de personnes signalées ou recherchées pour la mise à exécution d'une décision judiciaire ou administrative, en vertu d'un signalement militaire

²⁷⁷ Réunion des commandants d'unités territoriales de la Gendarmerie Nationale au Carrousel du Louvre à Paris, du 5 juillet 2002.

²⁷⁸ Ibid.

ou encore, dans le cadre d'enquêtes judiciaires. La base est alimentée par la police et la gendarmerie. Les échanges de données entrées par ces deux services se font en temps réel.

2. Le Fichier automatisé des empreintes digitales (Faed)

Le Faed est un fichier national de traitement des empreintes digitales. La base numérisée est constituée d'un fonds commun police-gendarmerie de relevés dactylographiques et de traces. L'enrichissement du Faed est réalisé à partir de relevés dactyloscopiques des personnes directement impliquées dans la commission de crime ou délit.

3. Le Fichier National Automatisé des Empreintes Génétiques

Conscient de l'importance des méthodes scientifiques dont il a été plusieurs fois question dans cette étude, le Parlement a institué, par la création de l'article 706-54 du code de procédure pénale issu de la loi du 17 juin 1998 relative à la prévention et à la répression des infractions sexuelles ainsi qu'à la protection des mineurs, le fichier national automatisé des empreintes génétiques (FNAEG). La circulaire du 10 octobre 2000 en précise les modalités d'application. Il est alors indiqué que ce fichier a pour premier objectif de conserver les empreintes génétiques de l'ensemble des personnes condamnées pour infractions sexuelles afin de pouvoir rechercher si une nouvelle infraction n'a pas été commise par ces personnes. Le second objectif étant de conserver les traces génétiques, relevées sur les lieux d'une infraction sexuelle, de personnes non identifiées afin de pouvoir procéder à des recoupements d'affaires ou de les comparer avec l'empreinte d'une personne figurant au fichier.

Parallèlement à la mise en place du fichier, le décret du 18 mai 2000 prévoit la création d'un service central national chargé de recueillir les échantillons de matériels biologiques placés sous scellés au cours des procédures, ce service étant conçu comme un simple dépositaire. Ce service est géré par l'IRCGN.

Nous préconisons d'étendre ce système à des infractions autres que sexuelles par un fichage systématique des empreintes génétiques recueillies lors de procédures criminelles.

B. Les nouvelles modalités de la coopération entre les services enquêteurs

La lutte contre l'économie souterraine et les différentes formes de délinquance organisée qui l'accompagnent nécessite la mise en œuvre d'une action pluridisciplinaire engageant non seulement la police et la gendarmerie nationales, mais également les services fiscaux, des douanes, de la concurrence de la consommation et de la répression des fraudes, du travail et de l'emploi. La mise en place des Groupes d'Intervention Régionaux réunissant ces administrations et services répond à cet objectif.

Les GIR ont été créés par une circulaire interministérielle en date du 22 mai 2002. Ils sont susceptibles d'agir contre la délinquance sous tous ses aspects en utilisant l'ensemble des moyens législatifs et réglementaire, au plan pénal mais également fiscal, douanier ou administratif. Ils interviennent sur l'ensemble du territoire de la région, tant en zone police que gendarmerie.

Les GIR sont administrativement rattachés aux services régionaux de police judiciaire ou aux sections de recherche de la gendarmerie nationale qui ont, en matière de police judiciaire, une compétence géographique régionale et définissent, par conséquent, le niveau territorial d'habilitation des de police judiciaire affectés.

Chaque groupe est composé d'une structure permanente (unité d'organisation et de commandement), ainsi que des personnels ressources pré-désignés par chaque directeur de service régional ou départemental de police ou de l'administration concernée, et par les commandants de légion de gendarmerie nationale. L'Unité d'Organisation et de Commandement (UOC), dirigée par le commissaire de police ou un officier de la gendarmerie nationale, est composée de policiers (sécurité publique, police judiciaire, renseignements généraux), de gendarmes (essentiellement sections de recherches), d'un fonctionnaire des impôts et d'un fonctionnaire des douanes. Elle assure la préparation et l'organisation des opérations d'intervention et d'assistance. Elle est responsable de leur bonne exécution, sous l'autorité administrative ou judiciaire d'emploi.

Il est, dans une généralité, avancé que le bilan des GIR est très positif. La coopération entre les services enquêteurs renforce l'efficacité de chacun et permet un gain de temps précieux dans la résolution des affaires criminelles. Le développement de ces structures ne peut, par conséquent, qu'être encouragé.

Paragraphe 6^{ème} : La problématique autour de la place de l'intime conviction

En apparence, la place de l'intime conviction semble être limitée notamment par le recours croissant aux preuves de nature scientifique et par l'institution prochaine de procédures basées sur une reconnaissance préalable de culpabilité (A). Nous pensons néanmoins, que l'instruction définitive pleinement contradictoire maintient l'intime conviction au rang de principe essentiel du droit pénal²⁷⁹ (B).

A. Une place limitée en apparence

Les transformations de l'administration de la preuve viennent bouleverser le schéma classique sur lequel repose le procès pénal français notamment en bousculant le principe de l'intime conviction.

N'y a-t-il pas, tout d'abord, un risque de remise en cause de l'intime conviction par le prisme du recours croissant aux techniques modernes de preuves ? Le juge est-il en mesure de se forger une conviction face à la preuve génétique par exemple. En effet, pour le juge amené à recourir à l'utilisation de cette technique, force est de constater qu'en ce domaine la science est allée plus vite que le droit. Elle a contribué ipso facto à la création d'une hiérarchie de la preuve pénale²⁸⁰ dès lors cette situation ne vient-elle pas forcément interférer avec le système de l'intime conviction qui par nature refuse toute idée de tarification de la preuve ?

En effet, dans le système de l'intime conviction, aucune preuve ne se voit reconnaître de valeur particulière. Le juge va apprécier librement la preuve qui lui est soumise, et c'est au terme de cette appréciation qu'il se forgera une conviction sur la valeur probatoire de celle-ci.

²⁷⁹ L'intime conviction figure au nombre des grands principes de multiples législations pénales. Telle est l'hypothèse du droit pénal chilien in RIO DEL FERRETI (C del), *Consideraciones básicas sobre el sistema de prueba en materia penal y control sobre el núcleo fáctico mediante recurso de nulidad (I)*, Universidad Católica (Chile), Núm. 8 julio-diciembre, 2001.

²⁸⁰ BONNIEU (M), *Le juge d'instruction et les empreintes génétiques à l'aube du 3^e millénaire*, RPDP juillet 2000, p. 202.

Ce principe, primordial en droit français énoncé légalement²⁸¹, donne aux juges un pouvoir souverain d'appréciation, pouvoir sur lequel ils vont ensuite fonder leur décision.

En droit espagnol, une importance similaire est accordée au principe de l'intime conviction. La raison provient du rôle caractéristique de la phase décisive car le procès pénal se fait réalité juridique et sociale à l'occasion du jugement oral. Durant cette phase, le juge peut atteindre la conviction en sa conscience, celle à laquelle se réfère l'article 741 de la *Ley de Enjuiciamiento criminal*²⁸² qui lui permet d'absoudre ou de condamner²⁸³.

Néanmoins, pour la doctrine espagnole, il est important que le juge pénal fasse une application adéquate de 741. Le magistrat professionnel ne peut baser uniquement sa décision sur une pure et intime conviction, selon un pressentiment, non extériorisable ni contrôlable. L'exigence de motivation qu'impose la Constitution espagnole dans son article 120.3 n'est pas une disposition de pure figuration mais qui s'érige en principe essentiel du procès pénal, transformant par là même la décision du juge de pur acte de volonté en un acte raisonné et raisonnable. C'est pour cela que le principe de libre appréciation de la preuve figurant à l'article 741 doit être complété, comme le souligne le professeur Gimeno Sendra, par la doctrine du tribunal constitutionnel. La doctrine susmentionnée n'a pas pour objectif de contredire la libre appréciation des preuves, mais de lui donner un développement exégétique au terme duquel l'appréciation en toute conscience doit se baser sur des preuves authentiques, énoncées à l'audience. Il n'est pour autant pas nécessaire que la motivation soit étendue ou exhaustive ; il suffit qu'elle soit acceptable au regard de ce qui est normal et suffisant²⁸⁴.

Ensuite, la place de l'intime conviction semble être en recul au regard de l'intervention d'un certain nombre de règles procédurales et de l'éventuelle mise en place d'une comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité. Ce type de procédures ne laisse alors que peu de marge de manœuvre au magistrat décideur. Le rôle majeur est alors confié au procureur de la République.

²⁸¹ Articles 353 du code de procédure pénale pour les cours d'assises, 427 du code de procédure pénale pour les tribunaux correctionnels et 536 du code de procédure pénale pour ceux de police.

²⁸² L'article 741 de la *Ley de Enjuiciamiento criminal* dispose que : « El Tribunal, apreciando, según su conciencia las pruebas practicadas en el juicio, las razones expuestas por la acusación y la defensa y lo manifestado por los mismos procesados, dictará sentencia dentro del término fijado en esta Ley ».

²⁸³ La condamnation demeure soumise à l'exigence d'une preuve à charge, suffisante et sans équivoque, discutée par les parties accusatrices et accusées dans les termes fixés par la loi.

Effectivement, la loi *Perben II* adoptée le 9 mars 2004 prévoit l'introduction d'une procédure de *Plea Bargaining* « à la française »²⁸⁵ et pose le problème du rôle de l'intime conviction confrontée à une automaticité et à une accélération des procédures découlant du souci d'absence d'impunité. La création en droit interne d'une telle procédure résulte de l'examen de nombreuses législations étrangères ayant adopté un concept identique et de procédures simplifiées dans l'hypothèse d'infractions d'une gravité relative.

En Allemagne, approximativement un tiers des affaires pénales font l'objet d'une ordonnance pénale, basée sur une procédure écrite. En Espagne, la *Ley de Enjuiciamiento criminal* offre au ministère public – *ministerio fiscal* – la possibilité d'abandonner les poursuites à l'égard d'un mineur, si celui-ci, après avoir reconnu les faits, accepte les mesures éducatives. Cette procédure, est relativement récente puisqu'elle est issue d'une loi du 12 janvier 2000 du nom de *conformidad*. Enfin, l'Italie a dernièrement intégré une nouvelle forme de transaction pénale afin d'élargir cette pratique à une majorité d'affaires et de désengorger ainsi les tribunaux.

*Quelle place pour l'intime conviction des juges de jugement dans une procédure fondée sur le retour au culte de l'aveu et qui ne leur confère qu'une fonction d'homologation, sans leur attribuer un quelconque pouvoir modificateur ?*²⁸⁶

B. Une place maintenue en pratique par le jeu du débat contradictoire

Les craintes formulées précédemment ne sauraient être maintenues dès lors que les éléments de preuve sont débattus contradictoirement devant le juge.

La contradiction est à la fois une limite au principe de l'intime conviction²⁸⁷ et une condition indispensable à son jeu. En premier lieu, elle limite la liberté du juge répressif en lui

²⁸⁴ C'est dans cet esprit qu'il faut nécessairement se référer à la jurisprudence du tribunal constitutionnel.

²⁸⁵ L'article 495-7 détermine le champ d'application de cette nouvelle procédure. Celle-ci a vocation à s'appliquer aux personnes déférées devant le procureur de la République pour une convocation par procès-verbal ou une comparution immédiate (article 393 du code de procédure pénale), dès lors que la personne déférée reconnaît les faits qui lui sont reprochés et que la peine d'emprisonnement encourue est inférieure ou égale à cinq ans.

²⁸⁶ Le paragraphe I de l'article 61 insère, après la section VII du chapitre I^{er} du titre II consacré à l'ordonnance pénale applicable aux délits, une nouvelle section VIII intitulée : « *De la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité* ».

La comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité est insérée aux articles 495-7 à -16 du code de procédure pénale.

imposant de ne fonder sa décision que sur des preuves produites aux débats et contradictoirement discutées devant lui. Néanmoins, elle contribue à elle seule à maintenir le principe de l'intime conviction à la place qui lui a été accordée par le législateur. Elle est le moyen qui permet au juge de se forger sa propre conviction.

La discussion telle qu'elle résulte du principe du contradictoire évite certaines dérives et empêche le rétablissement du système des preuves légales. En effet, une preuve quelle qu'elle soit, ne saurait servir de base à la décision du juge qu'à la condition d'avoir été discutée devant lui. La discussion est le seul moyen de révéler les « limites » de la preuve, de quelque nature qu'elle soit, y compris de la preuve scientifique.

Dès lors le principe de l'intime conviction, tel qu'il a été formulé précédemment demeure entier, le juge apprécie toujours aussi librement la preuve qui lui est soumise, même scientifique. Seule la discussion permet au juge de se forger une conviction sur la valeur probatoire de celle-ci.

C'est cela même qui a conduit à ne plus considérer l'aveu comme étant « la reine des preuves entraînant condamnation »²⁸⁸. Le juge, éclairé par la discussion à l'audience, peut écarter un aveu suspect ou au contraire, ne pas tenir compte de sa rétractation. De la même manière, le juge n'est pas lié par les conclusions du rapport d'expertise. Il ne saurait en être autrement de la preuve scientifique étant convenu que la discussion peut, bien évidemment, révéler l'importance de cette preuve au regard des circonstances de l'espèce.

Les écrits de Faustin HELIE restent vrais, « *toutes les preuves, quelque soit leur nature, (...) sont simplement offertes à l'appréciation du juge, qui est libre de puiser son opinion aussi bien dans une preuve négative, conjecturale et imparfaite, que dans une preuve affirmative, directe et complète* »²⁸⁹.

Certains affirmeront que ce qui vient d'être dit ne vaut qu'en matières délictuelle et contraventionnelle où le juge répressif est tenu de motiver sa décision. Nous pensons que cette

²⁸⁷ V. BUISSON (J), *Les limites de l'intime conviction du juge répressif*, Procédures 2000, n° 6, p 3.

²⁸⁸ V. Système des preuves légales de l'ancien droit.

²⁸⁹ HELIE (F), *Traité de l'instruction criminelle*, 2^{ème} éd., 1866, t. IV, n° 1780.

remarque n'est pas justifiée tant il est indiscutable que le débat contradictoire est essentiel pour forger la conviction d'un jury d'assises.

La Cour européenne des droits de l'homme, quant à elle, contribue à maintenir la place de l'intime conviction en estimant que l'équité de la procédure est liée à la qualité d'obtention et de discussion de la preuve²⁹⁰.

Paragraphe 7^{ème} : La redéfinition du rôle des écoutes téléphoniques

Les écoutes téléphoniques sont un des outils traditionnellement à la disposition du juge d'instruction pour les nécessités de la recherche de la vérité (A). Une autre conception tend cependant à se développer : la possibilité d'intercepter des correspondances pendant la phase d'enquête (B).

A. Le cadre de droit commun : les écoutes pendant l'instruction

Les écoutes téléphoniques apparaissent comme un des moyens à la disposition du juge d'instruction pour établir les preuves du comportement délictueux d'un individu au sens de l'article 100 CPP et suivants ; pour aller même au-delà, en raison de l'atteinte à la vie privée qui est ainsi opérée, ce moyen doit être exigé par « les nécessités de l'information ». Il faudrait donc considérer que ce procédé est celui devant être utilisé lorsque les autres techniques de preuves ne permettent pas de remplir leur rôle.

Ce procédé trouve une application considérable puisqu'il a vocation à s'appliquer aux lignes téléphoniques (téléphone, internet...). Après condamnations de la France par la CEDH le 24 avril 1990, *Kruslin c/ France* et *Huvig c/ France* (série A n° 176-A et 176-B), en raison de l'absence des catégories de personnes susceptibles d'être écoutées, pas de précision sur la nature des infractions pouvant donner lieu à la mise sous écoute, pas d'obligation pour le juge de limiter la durée d'exécution de la mesure, pas de conditions d'établissement des procès-verbaux de retranscription, pas de précautions pour communiquer intacts et complets les enregistrements, aux fins de contrôle éventuel du juge et de la défense, pas de précision sur les circonstances

²⁹⁰ Cour EDH 20 novembre 1989 *Kostovski c/ Pays-Bas* : RSC 1990, p. 388.

permettant l'effacement ou la destruction des bandes, notamment après décision de non-lieu ou de relaxe. Après diverses interventions ministérielles (circulaire) et jurisprudentielles (15 mai 1990, arrêt Bacha : JCP, II 21541 note Jeandidier) le droit français fut remodelé par une loi du 10 juillet 1991.

Le principal problème du système actuel est qu'il protège le titulaire de la ligne mais, en tout cas pas explicitement, les personnes téléphonant. Pourtant la CEDH, dans l'affaire Kruslin, avait posé une exigence plus large : « bien qu'opérées sur la ligne de M. Terrieux, les écoutes litigieuses conduisirent la police judiciaire à intercepter et enregistrer plusieurs conversations du requérant ; l'une d'elles déclencha l'ouverture de poursuites contre lui. Elles constituaient donc une ingérence de l'autorité publique dans l'exercice du droit de l'intéressé au respect de sa correspondance et de sa vie privée ». La Commission confirma cette solution (no 18847/91, J-P. D.V. c/ France, Décis. du 31 mars 1993). Or, bien que la loi française ne distingue pas entre le titulaire de la ligne et le tiers appelant, ce tiers ne dispose à l'heure actuelle d'aucune voie de recours devant les juridictions françaises. Pareille lacune paraît contraire tant à l'article 8 CESDH qui exige un contrôle efficace qu'à l'article 13 en raison de l'absence de voie de recours effectif devant une instance nationale alors que la violation de droits reconnus par la CESDH est alléguée.

Nul ne s'étonnera alors que la France ait été à nouveau condamnée (CEDH, 24 août 1998, affaire Lambert c/ France, Rec. 1998-V) par la Cour Européenne des Droits de l'homme qui, tout en reconnaissant que les dispositions de la loi de 1991 régissant les écoutes téléphoniques, répondent aux exigences de l'article 8 de la Convention et à celles des arrêts Kruslin et Huvig, reproche néanmoins à la jurisprudence française de réserver les garanties instituées par le texte – en l'occurrence, les recours contre la décision de prolongation – non pas à toute personne écoutée, mais au seul titulaire de la ligne.

Garantir les droits de la personne écoutée, bien que non titulaire de la ligne, serait donc souhaitable. Cette difficulté devrait être résolue en conférant à toute personne écoutée les mêmes droits notamment quant à l'accès au contenu de l'écoute.

L'interception des correspondances risque à l'avenir de présenter des difficultés d'une autre nature dans le cas où elle viendrait à être autorisée pendant la phase de l'enquête, renforçant ainsi les moyens de recherche de la preuve.

B. La possibilité d'écoutes pendant l'enquête

L'intitulé pourrait surprendre. Toutefois l'actualité des écoutes téléphoniques risque d'être quelque peu bouleversée. En effet la loi *Perben II* émet de nouvelles orientations pour cette technique de preuve. Ce texte qui vise à adapter la procédure pénale aux nouvelles technologies de communication « afin que l'institution judiciaire soit en mesure de faire face aux nouvelles manifestations de la délinquance et de la criminalité que connaît aujourd'hui notre société »²⁹¹ se prononce également sur des procédés déjà existant ou pouvant avoir dans l'avenir des applications plus générales tels que les écoutes téléphoniques. L'interception des correspondances est alors prévue dans deux nouveaux cas. La loi prévoirait (article 74-2 CPP) tout d'abord le recours aux écoutes téléphoniques pour le cas de l'individu en fuite (mandat d'arrêt délivré par un juge d'instruction, le juge des libertés et de la détention, la chambre de l'instruction ou son président ou le président de la cour d'assises, alors qu'elle est renvoyée devant une juridiction de jugement ; ou bien une personne faisant l'objet d'un mandat d'arrêt délivré par une juridiction de jugement ou par le juge de l'application des peines ; ou enfin une personne condamnée à une peine privative de liberté sans sursis supérieure ou égale à un an, lorsque cette condamnation est exécutoire ou passée en force de chose jugée). Dans toutes les hypothèses la nécessité d'arrêter cette personne a été admise par un juge. La technique de l'écoute téléphonique n'apparaît plus alors comme un moyen de recherche de la preuve mais comme un procédé pouvant permettre l'arrestation de l'individu. Cette nouveauté n'intéressant pas vraiment la recherche de la preuve nous l'écartérons de notre propos. Par contre le fait de permettre l'utilisation d'interception de correspondances pendant l'enquête intéresse directement l'établissement de la preuve.

Le droit en vigueur n'autorise cette interception de correspondance, nous l'avons vu, qu'au cours de la phase d'instruction sous le contrôle du juge d'instruction (ou de la chambre de l'instruction, article 205 CPP, voire de la cour d'assises, article 283 CPP, dans le cadre d'un supplément d'information). Or le projet souhaite instaurer cette possibilité au cours de l'enquête initiale. Pour autant il ne s'agit pas d'un retour en arrière sur l'arrêt de l'assemblée plénière de la Cour de cassation du 24 novembre 1989 dans lequel elle avait solennellement affirmé le caractère illicite des interceptions de correspondances ordonnées par le parquet au cours de l'enquête

²⁹¹ Projet de loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité adopté par l'Assemblée Nationale le 11 février 2004.

préliminaire ou de flagrance mais en raison de l'absence de loi prévoyant cette possibilité pour les enquêteurs²⁹². L'encadrement cette fois serait législatif et bien plus conséquent.

Tout d'abord les cas concernés seraient limités aux infractions les plus graves : celles contre lesquelles le projet entend lutter, à savoir les crimes et les délits aggravés, tout particulièrement lorsqu'ils sont commis en bande organisée²⁹³. La gravité de ces comportements ne doit pas pour autant faire oublier le nombre conséquent de comportements pouvant faire l'objet de ces écoutes au cours de l'enquête, ce qui enlève le caractère anodin de la réforme.

Les dispositions spécifiques à cette écoute au stade de l'enquête se trouveraient alors dans un article 706-96 CPP ainsi rédigé :

« 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 706-73 l'exigent, le juge des libertés et de la détention du tribunal de grande instance peut, à la requête du procureur de la République, autoriser l'interception, l'enregistrement et la transcription de correspondances émises par la voie des télécommunications selon les modalités prévues par les articles 100, 100-1 et 100-3 à 100-7, pour une durée maximum de quinze jours, renouvelable une fois dans les

²⁹² Dans cette affaire les services de police avaient invité, "agissant d'initiative", un client à téléphoner à son fournisseur en vue de prendre rendez-vous pour une livraison de drogue et avaient enregistré leur conversation sur radio-cassette puis avaient dressé procès-verbal de cet entretien.

²⁹³ Ainsi le nouvel article 706-73 du CPP prévoirait cette possibilité dans les cas suivant : " 1° Crime de meurtre commis en bande organisée prévu par le 8° de l'article 221-4 du code pénal ; 2° Crime de tortures et d'actes de barbarie commis en bande organisée prévu par l'article 222-4 du code pénal ; 3° Crimes et délits de trafic de stupéfiants prévus par les articles 222-34 à 222-40 du code pénal ; 4° Crimes et délits d'enlèvement et de séquestration prévus par les deux premiers alinéas de l'article 224-1 et par les articles 224-2 à 224-5 du code pénal ; 5° Crimes et délits aggravés de traite des êtres humains prévus par les articles 225-4-2 à 225-4-7 du code pénal ; 6° Crimes et délits aggravés de proxénétisme prévus par les articles 225-7 à 225-12 du code pénal ; 7° Crime de vol commis en bande organisée prévu par l'article 311-9 du code pénal ; 8° Crimes aggravés d'extorsion prévus par les articles 312-6 et 312-7 du code pénal ; 8°*bis* Crime de destruction, dégradation et détérioration d'un bien commis en bande organisée prévu par l'article 322-8 du code pénal ; 8°*ter* (nouveau) Crimes en matière de fausse monnaie prévus par les articles 442-1 et 442-2 du code pénal ; 9° Crimes et délits constituant des actes de terrorisme prévus par les articles 421-1 à 421-5 du code pénal ; 10° Délits en matière d'armes commis en bande organisée prévus par l'article 3 de la loi du 19 juin 1871 qui abroge le décret du 4 septembre 1870 sur la fabrication des armes de guerre, les articles 24, 26 et 31 du décret du 18 avril 1939 fixant le régime des matériels de guerre, armes et munitions, l'article 6 de la loi n° 70-575 du 3 juillet 1970 portant réforme du régime des poudres et substances explosives, l'article 4 de la loi n° 72-467 du 9 juin 1972 interdisant la mise au point, la fabrication, la détention, le stockage, l'acquisition et la cession d'armes biologiques ou à base de toxines ; 10° *bis* Délits d'aide à l'entrée, à la circulation et au séjour irréguliers d'un étranger en France commis en bande organisée prévus par le quatrième alinéa du I de l'article 21 de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France ; 10° *ter* Délits de blanchiment prévus par les articles 324-1 et 324-2 du code pénal, ou de recel prévus par les articles 321-1 et 321-2 du même code, du produit, des revenus, des choses provenant des infractions mentionnées aux 1° à 10° *bis* ; 11° Délits d'association de malfaiteurs prévus par l'article 450-1 du code pénal, lorsqu'ils ont pour objet la préparation de l'une des infractions mentionnées aux 1° à 10° *ter*.

mêmes conditions de forme et de durée. Ces opérations sont faites sous le contrôle du juge des libertés et de la détention.

Pour l'application des dispositions des articles 100-3 à 100-5, les attributions confiées au juge d'instruction ou à l'officier de police judiciaire commis par lui sont exercées par le procureur de la République ou l'officier de police judiciaire requis par ce magistrat.

Le juge des libertés et de la détention qui a autorisé l'interception est informé sans délai par le procureur de la République des actes accomplis en application de l'alinéa précédent. »

Les garanties posées sont toutefois nombreuses même si le danger d'une dérive procédurale n'est pas à écarter, tant il est vrai que désormais sous l'empire de la loi Perben II une erreur de qualification n'est plus une cause de nullité. Pour commencer, ce type d'actes ne sera possible que si « *les nécessités de l'enquête* » l'exigent ; la loi reprend ici le critère de nécessité déjà présent pour les écoutes ordonnées par le juge d'instruction (article 100 CPP). S'agissant de procédures dérogatoires, nul doute que la jurisprudence l'interprétera de façon restrictive. Ensuite l'autorité judiciaire en la personne du juge des libertés et de la détention sera toujours garante du respect des libertés individuelles face à ces mesures contraignantes. Enfin la durée des écoutes est limitée dans le temps à quinze jours renouvelable une fois ; ainsi la mesure durera au maximum un mois contre quatre mois renouvelable dans le cadre procédural de droit commun (article 100-2 CPP). L'innovation au niveau des protagonistes consiste dans l'intervention du Procureur de la République qui va être à l'origine de la sollicitation de l'acte. On poursuit ainsi le renforcement des pouvoirs du parquet qui concentre la quasi-totalité des pouvoirs de recherche de la preuve pendant la phase d'enquête²⁹⁴.

Doit-on s'élever contre cette possibilité d'écoutes pendant l'enquête ? L'atteinte à la vie privée est très souvent mal perçue ; toutefois face à une criminalité de grande envergure et avec la disparition progressive de l'utilisation du support papier, remplacé par les nouvelles technologies de communication (téléphone, e-mail...), l'interception apparaît comme un moyen efficace de parvenir à établir les preuves des délits. Il demeure que permettre à une personne qui ne peut avoir à ce stade de la procédure qu'un statut de suspect d'être écoutée reste critiquable. Seul un

²⁹⁴ Voir également sur proposition du Procureur de la République et sous le contrôle du juge d'instruction la possibilité de "sonoriser et fixer les images de certains lieux et véhicules" (article 706-97 code de procédure pénale selon le projet de loi adopté par l'Assemblée Nationale le 11 février 2004).

encadrement très strict par la jurisprudence protégera des déviances possibles. Certaines difficultés pressenties se sont vues dès le projet apporter des garanties supplémentaires. On aurait pu craindre que ces écoutes téléphoniques servent de base pour établir « les charges suffisantes » nécessaires pour recourir à la procédure de comparution immédiate. Les écoutes pourraient en effet devenir la reine des preuves au cours de l'enquête, succédant au culte de l'aveu et systématisant ainsi leur utilisation. Toutefois si les écoutes étaient perçues comme cela, comme la preuve ultime, elles risqueraient de traduire un retour sous une autre forme de l'aveu : celui-ci étant de plus en plus rarement obtenu au cours de l'enquête, notamment par le tant décrié (notamment par les policiers) droit de se taire, il peut être tentant de soutirer l'aveu différemment, par le biais d'une interception de correspondance, supprimant la dernière part de volonté du délinquant qui pouvait parfois encore résider dans l'aveu. Les écoutes n'apporteraient alors pas forcément un apport positif à l'établissement de la preuve, voire conduiraient à délaisser les autres procédés et à commettre certaines erreurs. L'interception pendant cette phase doit donc venir s'ajouter aux autres moyens de preuve et en aucun cas les remplacer.

Aussi pour éviter ce recours systématique à ce procédé d'interception le projet prévoit que si le procureur de la République envisage de recourir à la procédure de comparution immédiate après avoir fait usage, lors de l'enquête, des nouvelles règles d'investigation, comme par exemple des écoutes téléphoniques, l'avocat du prévenu pourra intervenir devant le magistrat du parquet avant que celui-ci ait pris sa décision de saisir le tribunal correctionnel, pour le convaincre d'ouvrir une instruction en raison de la complexité des faits (premier alinéa de l'article 706-101). Or on ne voit pas comment le procureur pourrait refuser : si les nécessités de l'enquête ont exigé l'interception de correspondance, c'est bien que les faits étaient trop complexes pour avoir recours aux moyens de preuve classiques. En cas de refus il faut alors espérer que les juges considéreraient que « *l'affaire n'est pas en état d'être jugée* ». Il aurait été alors préférable de prévoir directement qu'en cas d'utilisation de ces écoutes, la procédure de comparution immédiate n'est pas possible.

Chapitre 2nd: L'harmonisation de l'administration de la preuve pénale à l'échelon européen.

« *Le droit ne peut échapper à la mondialisation, les Quinze doivent montrer l'exemple* »²⁹⁵. Ainsi s'exprimait Madame Mireille Delmas-Marty, le 28 novembre 2000, dans un article intitulé « *Pour un vrai Procureur Européen* » paru dans le quotidien Libération.

Il y était question d'une proposition de la Commission, soutenue par le Parlement européen, de création d'un Procureur Européen qui, dans des matières spécifiques liées à la protection des intérêts financiers communautaires disposerait de pouvoirs forts d'investigation sur tout le territoire des quinze Etats membres²⁹⁶ sans avoir besoin de recourir à des commissions rogatoires ou à la procédure d'extradition²⁹⁷.

Quelle avancée dans la construction d'une « *Europe de la justice* »²⁹⁸ !

La France, trop attachée à sa culture juridique et judiciaire et à une souveraineté qu'elle désirait protéger « coûte que coûte », a longtemps été réticente quant à l'adoption de telles propositions²⁹⁹.

La France et d'autres nations ont finalement perçu l'enjeu de ces évolutions procédurales pour la construction européenne et pour la répression d'une criminalité transnationale.

L'accent est donc mis, à l'heure actuelle, sur le développement d'une entraide judiciaire et d'une coopération policière passant nécessairement par la prise de dispositions procédurales communes (section 3^{ème}) – visant à pallier les inégalités de traitement – relativement, entre autre, à la matière probatoire.

La démarche est d'autant plus logique qu'une harmonisation est partiellement réalisée par le respect des préceptes européens (section 1^{ère}) et est guidée par l'internationalisation de la procédure symbolisée par le règlement de preuve et de procédure des TPI et les statuts de la Cour pénale internationale (section 2^{ème}).

²⁹⁵ DELMAS-MARTY (M), *Pour un vrai Procureur Européen*, Libération, le 28 novembre 2000.

²⁹⁶ L'Union européenne va s'agrandir et compter 25 pays au début de l'année 2004.

²⁹⁷ La procédure d'extradition sera remplacée au 1^{er} janvier 2004 par le mandat d'arrêt européen.

²⁹⁸ DELMAS-MARTY (M), *Pour un vrai Procureur Européen*, op.cit.

²⁹⁹ Il faut cependant préciser que si un accord a été obtenu pour ce qui est notamment du mandat d'arrêt européen, l'aval à l'échelon européen de l'institution d'un procureur n'a pas été donné par de nombreuses nations, sa mise en place et la détermination définitive de ses fonctions suscitant quelques difficultés.

L'idée des droits de l'homme est également un vecteur d'harmonisation des législations qui tendent, lorsqu'elles se veulent démocratiques, à se conformer à certains principes de protection et de respect de la dignité humaine d'origine judéo-chrétienne.

L'intérêt de l'étude des tentatives d'harmonisation passées doit permettre de proposer diverses évolutions du droit français dans le sens d'un système probatoire européen (section 4^{ème}).

Section 1^{ère} : Une harmonisation partiellement réalisée par le respect des préceptes européens

L'intégralité des projets et des conseils européens visant à l'institution d'une Union de liberté, de sécurité et de justice, n'ont eu de cesse de rappeler que l'intégration européenne reposait pour partie sur un attachement commun à la liberté concrétisée par un respect des droits de l'homme.

Une harmonisation partielle se réalise indirectement par le fait que les Etats européens se conforment aux principes énoncés par la Convention européenne des droits de l'homme, interprétés par la cour européenne des droits de l'homme.

Le constat est clair. Les disparités entre les divers systèmes nationaux rendent difficile l'efficacité de la justice pénale confrontée de plus en plus fréquemment à une délinquance européenne, voire internationale, se diversifiant de manière considérable. Ce sont également ces mêmes disparités qui rendent délicate une éventuelle harmonisation des particularités des régimes de preuve de chaque pays.

Pourtant un estompement progressif des frontières procédurales peut être évoqué au prisme de la C.E.S.D.H. et du caractère équitable du procès pénal.

En effet, l'administration des modes de preuve reste guidée par les règles évoquées par la Convention européenne des droits de l'homme et issues de l'interprétation des dispositions conventionnelles par la haute juridiction européenne.

Cette observation résulte directement des solutions de la Cour au sein desquelles elle fonde expressément l'administration des preuves pénales sur des articles précis.

« Dans le domaine pénal, le problème de l'administration des preuves doit être envisagé à la lumière des paragraphes 2 et 3 de l'article 6 (art. 6-2, art. 6-3) de la Convention.

Le premier consacre le principe de la présomption d'innocence. Il exige entre autres qu'en remplissant leurs fonctions les membres du tribunal ne partent pas de l'idée préconçue que le prévenu a commis l'acte incriminé ; la charge de la preuve pèse sur l'accusation et le doute profite à l'accusé. En outre, il incombe à celle-ci d'indiquer à l'intéressé de quelles charges il fera l'objet – afin de lui fournir l'occasion de préparer et présenter sa défense en conséquence – et d'offrir des preuves suffisantes pour fonder une déclaration de culpabilité »³⁰⁰.

Le second est relatif aux dispositions spécifiques au droit d'interroger des témoins à charge et à décharge. Il s'agit concrètement des seules dispositions concernant précisément l'administration de la preuve pénale stricto sensu.

Dès lors, l'étude des décisions de la Cour européenne des droits de l'homme met en évidence une appréciation transversale et d'ensemble de la recevabilité des preuves pénales, par le biais de la notion de procès équitable ainsi que de la présomption d'innocence, élément participant au respect du procès équitable.

En conséquence, malgré l'absence, dans les termes mêmes de la Convention européenne des droits de l'homme, de principes directeurs en matière de preuve pénale³⁰¹, il ressort de la jurisprudence des instances européennes que le « mode de présentation des moyens de preuve » doit revêtir un caractère équitable. « La recevabilité des preuves relève au premier chef des règles du droit interne et il revient en principe aux juridictions nationales d'apprécier les éléments recueillis par elles. La tâche de la Cour consisté donc à rechercher si la procédure examinée dans son ensemble, y compris le mode de présentation des moyens de preuve, revêtait un caractère équitable »³⁰².

En outre, il semblerait que l'administration de la preuve puisse être envisageable sous l'angle plus restrictif de la présomption d'innocence.

³⁰⁰ C.E.D.H., *Barbera, Messagué, Jahardo c/ Espagne*, 6 décembre 1988, série A, n°146, §§ 76-77.

³⁰¹ La Convention européenne des droits de l'homme se contente d'énoncer des règles particulières figurant à l'article 6§3 d. En revanche, elle prévoit des grands principes applicables à l'ensemble de la procédure pénale et nécessairement à la phase d'administration de la preuve pénale

³⁰² C.E.D.H., *Delta c/ France*, 17 décembre 1990, série A, n°191, § 35.

La présomption d'innocence, à la fois règle de preuve et expression d'un droit, et définie par l'article 6§2 de la C.E.S.D.H., implique, au regard de sa rédaction des principes relatifs à la charge de la preuve « *toute personne accusée d'une infraction est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie* ».

Ceci conduit à ce que la charge de la preuve de la culpabilité incombe au ministère public, le doute profitant alors à l'accusé – *largo sensu* – qui doit pouvoir fournir des contre preuves.

Dans un arrêt *Salabiaku*³⁰³, la C.E.D.H. précise que l'article 6§2 « *ne se désintéresse donc pas des présomptions de fait ou de droit qui se rencontrent dans les lois répressives* » mais enjoint « [...] *les Etats de les enserrer dans des limites raisonnables prenant en compte la gravité de l'enjeu et préservant les droits de la défense* ». Cette décision met de surcroît en évidence les liens existant entre le procès équitable et la présomption d'innocence en énonçant que « *l'article 6 [...], en protégeant le droit de chacun à un procès équitable et notamment au bénéfice de a présomption d'innocence, entend consacrer le principe fondamental de la prééminence du droit*³⁰⁴ »

L'article 6§2 est souvent invoqué par les juridictions européennes afin de construire un cadre restrictif au pouvoir souverain d'appréciation des juges au vu des éléments de preuve contradictoirement débattus devant eux, dans la mesure où il dispose que la culpabilité de l'accusé doit être « *légalement établie* ».

L'influence de la C.E.S.D.H. et de la C.E.D.H. apparaît en conséquence manifeste, bien que peu de dispositions soient précisément consacrées au problème de l'administration de la preuve pénale en tant que telle. Elle contribue, sans contestation possible, par ses prescriptions relatives au procès équitable, à l'idée d'une éventuelle harmonisation des régimes de preuve européens.

Par la soumission des législations des divers Etats européens aux principes et règles édictés par la Convention européenne, transparaît une amorce d'harmonisation des procédures pénales européennes.

³⁰³ C.E.D.H., *Salabiaku*, 7 octobre 1988, série A, n°141.

- Par ailleurs, la France projette d'améliorer son système de coopération et d'entraide avec les autres Etats.

Dans l'objectif d'une lutte renforcée et efficace contre la délinquance et la criminalité internationales, la loi Perben II adoptée le 9 mars 2004 envisage de réformer un pan entier du code de procédure pénale. Ce texte a pour visée d'instituer aux articles 694 et suivants du code de procédure pénale un dispositif d'entraide judiciaire devant fonctionner même avec des Etats autres que ceux membres de l'Union européenne.

« Le rôle d'Eurojust est consacré dans le code de procédure pénale (article 695-4), le représentant national étant un magistrat hors hiérarchie mis à la disposition de l'unité pour une durée de trois ans (article 695-8). Ce magistrat aura accès aux informations du fichier du casier judiciaire et aux fichiers de police judiciaire, ainsi qu'aux informations issues des procédures judiciaires, conformément à la décision du Conseil du 28 février 2002 (article 695-9) ».

Section 2^{ème} : Une harmonisation réalisée par l'internationalisation de la procédure

La mondialisation du droit par l'intermédiaire du jeu d'organismes tels que l'OMC ou l'O.N.U. est aujourd'hui incontestable ; preuve de l'internationalisation, la création de tribunaux pénaux internationaux pour l'Ex-Yougoslavie ou le Rwanda et la Cour pénale internationale.

Serge Guinchard évoquait l'idée d'une « *révolution juridique contemporaine* » au cœur de laquelle trônent les métamorphoses de la procédure³⁰⁵. Fort justement, il soulignait « *la remise en cause par de véritables canons procéduraux européens qui se profilent sous l'influence des jurisprudences des Cours de Strasbourg et de Luxembourg* » de la séparation entre le droit national et le droit international.

Cette mondialisation se traduit par l'émergence d'un modèle de procès mixte, c'est-à-dire teinté d'accusatoire mais également d'inquisitoire.

La construction d'une justice pénale à l'échelon mondial répond à une nécessité et à une prise de conscience de la société internationale. Elle est de surcroît la preuve concrète que, pour

³⁰⁴ C.E.D.H., *Sunday Times*, 26 avril 1979, série A, n°30, §55.

³⁰⁵ GUINCHARD (Serge), *Vers une démocratie procédurale, ce qui a changé dans la justice depuis 20 ans*, Justices, 2000.

des raisons notamment d'efficacité de la répression, l'élaboration d'un système de justice supranationale avec des règles communes auxquelles les Etats signataires sont contraints de se conformer, est envisageable.

Il n'est pas prévu, dans le cadre de ce rapport, de proposer un système exorbitant des procédures des Etats européens, mais d'offrir des pistes pour l'édification d'un régime probatoire harmonisé, aux principes fondamentaux généralisés à l'image notamment de l'effort réalisé au rang international.

La justice pénale internationale repose sur le fonctionnement parallèle de deux types de juridictions : d'une part, les tribunaux pénaux internationaux pour l'Ex-Yougoslavie et pour le Rwanda dits Tribunaux ad hoc, d'autre part, la Cour pénale internationale.

Le fonctionnement de ce triptyque repose sur une combinaison des fondements essentiels des procédures pénales accusatoire et inquisitoire. Ces deux grandes inspirations de la procédure pénale se fondent dans les dispositions adoptées relativement aux juridictions pénales internationales. Elles témoignent ainsi efficacement d'une possible confusion de systèmes aussi distincts que ceux de Common Law et ceux d'origine romano-germanique. Les difficultés n'ont pas été absentes mais lorsque est en péril la société internationale et la conscience commune, il est juste que des concessions soient effectuées de manière à faire céder les intérêts individuels devant la défense d'un intérêt collectif et supérieur : la protection de la société internationale. Dès lors qu'est en cause la préservation des intérêts supérieurs, les conceptions divergentes doivent se fondre, au moins partiellement dans une conception commune, seule à même de lutter contre les atteintes.

Pourquoi ne pas prendre exemple sur ce système de justice pénale internationale en le transposant à l'échelon européen ? Tel est en partie l'objectif du Corpus Juris qui prévoient des règles minimales ainsi que des instances judiciaires communes aux pays membres de la Communauté européenne.

Il est vrai cependant que le frein à l'adoption de dispositions similaires réside dans la volonté de préserver la souveraineté nationale et dans la gravité des infractions en cause. Il semble difficile pour les Etats, dont la France, d'abandonner une partie de sa législation et de ses prérogatives

étatiques, fruit de traditions et d'idéologies propres, au profit d'un système commun pour des infractions qui seraient cantonnées à des comportements de faible gravité.

Dans l'hypothèse des juridictions internationales, sont en cause la commission d'infractions d'une particulière gravité heurtant le respect des principes fondamentaux de toute société démocratique.

La Cour pénale internationale a vu le jour le 17 juillet 1998 à Rome, son entrée en vigueur effective ayant alors été soumise à la ratification de soixante des Etats ayant voté le statut de la nouvelle cour pénale³⁰⁶. Le 11 avril 2002, la signature du soixantième Etat est intervenue annonçant en conséquence la réalité de la Cour pénale internationale.

Dans le cadre de la Cour pénale internationale, il a été initialement prévu une intervention des juges de la cour, par l'intermédiaire de la chambre préliminaire, au cours de l'instruction des dossiers. A la différence des deux Tribunaux pénaux internationaux, les magistrats de la cour pénale internationale ne se limiteront pas à un examen de la recevabilité des preuves mais pourront intervenir directement dans la conduite des investigations soit aux fins de contrôle des actes du Procureur, soit dans l'objectif de faciliter le recueillement des preuves pour les personnes mises en cause avec l'aide des Etats.

En outre, le commencement du procès devant la Cour pénale internationale est subordonné à la confirmation des charges, acte occasionnant une audience contradictoire à l'occasion de laquelle les éléments de preuve sont échangés. La chambre préliminaire de la Cour ne se prononce en faveur de la mise en accusation que si des éléments à charge apparaissent « sérieux », ce qui impose un examen approfondi.

Transparaissent dès lors les deux étapes constitutives de la phase préalable au procès stricto sensu. Ces deux étapes révèlent l'existence d'une instruction menée par la chambre préliminaire de la Cour et par là-même le début d'une phase inquisitoire. Si le procureur décide de poursuivre la personne, il requiert sa remise ou sa présentation devant la chambre préliminaire et pèse alors sur sa personne la charge de la preuve.

La première étape est alors caractérisée par l'instruction menée par la chambre préliminaire qui dispose de la possibilité de prendre des décisions relatives à la liberté individuelle. L'analogie avec le système français du juge d'instruction est alors évidente, mais elle se limite à cet aspect

dans la mesure où si la chambre préliminaire collabore au rassemblement des preuves de la personne, ce n'est que dans un souci d'assistance de l'individu potentiellement mis en cause, le rassemblement des preuves étant confié au procureur³⁰⁷.

Selon le modèle accusatoire, la seconde étape est constituée d'une audience de confirmation de la mise en accusation au cours de laquelle le procureur présentera ses charges qui pourront être discutées, voire contestées par les parties. A l'instar de la procédure pénale française, l'audience débouchera sur une décision de renvoi devant la Cour ou de non-lieu.

La procédure est différente devant les tribunaux ad hoc où le procureur dispose tout pouvoir et toute liberté dans la rédaction de l'acte d'accusation, cette dernière devant être confirmée par un juge sur le fondement d'éléments à charge « raisonnables » et ouvrant conséquemment le procès³⁰⁸.

Le 25 mai 1993, le Tribunal international pour l'Ex-Yougoslavie a été institué par la Résolution 827 du Conseil de Sécurité de l'ONU afin de poursuivre les personnes de violations graves du droit humanitaire international sur le territoire de l'Ex-Yougoslavie depuis le 1^{er} janvier 1991.

Le 8 novembre 1994, le Tribunal international pour le Rwanda a été mis en place par la Résolution 955 du Conseil de Sécurité de l'ONU. Cette juridiction est chargée de poursuivre les personnes responsables d'actes de génocide et d'autres violations graves du droit international humanitaire commis sur le territoire du Rwanda ou par des citoyens rwandais sur le territoire des Etats voisins.

Le règlement de preuve et de procédure du Tribunal international pour l'Ex-Yougoslavie a été maintes fois réformé. La dernière modification est du 28 juillet 2003. Les règles spécifiques à la preuve figurent aux articles 89 à 98 du règlement en question dans une section 3 intitulée « *De la preuve* ».

Les dispositions générales régissant le système probatoire de justice internationale sont prévues par l'article 89 du règlement de preuve et de procédure qui énonce expressément que « *a) en matière de preuve, la chambre applique les règles énoncées par la présente section et n'est pas*

³⁰⁶ Plus précisément son entrée en vigueur effective était réalisée soixante jours après que le soixantième Etat ait ratifié la Convention.

³⁰⁷ L'assignation de la mission de rassemblement des preuves au procureur fait apparaître la marque de l'accusatoire et des systèmes de Common Law.

³⁰⁸ L'audience est cependant renvoyée à une date ultérieure en raison de l'absence d'échange des éléments de preuve.

liée par les règles de droit interne régissant l'administration de la preuve » instituant de ce fait une supériorité incontestable des règles probatoires des tribunaux pénaux internationaux sur celles du droit national.

A titre de grand principe, est également exposée, en l'absence de prévision du cas étudié par le texte du règlement, « *une application des règles d'administration de la preuve propres à parvenir, dans l'esprit du Statut et des principes généraux du droit, à un règlement équitable de la cause* ».

L'administration des preuves à l'échelon international est également envisagée au prisme de l'idée d'équité. Le caractère équitable du procès demeure le pivot de l'admissibilité de tout élément de preuve et de la reconnaissance de la valeur probante de l'élément soumis à examen. La chambre demeure cependant maître des opérations en la matière puisque l'exclusion des éléments de preuve qui ne respectent pas l'exigence d'un procès équitable n'est qu'une simple possibilité³⁰⁹.

Toutefois, l'article 95 définit les éléments de preuve qui doivent nécessairement être exclus en se référant au principe essentiel de l'administration d'une bonne justice

A cet égard, il dispose que « *n'est recevable aucun élément de preuve obtenu par des moyens qui entament fortement sa fiabilité ou son admission, allant à l'encontre d'une bonne administration de la justice, lui porterait gravement atteinte* ».

Le régime probatoire appliqué aux affaires donnant lieu à un procès devant le TPIY atteste effectivement du mélange d'accusatoire et d'inquisitoire. A l'image de la procédure pénale accusatoire, il est admis la possibilité aux parties de contre-interrogatoire des témoins³¹⁰ tandis

³⁰⁹ « C) La chambre peut recevoir tout élément de preuve pertinent qu'elle estime avoir valeur probante.

D) La chambre peut exclure tout élément de preuve dont la valeur probante est largement inférieure à l'exigence d'un procès équitable » (article 89)

³¹⁰ H) i) Le contre-interrogatoire se limite aux points évoqués dans l'interrogatoire principal, aux points ayant trait à la crédibilité du témoin et à ceux ayant trait à la cause de la partie procédant au contre-interrogatoire, sur lesquels portent les déclarations du témoin.

ii) Lorsqu'une partie contre interroge un témoin qui est en mesure de déposer sur un point ayant trait à sa cause, elle doit le confronter aux éléments dont elle dispose qui contredisent ses déclarations.

iii) La Chambre de première instance peut, si elle le juge bon, autoriser des questions sur d'autres sujets.

qu'à l'instar du système français, les chambres disposent du pouvoir d'ordonner de leur propre initiative la production de moyens de preuve supplémentaires.

Dans un arrêt du 13 novembre 2003 (CEDH, 13 nov. 2003, **Rachdad c/ France**), la Cour Européenne des droits de l'homme vient de condamner, à l'unanimité, la France en rappelant aux juridictions françaises l'étendue du droit d'interroger et de faire interroger les témoins à charge. Ces garanties s'appliquent à toutes les procédures, notamment aux procédures d'opposition. En l'espèce, le requérant avait été condamné sur le fondement exclusif de déclarations de témoins – faites lors de l'enquête policière- qu'il n'avait pu, à aucun stade de la procédure, interroger ou faire interroger.. Malgré les diligences entreprises, les juridictions françaises n'avaient pu, de nombreuses années plus tard, lorsque le condamné fit opposition du premier jugement rendu par défaut, retrouver tous les témoins concernés. Pour la Cour européenne, (25) "vu l'importance particulière que revêt le respect des droits de la défense dans le procès pénal, et eu égard au fait que les garanties de l'article 6 ont la même pertinence que l'accusé soit jugé après renvoi devant les juges du fond ou que ceux-ci soient saisis sur opposition (dans ce sens, voir *Van Geyseghem c. Belgique* [GC], n° 26103/95, CEDH 1999-I, 21 janvier 1999), cette circonstance ne saurait être déterminante". Si les témoignages en cause pouvaient être pris en compte en raison des circonstances sus indiquées, ils n'auraient pas dû constituer le seul fondement de la condamnation. En effet, « l'article 6 (de la Convention) n'autorise les juridictions à fonder une condamnation sur les dépositions d'un témoin à charge que l'« accusé » ou son conseil n'ont pu interroger à aucun stade de la procédure, que dans les limites suivantes : premièrement, lorsque le défaut de confrontation est du à l'impossibilité de localiser le témoin, il doit être établi que les autorités compétentes ont activement recherché celui-ci aux fins de permettre cette confrontation ; deuxièmement, le témoignage litigieux ne peut en tout état de cause constituer le seul élément sur lequel repose la condamnation » (24).

Là encore, une mise en conformité de notre droit s'impose.

Section 3^{ème} : Les perspectives européennes d'harmonisation

De nombreux accords et conventions attestent de la réalisation d'un espace judiciaire européen impliquant une coopération procédurale ponctuelle et précise, tandis que d'initiatives diffuses et multiples transparait une volonté claire de construire un tel espace.

Certains textes démontreront la réalisation de la construction d'un espace judiciaire européen, tandis que d'autres ne seront que le reflet de la volonté d'élaboration de cet espace. Par la multiplication de tels textes, est recherchée une plus grande efficacité de la justice pénale subordonnée, par logique, à l'élaboration de règles communes. Seront par conséquent abordés les accords de Schengen (paragraphe 1^{er}), les règles du Corpus Juris (paragraphe 2^{ème}), Eurojust (paragraphe 3^{ème}) et l'institution d'un mandat d'arrêt européen (paragraphe 4^{ème}).

Les diverses conventions intervenues dans l'ordre juridique européen modifient l'économie juridique et judiciaire de l'Europe jouant sur la coopération des services de police et sur l'entraide des magistrats des différents Etats signataires. Les dispositions communes en matière de preuve pénale demeurent néanmoins limitées et ce constat appelle à une réflexion d'ensemble sur l'amélioration du système à la lumière du caractère fondamental de la preuve au sein du procès pénal.

Paragraphe 1^{er} : Les accords de Schengen

L'harmonisation des législations des Etats membres de la Communauté européenne à l'égard des ressortissants des Etats tiers n'étant pas prévue par le Traité de Rome et le contrôle de l'immigration relevant de la compétence des Etats, il n'existait pas de politique commune concernant l'entrée et le séjour des étrangers dans la Communauté. La création d'un espace intérieur sans frontières a conduit certains Etats membres, au premier plan desquels l'Allemagne, la France et l'Italie, à demander une véritable politique européenne de l'immigration.

La France, l'Allemagne et les Etats du Benelux ont conclu à Schengen le 14/6/85 un Accord relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes complété le 19 juin 1990 par une Convention d'application qui en fixe les modalités concrètes. Entré en vigueur le 26 mars 1995 entre les cinq Etats auxquels se sont ajoutés l'Espagne et le Portugal, le dispositif Schengen comporte deux volets essentiels : le premier consiste à organiser la liberté de circulation des personnes dans l'espace européen des Etats signataires, en prévoyant la suppression des contrôles aux frontières intérieures des Etats parties ; le second vise à renforcer la lutte contre la criminalité au moyen d'une coopération policière et judiciaire très étroite (dispositif pour assurer la sécurité des personnes).

L'aspect relatif à l'institution entre les Etats signataires d'une coopération policière et d'une entraide judiciaire visant à endiguer le phénomène de criminalité transnationale intéresse particulièrement l'administration de la preuve.

Ces accords représentent, sans conteste, un progrès dans la construction européenne, engendrant une nécessaire harmonisation des législations, des pratiques et des politiques en matière de sécurité et de répression, mais ils ont nécessité près de dix ans de travaux préparatoires et leur application continue de poser de nombreux problèmes politiques et techniques. Ne constituant que des Traités ordinaires entre certains Etats membres de la Communauté, ils sont progressivement relayés par le droit communautaire sur la base du Protocole intégrant l'acquis de Schengen dans le Traité d'Amsterdam. Le Traité d'Amsterdam a ainsi réuni deux systèmes juridiques parallèles et marque le début de la dernière étape du processus Schengen : l'intégration de la Convention et, en général, de tout l'acquis de Schengen dans le Traité de l'Union Européenne.

La mise en place d'un système procédural particulier fait indirectement apparaître l'existence de dispositions communes relatives à la recherche des preuves pénales.

La convention pose le principe du renforcement de la coopération policière et douanière. La coopération policière avait lieu jusque lors de façon informelle dans le cadre du groupe de Trevi³¹¹, selon des accords bilatéraux ou locaux, ou encore dans le cadre d'Interpol. La convention ne fait que l'institutionnaliser.

Sur une appréciation d'ensemble, il semble que la coopération entre les polices nationales ait donné de meilleurs résultats que celle entre les services douaniers.

La coopération policière se traduit par la reconnaissance d'un droit d'observation (art. 40 : filature) et de poursuite transfrontalière (article 41) permettant aux services de police de se déplacer sur le territoire d'un Etat voisin au cours d'une enquête (tout en respectant les principes constitutionnels relatifs à la souveraineté nationale et l'autorité judiciaire).

³¹¹ Il s'agit d'une cellule de réflexion sur les phénomènes liés au terrorisme, au radicalisme, à l'extrémisme et à la violence. Il existe 4 groupes Trevi, créés en 1975, et chacun a une spécialité en fonction.

Le droit d'observation est limité aux infractions les plus graves et à certains agents de la force publique (art. 40§4). Ce n'est ni un droit d'interpellation, ni un droit d'arrestation, et dans un souci de respect des libertés individuelles, l'entrée dans les domiciles et les lieux non accessibles au public est interdite.

Le droit de poursuite a été soumis à des conditions d'application strictement définies. De surcroît, chaque partie contractante a été invitée à définir, au moment de la signature de la convention, les modalités d'exercice de la poursuite sur son territoire pour chacune des parties contractantes avec lesquelles elles disposent d'une frontière commune. C'est ainsi que la France a refusé l'exercice du droit d'interpellation par les polices étrangères sur son sol.

Les accords de Schengen constituent incontestablement un premier pas dans le sens d'un développement des mesures et des règles communes permettant un renforcement de la répression. Cependant, d'une part ils présentent un domaine d'application limité à l'heure où est avéré le développement d'une criminalité transnationale, d'autre part, la mise en place de dispositions procédurales communes est soumise à la possibilité de dérogations. : l'harmonisation s'en trouve dès lors affectée.

Une avancée supplémentaire a cependant été récemment réalisée relativement aux modes de preuve. Depuis le 15 janvier 2003, un système européen automatisé d'identification des empreintes digitales des requérants d'asile et des immigrants illégaux, EURODAC, permet de déterminer avec précision dans quel pays le demandeur d'asile a initialement formé sa demande. Ce fichier autorise ainsi que soit rapportée la preuve qu'un requérant d'asile a déjà séjourné dans un autre Etat membre de l'Union européenne.

Paragraphe 2^{ème} : Les règles du corpus juris

A la suite d'une initiative émanant de la commission européenne, un groupe d'experts a travaillé en 1995-1996, dans le domaine du droit pénal et de la procédure pénale. Initié par Madame Mireille Delmas-Marty, le Corpus juris constitue un travail³¹² rédigé en 1997 portant dispositions pénales pour la protection des intérêts financiers de l'Union européenne. Il

³¹² DELMAS-MARTY (Mireille), *Corpus juris*, Economica, 1997, p.

manifeste la volonté de mettre en œuvre un instrument directement applicable sur l'ensemble du territoire européen.

Relativement aux preuves, il prévoit des règles minimales communes afin de réduire l'hétérogénéité des critères nationaux d'admissibilité des preuves, et des modes de témoignages adaptés au caractère international des procédures.

En ce qui concerne les preuves pouvant être admises, l'article 32 du Corpus juris dispose que « *Sont admises dans les Etats membres de l'Union européenne les preuves suivantes :*

- a) Les témoignages soit directs, soit présentés à l'audience par une liaison audiovisuelle lorsque le témoin se trouve dans un autre état membre, soit recueillis par le MPE sous la forme d'un « procès-verbal européen d'audition », ce dernier impliquant que l'audition soit faite devant un juge, que la défense soit présente et que lui soit accordée la possibilité de poser des questions, enfin que l'opération soit enregistrée par vidéo ;*
- b) les interrogatoires de l'accusé soit directs, soit recueillis par le MPE sous la forme d'un « procès-verbal européen d'interrogatoire » impliquant que l'interrogatoire soit fait devant un juge, que l'accusé soit assisté d'un défenseur de son choix ayant eu communication du dossier en temps utile et au plus tard 48 heures avant l'interrogatoire et, le cas échéant, d'un interprète, enfin que l'opération soit enregistrée par vidéo ;*
- c) les déclarations de l'accusé, indépendamment de tout interrogatoire, dès lors qu'elles ont été faites devant l'autorité compétente (MPE ou juge), que l'accusé a été préalablement averti de son droit à se taire et à bénéficier de l'assistance d'un défenseur de son choix et que les déclarations ont été enregistrées par tout moyen ;*
- d) les documents présentés par un expert-comptable désigné par la juridiction compétente parmi des personnes physiques ou morales figurant sur une liste européenne agréée par les Etats membres sur proposition du MPE, soit au cours de la phase préparatoire, soit au début de la phase de jugement ;*
- e) les documents que l'accusé a été obligé de produire dans une enquête préliminaire administrative, sauf dans l'hypothèse où une telle obligation serait assortie de sanctions pénales ».*

Le fondement annoncé de telles dispositions consiste en la volonté de réduire les disparités relatives au jugement des affaires pénales. L'adoption d'un système commun permettrait de réduire ces différences de traitement et de ce fait d'éviter toute impunité des délinquants, la répression étant facilitée par des règles procédurales communes.

Il convient également de préciser que le système proposé dans le corpus juris reprend les règles probatoires pertinentes dont chaque Etat dispose et les érigent en règles uniformes applicables à toutes les nations européennes. Ainsi, en ce qui concerne la communication de documents comme preuve devant les tribunaux, la méthode franco-néerlandaise est prônée.

En matière d'audition et d'interrogatoire, sont reprises les dispositions du Règlement de preuve et de procédure du tribunal pénal international pour l'Ex-Yougoslavie dont le siège est à La Haye.

Il en est ainsi pour l'ensemble des règles sus énoncées au sein de l'article 32 du Corpus juris.

Il faut néanmoins préciser que le recours à d'autres modes de preuve par les Etats n'est pas exclu.

Bien que visant la protection des intérêts financiers de l'Union européenne, le Corpus juris constitue un projet ambitieux en ce qu'il propose non pas une harmonisation mais une unification des règles procédurales. Certaines dispositions sont venues réformer, en 1999-2000 la première rédaction du Corpus Juris, notamment de l'article 35. Mais l'esprit animant le Corpus juris demeure identique.

A cet égard, Madame Mireille Delmas-Marty a considéré que l'institution de dispositions semblables à celles prévues dans le cadre du Corpus juris, relevant que « *la création d'Eurojust facilitera au mieux l'émergence d'une culture judiciaire commune, mais elle ne sera certainement pas suffisante pour garantir des poursuites pénales et risquera d'affaiblir encore les droits de la défense* ».

Paragraphe 3^{ème} : Eurojust

Dans l'esprit d'une mise en place d'un espace judiciaire européen respectant les fondamentaux de liberté et de sécurité, le Conseil européen, réuni à Tampere en Finlande en décembre 1999, a décidé la création d'une unité appelée Eurojust³¹³.

³¹³ Eurojust a son siège provisoire à La Haye. Le président d'Eurojust est M. Michaël Kennedy, le représentant du Royaume-Uni. Le représentant français, M. Olivier de Baynast, est vice-président d'Eurojust.

Les chefs d'Etat et de gouvernement ont, au sein de leurs conclusions, estimé « *Afin de renforcer la lutte contre les formes graves de criminalité organisée, le Conseil européen a décidé la création d'une unité (Eurojust) composée de procureurs, magistrats ou d'officiers de police ayant des compétences équivalentes détachés, par chaque État membre conformément à son système juridique. Eurojust aura pour mission de contribuer à une bonne coordination entre les autorités nationales chargées des poursuites et d'apporter son concours dans les enquêtes relatives aux affaires de criminalité organisée, notamment sur la base de l'analyse effectuée par Europol ; cette unité devra aussi coopérer étroitement avec le Réseau judiciaire européen, afin, notamment, de simplifier l'exécution des commissions rogatoires. Le Conseil européen demande au Conseil d'adopter l'instrument juridique nécessaire avant la fin de l'année 2001* ».

La décision d'adoption et d'institution d'Eurojust a été prise par le Conseil de l'Union européenne le 28 février 2002. Il s'agit d'une unité dotée de la personnalité juridique, composée d'un membre national par pays de l'Union, ayant qualité de procureur, de juge ou d'officier de police ayant des prérogatives équivalentes.

Les textes lui attribuent des missions et objectifs précis, concernant un certain nombre d'infractions transnationales :

« - *promouvoir et améliorer la coordination des enquêtes et des poursuites entre les autorités compétentes des États membres ;*

- *améliorer la coopération entre ces autorités en facilitant notamment la mise en œuvre de l'entraide judiciaire internationale ;*

- *soutenir les autorités nationales pour renforcer l'efficacité de leurs enquêtes et de leurs poursuites. »*

Eurojust peut notamment demander aux autorités des États membres concernés d'entreprendre une enquête ou des poursuites, de mettre en place une équipe commune d'enquête, ou de lui communiquer des informations qui sont nécessaires à l'accomplissement de ses missions.

Sachant que l'enquête de police ainsi que les prérogatives reconnues aux acteurs de cette phase sont entièrement tournées vers le recueillement des preuves nécessaires à la recherche de l'auteur de l'infraction, il est patent que les règles administrant le fonctionnement d'Eurojust ont trait à la preuve pénale. Elles restent cependant cantonnées dans un domaine strictement délimité.

La création d'Eurojust et l'échec du projet de la Commission d'instituer un procureur européen, n'ont pas mis un terme à l'idée de créer un parquet européen. Cette idée a, au contraire, été au centre des débats menés par la Convention sur l'avenir de l'Europe sur l'espace de liberté, de sécurité et de justice.

Paragraphe 4^{ème} : L'institution du mandat d'arrêt européen et l'idée d'un procureur européen

L'Union européenne a pris conscience de l'urgence d'accélérer le processus relatif à la protection pénale des intérêts financiers de la Communauté.

La proposition de directive relative à cette question (COM (2001) 272) est venue compléter la démarche entamée à Amsterdam (création d'un espace de liberté, de sécurité et de justice), poursuivie à Tampere en octobre 1999 (la volonté étant exprimée de ne pas voir les auteurs d'infraction mettre à profit les différences entre systèmes nationaux), et désormais, objet de la publication du livret vert européen le 11 novembre 2001.

Le travail préparatoire approfondi dénommé « corpus juris » a eu le mérite de proposer une synthèse des différents systèmes européens intégrant les acquis de la jurisprudence européenne, en débouchant sur la définition d'un socle commun procédural. Le Traité de Nice, d'une part, avec la perspective de l'élargissement de l'espace européen, et l'apparition de l'euro, d'autre part, auront favorisé l'évolution à laquelle on assiste aujourd'hui.

La Commission des communautés européennes, dans le cadre du projet de l'Union européenne, au terme de la communication diffusée le 22 mai 2002, intègre la nécessité de construire un véritable espace judiciaire européen, fondé sur une coopération judiciaire civile et pénale qu'il faudrait à l'avenir soumettre à un même cadre institutionnel et juridique, et évoque la nécessité de compléter le Traité par l'institution du PE « et l'adoption de règles relatives aux poursuites judiciaires pénales des fraudes trans-frontalières ».

Les développements du terrorisme international³¹⁴ et la nécessité de lutter contre la criminalité organisée n'auront cependant pas permis en l'état de prévoir cet élargissement à d'autres aspects de la criminalité organisée.

Une telle évolution apparaît cependant en filigrane de la question du mandat d'arrêt européen, devenu priorité, le livre vert envisageant d'incorporer cette nouvelle donne (B), et dans l'idée d'institution d'un procureur européen (A).

A. Le procureur européen ou l'obtention difficile d'un consensus

Le débat sur le procureur européen fait un pas décisif avec la publication du livre vert. Le texte aborde à la fois la place de celui-ci au sein des institutions européennes, la question de son articulation avec le principe de subsidiarité, du contrôle de son action, et des incidences procédurales qui découlent de sa mise en place, qui tiennent compte de la protection des droits fondamentaux, et la Convention européenne des droits de l'homme.

Les Etats membres ont confirmé leur intérêt pour cette démarche, y compris, même si des réserves sont exprimées, ceux dans lesquels l'institution du ministère public ne correspond pas à leur culture judiciaire.

L'adoption définitive d'un procureur européen apparaît cependant encore délicate³¹⁵ même si le projet de Charte constitutionnelle européenne l'envisage. Ainsi, l'article III-170 du projet de Constitution européenne s'y réfère explicitement en ces termes : « 1) *Pour combattre la criminalité grave ayant une incidence transfrontalière, ainsi que les infractions portant atteinte aux intérêts de l'Union, une loi européenne du Conseil peut instituer un Parquet européen à partir d'Eurojust. Il statue à l'unanimité, après approbation du Parlement européen.*

2) Le Parquet européen est compétent pour rechercher, poursuivre et renvoyer en jugement, le cas échéant en liaison avec Europol, les auteurs et complices de crimes graves affectant

³¹⁴ Les attentats terroristes du 11 septembre 2001 perpétrés aux Etats-Unis ont eu pour conséquence une prise de conscience des Etats quant à la nécessité d'une lutte efficace commune.

³¹⁵ Certains pays s'opposent fermement au texte de la Constitution en projet relatif à la création et aux prérogatives du procureur européen. Cf. article du monde. La Constitution est donc loin d'être adoptée et les débats se poursuivront durant l'année 2004, la conseil de Bruxelles ayant échoué sur l'obtention d'un consensus.

plusieurs États membres, ainsi que des infractions portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union, tels que déterminés par la loi européenne prévue au paragraphe 1. Il exerce devant les juridictions compétentes des États membres l'action publique relative à ces infractions.

3) La loi européenne visée au paragraphe 1 fixe le statut du Parquet européen, les conditions d'exercice de ses fonctions, les règles de procédure applicables à ses activités ainsi que celles gouvernant l'admissibilité des preuves et les règles applicables au contrôle juridictionnel des actes de procédure qu'il arrête dans l'exercice de ses fonctions. »³¹⁶.

La décision finale sera prise en mai 2004, date à laquelle, il est prévu d'adopter le projet de Constitution de l'Union Européenne. Il sera, toutefois, malaisé de combiner les nombreuses dispositions et cellules déjà en place, telle Eurojust³¹⁷, avec l'institution d'un Parquet européen.

B. L'institution du mandat d'arrêt européen

La création d'un mandat d'arrêt européen a été progressive, témoignant de ce fait de la difficile coordination des politiques étatiques.

L'accord a pourtant été trouvé, à la suite de multiples réunions, séminaires et conseils.

L'idée avait été clairement et explicitement définie par les conclusions du Conseil européen de Tampere d'octobre 1999. Ce conseil avait pour objectif de s'inscrire dans une politique de construction « *d'un espace de liberté, de sécurité et de justice* »³¹⁸. En effet, il était prévu que « *la procédure formelle d'extradition devrait être supprimée entre États membres pour les personnes qui tentent d'échapper à la justice après avoir fait l'objet d'une condamnation définitive* ».

Elles ont été finalement concrétisées par un accord du 11 décembre 2001 et entérinées par le Conseil européen de Laeken en date du 14 et 15 décembre 2001.

³¹⁶ Considérant qu'il sera difficile d'obtenir l'unanimité pour créer un parquet européen dans une Union de vingt-cinq États membres, les représentants du Sénat à la Convention sur l'avenir de l'Europe, M. Hubert Haenel, membre titulaire, et M. Robert Badinter, membre suppléant, ont déposé un amendement conjoint visant à instituer un parquet européen sous la forme d'une « coopération renforcée », c'est-à-dire pour les seuls États qui accepteraient.

³¹⁷ Il a été proposé de transformer Eurojust en un parquet européen disposant de tous les outils nécessaires à l'exercice de ses compétences.

Le mandat européen a pour vocation de mettre un terme à l'extradition à l'échelon européen puisqu'il va constituer la nouvelle procédure s'y substituant.

Selon la définition communautaire, c'est une décision judiciaire émise par un Etat membre en vue de l'arrestation et de la remise par un autre Etat membre d'une personne recherchée pour l'exercice de poursuites pénales ou pour l'exécution d'une mesure de sûreté privative de liberté.

Grâce à ce nouveau système, il pourra être émis un mandat européen à l'encontre de toute personne qui encourt une peine supérieure à douze mois pour une infraction qui figure dans une liste limitative. La décision-cadre du 13 juin 2002 fixe les trente-deux incriminations parmi lesquelles figurent la participation à une organisation criminelle, le terrorisme, la traite des êtres humains, la corruption, la cybercriminalité, le viol, le racisme, le racket, l'incendie volontaire...

Le Sénat a validé le 22 janvier 2003 le projet de loi constitutionnelle relatif au mandat d'arrêt européen, adopté par les députés le 17 décembre dernier.

L'article unique du projet de loi constitutionnelle relatif au mandat d'arrêt européen a été adopté sans modification, par 296 contre voix.

La loi constitutionnelle a été finalement votée le 25 mars 2003³¹⁹.

L'article 88-2 de la Constitution est complété par un alinéa ainsi rédigé : « *La loi fixe les règles relatives au mandat d'arrêt européen en application des actes pris sur le fondement du Traité sur l'Union européenne* ».

Le mandat d'arrêt européen présente quatre caractéristiques majeures :

- il a vocation à se substituer à la procédure d'extradition entre les Etats membres
- il s'agit d'une procédure exclusivement judiciaire fondée sur le principe de reconnaissance mutuelle des décisions de justice (pas de détour par la voie diplomatique).
- Pour 32 catégories d'infractions graves, la remise a lieu sans contrôle de la double incrimination du fait reproché. L'autorité judiciaire d'exécution ne peut refuser de faire droit

³¹⁸ Une telle démarche répond par là-même à un des principes directeurs du Traité d'Amsterdam.

³¹⁹ Il s'agit de la loi constitutionnelle n° 2003-267 du 25 mars 2003 relative au mandat d'arrêt européen.

à la demande de remise au motif que les faits reprochés ne constitueraient pas une infraction au regard du droit pénal de son Etat d'appartenance.

- La décision cadre prévoit des motifs limitatifs de non exécution du mandat : amnistie, non bis in idem, minorité... C'est la fin du refus d'extrader ses nationaux³²⁰.

La profusion d'élaboration de documents et de règles procédurales communes relance la question d'une harmonisation de l'administration de la preuve à l'échelon européen.

L'harmonisation européenne actuelle s'avère ponctuelle et limitative. Elle ne concerne que la répression d'infractions particulières³²¹. Elle est de ce fait incomplète et inachevée dans la mesure où certaines réformes envisagées n'ont pas été entreprises ou n'ont pas été terminées. Telle est l'hypothèse du ministère public européen.

Son avenir demeure également incertain, les disparités existant en matière de preuves pénales étant fortes dans les divers pays de l'Union européenne. Cette difficulté est de surcroît accrue par l'extension de l'Union européenne. En effet, au 1^{er} mai 2004, l'Union européenne sera désormais composée de 25 pays en s'ouvrant vers l'est. Ce type de démarche révèle toute l'ambiguïté relative à l'idée d'harmonisation : elle complexifie le possible équilibre européen (le projet d'un fonds procédural européen commun) de la procédure pénale, et notamment de l'administration de la preuve, et paradoxalement elle manifeste la volonté d'une Union européenne forte et unifiée, dont la réalisation passe nécessairement par la mise en place d'une législation pénale partiellement commune.

Section 4^{ème} : Les propositions pour une harmonisation du système

Les problèmes rencontrés par notre système national se sont vus apporter diverses solutions. Toutefois certaines propositions sus-évoquées s'intègrent plus facilement dans le cadre d'une harmonisation européenne.

³²⁰ Peu d'Etats ont cependant intégré ces dispositions dans leur législation. La France y a consacré de nombreuses dispositions du projet de loi Perben II adopté le 11 février 2004 par l'Assemblée Nationale (chapitre IV).

³²¹ Il s'agit notamment des infractions de crimes organisé aux fins de protéger les intérêts financiers de la Communauté européenne.

Ainsi en est-il des points suivants :

- Instaurer une signature électronique validée à l'échelon européen.
- Développer un fichier similaire au FNAEG accessible aux différentes institutions des pays européens reposant sur des critères communs.
- Réduire les délais concernant les commissions rogatoires internationales
- Renforcer la mise en œuvre du mandat d'arrêt européen en incitant les états signataires à l'intégrer au mieux dans leur législation.
- Favoriser davantage la coopération policière et l'entraide judiciaire en faisant céder les derniers obstacles intellectuels tels que la souveraineté nationale. Ainsi élargir le domaine d'application des droits d'observation et de poursuite transfrontalière institués par les Accords Schengen. Limiter les hypothèses dans lesquelles les Etats signataires des Accords Schengen peuvent refuser l'exercice sur leur territoire du droit de poursuite.
- Institution définitive d'un Procureur européen disposant de compétences suffisantes pour poursuivre sur l'ensemble des pays de l'Union les crimes et délits graves portant atteinte aux intérêts de l'Union.
- Création à l'échelon européen d'un système comparable au SALVAC.

Bilan des propositions

A la suite de l'étude menée, plusieurs propositions ont été formulées. Elles seront regroupées en trois catégories : celles relatives aux principes devant commander à la procédure, celles principalement budgétaires et enfin les propositions pratiques.

Les principes

- **La coopération internationale**

- 1- Renforcement de l'échange des informations quant à l'évolution de la criminalité, facilitation des échanges entre magistrats instructeurs des différents pays et quant à l'exécution de commissions rogatoires internationales (notamment en diminuant les délais).

- **Principes généraux**

- 2- Concernant le principe de loyauté :

- a. Exclure toute idée de fraude dans la recherche de la vérité.
- b. Exclure l'usage de méthodes sous-tendues par une quelconque tromperie.
- c. Le rejet pur et simple de la preuve illégale.

- 3- Concernant le principe du contradictoire

- a. Le renforcer dans la phase policière.
- b. Le renforcer dans la phase d'instruction

4- Renforcement de l'équilibre des droits des parties durant l'instruction en exigeant que les juges d'instruction motivent en droit et en fait le rejet des demandes d'actes formulées par les avocats des parties.

5- Renforcement des droits de la défense dans l'enquête de police

Les propositions budgétaires

6- Accroître les personnels des laboratoires de la police nationale et de la gendarmerie chargés de l'analyse scientifique.

7- Limiter l'utilisation de la méthode génétique aux crimes et délits les plus graves afin de réduire les coûts, l'impact économique suscité par l'introduction de la génétique dans les pratiques judiciaires n'étant pas à négliger.

Les propositions pratiques

- **Concernant des infractions particulières**

8- Favoriser les techniques permettant de découvrir le blanchiment de capitaux si l'on veut lutter contre la délinquance financière qui produit les capitaux en question.

9- La répression du blanchiment de capitaux en tant que tel (et non plus pris comme talon d'Achille de l'activité criminelle) est essentielle car il s'agit d'une infraction qui viole directement l'intégrité du marché des services bancaires et financiers.

10- Etendre les règles particulières de procédure concernant la garde à vue, les perquisitions, la prescription ou le recours à des opérations d'infiltration prévues en cas de trafic de stupéfiants aux infractions financières graves pour favoriser la recherche et l'obtention des preuves.

11- Astreindre les professionnels (banquiers...) à poser des règles déontologiques claires et précises.

12- Intégration des propositions suivantes du GAFI :

- a. Instauration d'une présomption d'intention frauduleuse à l'égard des personnels des professions réglementées en cas de non respect des règles de la profession.
- b. Déduction de que l'élément intentionnel de l'infraction de blanchiment de circonstances factuelles objectives.
- c. Renforcement de la transparence des institutions financières : harmonisation européenne par la suppression des comptes anonymes et des comptes tenus sous des noms manifestement fictifs, conservation pendant au moins cinq ans de toutes les pièces nécessaires se rapportant aux transactions effectuées, nationales et internationales, afin de leur permettre de répondre rapidement aux demandes d'information des autorités compétentes. Ces pièces doivent permettre de reconstituer les transactions individuelles de façon à fournir des preuves en cas de poursuites.
- d. Renforcement de la vigilance des institutions financières vis-à-vis des opérations complexes, anormales, importantes, et à tous les types inhabituels de transactions, lorsqu'elles n'ont pas de cause économique ou licite apparente. Et lorsqu'elles suspectent que des fonds proviennent d'une activité criminelle, elles doivent être obligées à déclarer rapidement leurs soupçons aux autorités compétentes.
- e. Création d'une agence nationale chargée de recueillir les déclarations de toutes les transactions nationales et internationales au-dessus d'un certain montant par les institutions financières.

13- Pour la délinquance touchant au traitement de données à caractère personnel, la CNIL doit systématiquement s'astreindre à dénoncer au parquet les infractions dont elle a connaissance.

14- Etendre le système du FNAEG à d'autres infractions que celles sexuelles en limitant le récolement des empreintes aux infractions les plus graves, en particulier les infractions de

nature criminelle contre les personnes et celles portant atteinte à la sûreté de l'Etat (l'atteinte aux droits de la personne ne devant pas être disproportionnée).

- **Concernant toutes les infractions**

15- Renforcer l'utilisation d'une véritable signature électronique européenne.

16- Dans le cadre de procédures internationales : autoriser des recours avant le départ des pièces à conviction pour être assuré que l'on ne vienne pas ensuite en contester la valeur dans le pays qui les a demandées.

17- Dessiner les contours des prélèvements « sauvages » d'ADN afin de sauvegarder le principe de l'inviolabilité du corps humain et le respect de la loyauté dans la recherche des preuves. Encadrer strictement la possibilité de se soumettre à un prélèvement.

18- Renforcer la transparence en matière de récolement des empreintes génétiques.

19- Améliorer la formation des enquêteurs afin de limiter les risques de manipulations erronées pouvant engendrer une destruction des indices, voire de véritables erreurs judiciaires.

20- Encadrer strictement l'étendue de l'utilisation de la preuve génétique.

21- Contraindre les personnes habilitées à faire un prélèvement à dresser un procès-verbal mentionnant le refus express de la personne de se livrer à un test d'empreintes génétiques.

22- Encadrer strictement l'analyse comportementale.

23- Enregistrement audiovisuel des interrogatoires effectués durant la garde à vue sur demande de l'intéressé (il pourra être recouru à l'enregistrement sonore durant la période de transition nécessaire à l'équipement des services concernés).

- 24- Informer les personnes gardées à vue non seulement de la nature de l'infraction mais également des raisons de fait et de droit qui ont motivé la mesure.**
- 25- Rétablir l'information sur le droit au silence du gardé à vue.**
- 26- Instaurer une permanence d'avocats dans des locaux proches de ceux de la police.
- 27- Poser l'interdiction pour l'officier de police judiciaire de poursuivre l'audition d'une personne placée en garde à vue dès lors que pèsent sur elle des indices graves et concordants et l'obligation d'en aviser immédiatement le procureur de la République.**
- 28- Concernant le calcul de la durée de la garde à vue, interdire la pratique de la rétroactivité.
- 29- Clarifier définitivement le critère de placement en garde à vue, notamment par une définition de la notion de contrainte.**
- 30- Revoir la notation des officiers de police judiciaire afin qu'elle tienne compte de la qualité des procès-verbaux.**
- 31- Instituer un véritable responsable de la scène de crime.
- 32- Interdire le recours à la procédure de comparution immédiate pour des affaires ayant nécessité des écoutes pendant la phase d'enquête.
- 33- Prévoir l'obligation d'ouvrir une information en cas de découverte de supports susceptibles de contenir une preuve numérique, pour bénéficier du contrôle du juge.
- 34- En matière d'écoute téléphonique, étendre les garanties à toute personne écoutée.**

35- Poser le principe selon lequel, à peine d'irrecevabilité du témoignage, la défense doit être en mesure d'interroger ou de faire interroger tout témoin à charge. Lorsque les autorités compétentes ont fait preuve de diligence pour permettre la confrontation, le témoignage non contradictoire peut néanmoins être reçu, mais il ne saurait constituer le seul élément sur lequel repose la condamnation.

Propositions relatives à l'harmonisation européenne

L'harmonisation européenne repose principalement sur l'élaboration d'un consensus entre les pays membres. Aussi les idées présentées dans la section relative à l'harmonisation ne peuvent se voir mises en œuvre que par le biais de la « voie diplomatique » contrairement aux propositions sus-développées qui peuvent être votées rapidement par le Parlement français. Pour cette raison, les propositions rédigées sous forme d'articles ne sont applicables qu'au droit français.

Propositions sous forme d'articles

Insérer un nouveau titre dix-huitième dans le livre IV : De la poursuite de l'instruction et du jugement des infractions financières (ou provisoirement un titre vingt-cinquième).

- 1- L'article 706-73 est ainsi rédigé : « Les infractions prévues par les articles 324-1 à 324-6 du code pénal, ainsi que le délit de participation à une association de malfaiteurs prévue par l'article 450-1 du même code lorsqu'il a pour objet de préparer l'une de ces infractions, sont poursuivies, instruites et jugées selon les règles du présent code, sous réserve des dispositions du présent titre ».

Rajouter ensuite les mêmes règles que le trafic de stupéfiants concernant les perquisitions, la garde à vue...

- 2- Insérer dans l'article 324-1 du code pénal un alinéa 3 ainsi rédigé : « Les banquiers et intermédiaires financiers sont présumés avoir agi frauduleusement en cas de non-respect des règles de la profession ».
- 3- L'article 63-1 du code de procédure pénale est ainsi modifié : « 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, de la nature de l'infraction *et des raisons de fait et de droit qui ont motivé la mesure* ».
- 4- L'article 63 du code de procédure pénale voit un nouvel alinéa s'intercaler entre l'alinéa un et deux : « *L'interrogatoire des personnes à l'encontre desquelles il existe des indices graves et concordants d'avoir participé aux faits dont l'officier de police judiciaire est saisi, ne peut être poursuivi.*
L'officier de police judiciaire doit alors immédiatement en aviser le procureur de la République afin qu'il apprécie les suites à donner à la procédure.».

Bibliographie

I. OUVRAGES

ALLIX (D), *Les droits fondamentaux dans le procès pénal*, Paris, Montchrestien, Libertés et droits fondamentaux, 1997.

BERTHELET (P), *Le droit institutionnel de la coopération policière et judiciaire pénale*, Paris, Editions des Vignes, 2001.

BOUZAT(Pierre), PINATEL (J), *Traité de droit pénal et de criminologie*, Paris, Librairie Dalloz, 10^{ème} édition, 1970.

CLIQUENNOIS (M) sous la direction de, *La Convention Européenne des droits de l'homme et le juge français*, Paris, L'Harmattan, 1997.

CONTE (P), MAISTRE DE CHAMBON (P), *Procédure pénale*, Paris, Armand Colin, 3^{ème} édition, 2001.

DELMAS-MARTY (M), *Procès pénal et droits de l'homme. Vers une conscience européenne*, Paris, PUF, Collection "Les voies du droit », 1992.

DELMAS-MARTY (M), *Corpus Juris*, Paris, Economica, 1997.

DESPORTES (F), LE GUNEHEC (F), *Le nouveau droit pénal*, t.1, Droit pénal général, Paris, Economica, Collection droit pénal, 7^{ème} édition, 2000.

GAYRAUD (J-F), *La dénonciation*, Paris, PUF, 1995.

GUERRIER (C), *Les écoutes téléphoniques*, Paris, éditions C.N.R.S., 2000.

GUINCHARD (S), *Procédure pénale*, Paris, Litec, 1^{ère} édition, 2000.

GUINCHARD (S), BUISSON (J), *Procédure pénale*, Paris, Litec, 2^{ème} édition, 2002.

HUET (A), KOERING-JOULIN (R), *Droit pénal international*, Paris, PUF, Thémis Droit privé, 2001.

LAGARDE (X), *Réflexions critique sur le droit de la preuve*, Paris, L.G.D.J., 1994, n°136.

MATSOPOULOU (H), *Les enquêtes de police*, Paris, L.G.D.J., collection bibliothèque de sciences criminelles, 1996.

MERLE (R), VITU (A), *Traité de droit criminel, procédure pénale*, Paris, 7^{ème} édition, 1997

MONTERO AROCA (J), *Principios del proceso penal : una explicacion basada en la razon*, Valencia, Tirant lo blanch alternativa, 1997.

NOSSINTCHOUK (R), *Le crime transparent*, Paris, Olivier Orban, Histoire de la preuve judiciaire, 1989.

OLIVA SANTOS (A de la), ARAGONESES MARTINEZ (S), HINOJOSA SEGOVIA (R), MUERZA ESPARZA (J), TOME GARCIA (J A), *Derecho procesal penal*, Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramon Areces, S.A., 5a edicion, 2002.

PRADEL (J), *Procédure pénale*, Paris, Cujas, 2002, 11^{ème} éd., 888 p.

PRADEL (J), *Droit pénal comparé*, Paris, Dalloz, Précis, 2003.

PRADEL (J), CORSTENS (G), *Droit pénal européen*, Paris, Dalloz, Précis, 2002.

PRADEL (J) et VARINARD (A), *Les grands arrêts de la procédure pénale*, Paris, Dalloz, 2003.

RASSAT (M-L), *Traité de procédure pénale*, PUF, collect. Droit fondamental, 2001, p. 331.

RENUCCI (J-F), *Droit européen des droits de l'homme*, Paris, L.G.D.J., Manuel, 3^{ème} édition, 2002.

STEFANI (G), LEVASSEUR (G), BOULOC (B), *Procédure pénale*, Paris, Dalloz, Précis, droit privé, 18^{ème} édition, 2001.

SUAREZ-BARCENA (E de LL), *El modelo constitucional de investigacion penal*, Valencia, Tirant Monografías, 2001.

SUDRE (F), *Le droit français et la Convention Européenne des droits de l'homme 1974-1992*, RFA, NP Engel, 1994, 31.

SUDRE (F), *Droit international et européen des droits de l'homme*, Paris, P.U.F., 5^{ème} édition, 2001.

TULKENS (F), BOSLY (H.D) sous la direction de, *La justice pénale et l'Europe*, Travaux des XV èmes journées d'études juridiques Jean Dobin organisées par le département de criminologie et de droit pénal, Bruxelles, Bruylant, 1996.

VEGA RUIZ (J A de), *Proceso penal y derechos fundamentales desde la perspectiva jurisprudencial*, Madrid, Colex, Biblioteca juridica de Bolsillo, 1994.

II. ARTICLES

ACCOMANDO (G), GUÉRY (C), *La sonorisation : un mode légal de preuve ?*, D., 2002, chr., p 2001 et s.

ALBAREDE, *Le régime juridique des écoutes téléphoniques judiciaires*, Gaz. Pal., 1997, 1, doctr., p.1

ALLIX (D), *La preuve en matière pénale à l'épreuve du procès pénal équitable*, Justices, 1998, p 35 et s.

ALMAGRO NOSETE (J), *Teoria general de la prueba en el proceso penal*, in *La prueba en el proceso penal*, Consejo general del poder judicial.

ANDRES IBANEZ (P), *La funcion de las garantia en la actividad probatoria*, in *La restriccion de los derechos fundamentales de la persona en el proceso penal*, Consejo general del poder judicial.

ARNOLD (J), *La «grande agression des écoutes» en droit comparé*, RSC, 1999, p.259.

BARRANGER (D), *La preuve en droit constitutionnel anglais*, Droits, n°23, p 67 et s.

BATUT (A-M), *Le contrôle de la garde à vue par la chambre criminelle*, Rapp. C. cass, 1997, p.41.

BELTRAN NUNEZ (A), *La actividad probatoria de la defensa en el proceso penal (aspectos parciales)*, in *La prueba en el proceso penal*, Consejo general del poder judicial.

BONNIEU (M), *Le juge d'instruction et les empreintes génétiques à l'aube du 3^e millénaire*, RPDP juillet 2000, p. 202.

BORDESSOULE DE BELLEFEUILLE (P), *L'avocat de la première heure*, Revue

gendarmerie nationale, 1998, n°188.

BORDINAT (G), *Introduction à la notion de signature électronique*, première publication le 6 mars 2002 sur le site <http://www.u-paris2.fr/dess-dmi/>

BORNET (), *La provocation aux délits par des agents de l'autorité*, Rev. pénit., janv.-mars, 1948, p 27 et s.

BORRAJO INIESTA (I), *Presunción de inocencia. investigación y prueba*, in *la prueba en el proceso penal*, Consejo general del poder judicial.

BORRICAND (J), *La technique des empreintes génétiques*, R.I.C.P.T., 1989, p 68 et s.

BOSLY (H-D), *préface* in DE VALKENNER (C), *La tromperie dans l'administration de la preuve pénale. Analyse en droit belge et international complétée par des éléments de droit français et néerlandais*, 2000.

BOULOC (B), *Les délais de la garde à vue et de la détention provisoire au regard de la Conv.E.D.H.*, RSC, 1989, p.69.

BOURETZ (P), *La preuve, rationalisation et désenchantement : autour de Max Weber*, Droits, n°23, 1996, p 99 et s.

BOUZAT (P), *Les méthodes modernes d'investigation et la protection des droits de la défense*, R.S.C., 1958, suppl. n°2, p 3.

BOUZAT (P), *La loyauté dans la recherche des preuves*, in *Mélanges Legros*, Sirey, Paris, 1964, p 155 et s.

BREDIN (J-D), *Le doute et l'intime conviction*, Droits, n°23, 1996, p 21 et s.

BROUQUET-CANALE (M), DANET (J), MOLLA (A), *Débat : la défense pénale à l'épreuve des changements de la justice*, Justices 2000, p 33 et s.

BÜCK (V), *Vers un contrôle plus étendu de la garde à vue*, RSC, 2001, p.325.

BUISSON (J), *Les limites de l'intime conviction du juge répressif*, Procédures, 2000, n°6, p 3.

Capitaine CALDERARA, *L'utilité de la chimie*, Gend'info n°246, juin 2002, p 36 et s.

Capitaine COGNON, *Enquête technique et feux de forêts*, Gend'info n°246, juin 2002, p 33-34.

CHASSAING (J-F), *L'Internet et le droit pénal*, D.,1996, I, Chronique, p.329 à 334.

COHEN (C), *Actualité et pérennité du problème de l'administration de la preuve en droit pénal*, Gaz. Pal. 1999, p 610 et s.

COSSON (J), *Les industriels de la fraude fiscale* , Paris, Seuil, 1988.

CLÉMENT (G) et VICENTINI (J-P), *L'écoute incidente, la genèse d'une poursuite*, RSC, 1997, p.597.

DANJAUME (G), *Le principe de la liberté de la preuve en procédure pénale*, D., 1996, chr., p 153 et s.

DEFFERRARD (F), *Le crime et le soupçon. Réflexions sur la preuve dans la suspicion légitime d'infraction pénale*, D 2001, Chronique, p 2692 et s.

DE GOUTTES (R), *Vers un droit pénal européen*, R.S.C., 1993, p 643 et s.

DELMAS-MARTY (M), *La preuve pénale*, Droits, n°23, 1996, p 53 et s.

DELMAS-MARTY (M), *Pour un vrai Procureur Européen*, Libération, le 28 novembre 2000.

Capitaine DEPRIESTER, *Les liens entre véhicules et infractions*, Gend'info n°246, juin 2002, p 31 et s.

DESMONS (E), *La preuve des faits dans la philosophie moderne*, Droits, n°23, 1996, p 53 et s.

DIEGO DIEZ (L. A de), *La identificación del deliciente a traves de les huellas dactilares : la prueba datiloscopica*, in *La prueba en el proceso penal*, Consejo general del poder judicial,

DINTILHAC (J-P), *La Gendarmerie nationale*, Les Cahiers de la sécurité intérieure, n°11, 1993, p 85 et s.

DOBKINE (M), *La création d'une nouvelle force de police judiciaire : la douane judiciaire*, D 2001, Le point sur..., p 1475 et s.

DONNEDIEU DE VABRES (H), *La réforme de l'instruction préparatoire*, RSC, 1949, p.499.

DORWLING-CARTER (M), *Faut-il supprimer le juge d'instruction ?*, JCP, 1990, éd. G, I, 8458.

DOUTREMEPUICH (C), In *Les empreintes génétiques en matière judiciaire*, La documentation française, Paris, 1998, p. 11 et s.

FALK (R), *Vers une domination politique mondiale d'un nouveau type*, Le Monde Diplomatique, mai 1996.

F●SSAERT-SABATIER (A), *Le contrôle de la Cour de cassation en matière de garde à vue*, Dr. Pén., 1997, chron., n°10 et 13.

FRANCHIMONT (M), *Loyauté, proportionnalité et procès équitable*, in *Mélanges Lambert*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p 375 et s.

Capitaine FREYSSINET, *La preuve numérique*, Gend'info n°246, juin 2002, p 40 et s.

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*, Ouvrage collectif sous la direction de **FRISON-ROCHE (M-A)**, **MARIN (J-C)**, **NOCQUET (C)**, Paris, Dalloz, 1999.

FRISON-ROCHE (M-A) et GARE (T), *Les droits de la défense en matière pénale*, in *Droits et Libertés Fondamentaux*, Paris, Dalloz, 9^{ème} éd., 2003, p 469 et s.

GALLANIS (T.P.), *La preuve en common law : Wigmore aujourd'hui*, *droits*, n°23, 1996, p 79 et s.

GALLOUX (C), *L'empreinte génétique, la preuve parfaite*, JCP, 1991, éd. G, I, 3497.

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

GARE (T), *L'admission de la preuve illégale : la chambre criminelle persiste et signe*, *D.* 2000, comm. p. 394.

GARREC (M), *La juridiction d'instruction est-elle indispensable*, JCP, 1986, éd. G, I, 3266.

GENDREL (M), *Garde à vue et droits de l'individu, la défense doit-elle commencer dans les locaux de gendarmerie ou de police ?*, *Dr. pén.*, mars 1992.

GIMENEZ PERICAS (A), *Sobre la prueba ilicitamente obtenida*, in *La prueba en el proceso penal*, Consejo general del poder judicial.

GIMENO SENDRA, *La reforma del proceso penal en el actual sistema democratico espanol*,

GOLCUKLU (F), *Le procès équitable et l'administration des preuves dans la jurisprudence de la C.E.D.H.*, in *Mélanges Vehu*, tome III, 1992, p 1360 et s.

GRAVEN (V), *Le problème des nouvelles techniques d'investigation au procès pénal*, R.S.C., 1950, p 313.

GRAVEN (V), *Microphones et tables d'écoute comme instrument d'enquête pénale*, Rev. crim. et pol. techn., 1957, p 169 et s.

GRAVEN (V), *Les moyens admissibles d'investigation moderne dans l'enquête de police et l'instruction pénale*, Rev. crim. et pol. techn., 1959, p 258 et s.

GUERY (C), *Ecoutes téléphoniques et participation policière*, D., 1996, JP, p.346.

GUINCHARD (S), *Vers une démocratie procédurale*, ce qui a changé dans la justice depuis 20 ans, Justices, 2000.

GUINCHARD (A), *La qualité de partie à l'instruction en droits (fédéral) américain et français*, RSC 1997, p 611 et s.

HENNAU-HUBET (C), *Les tests d'identification génétique en matière pénale*, R.I.P.C., 1999, n°462-463.

HENNION-JACQUET (P), *Les nullités de l'enquête et de l'instruction, un exemple du déclin de la légalité procédurale*, RPDP mars 2003, p. 7.

KAYSER (P) et RENOUX (T), *La Cour de cassation et l'article 66 de la Constitution : à propos de l'arrêt de l'Assemblée plénière du 24 novembre 1989 sur les écoutes téléphoniques*,

RFD const., 1990, n° 1, p.139.

LAGARDE (X), *Vérité et légitimité dans le droit de la preuve*, Droits, n°23, 1996, p 31 et s.

LASCOUMES (P), *Les affaires ou l'art de l'ombre. Les délinquances économiques et financières et leur contrôle*, Paris, Le Centurion, 1986.

Le MDL-chef LAFFONT, *L'analyse criminelle*, GEND'info, n° 254, mars 2003, p 18-19.

LÉAUTÉ (J), *Les procédés nouveaux d'investigation et la protection des droits de la défense*, R.S.C., 1958, suppl. n°2, p 19 et s.

LECLERC (H), *Les limites de la liberté de la preuve, aspects actuels en France*, R.S.C., 1992, p 15 et s.

LE GUHENEZ (F), *Loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes, 2° partie : dispositions spécifiques à l'enquête ou à l'instruction*, JCP G, 2000, n° 27, Act., p.1299.

LEFORT (D), *Les droits de la défense*, Gaz. Pal. 1999, p 375 et s.

LEMAITRE (F), *Un employeur n'est pas autorisé à ouvrir les courriers d'un salarié*, Le Monde, 3 octobre 2001.

LESCLOUS, MARSAT, *La façon dont une partie recueille ses preuves est sans influence sur la validité de la procédure*, Dr. pén., 1993, chr. n°6.

LOPEZ ORTEGA (J.J), *La prueba de testigos en la jurisprudencia del tribunal europeo de derechos humanos. Problemas que se suscitan en relacion con el derecho a un proceso equitativo*, in *La prueba en el proceso penal*, Consejo general del poder judicial.

MAISTRE DU CHAMBON (P), *La régularité des provocations policières : l'évolution de la jurisprudence*, JCP, 1989, I, n°3422.

MARCUS, *La nuit du décret*, R.S.C., 1986, p 683 et s.

MARGUENAUD (J-P), *Le droit à l'expertise équitable*, D., 2000, chr., p 1115 et s.

MARON (A), *Rien n'est perdu fors l'honneur...*, Dr. pénal, 1990, chr. n° 6.

MARX (Y), *Observations sur le problème de l'expertise pénale*, in *Mélanges Legros*, Sirey, 1964, p 193 et s.

MERLE (R), *La défense pénale*, Justices, 1998-10, p 91 et s.

MOLINA (E), *Réflexion critique sur l'évolution paradoxale de la liberté de la preuve des infractions en droit français contemporain*, R.S.C., 2002, p 263 et s.

MONER MUNOZ (E), *Las intervenciones corporales*, in *La restricción de los derechos fundamentales de la persona en el proceso penal*, Consejo general del poder judicial.

MONTET (L), *Les tueurs en séries, Introduction au profilage*, PUF, 2000.

MONTREUIL (J), *La preuve judiciaire : réflexions d'un policier*, Revue de la Police Nationale, 1968, n° 74.

MORAL GARCIA (A del), *Tratamiento procesal de la prueba ilícita por vulneración de derechos fundamentales*,

PERIER-DAVILLE (D), *Plaidoyer pour le juge d'instruction*, Gaz. Pal., 1993, I, doct., p.160.

PERROCHEAU, *Les fluctuations du principe de loyauté dans la recherche des preuves*, Petites Affiches, 17 mai 2002, p6

PHILIBEAUX (A), *La procédure pénale et l'expert*, Experts, n°41, décembre 1998.

PICARD (E), *La police et le secret des données d'ordre personnel en droit français*, RSC, 1993, p.275.

POMPE (W.P.J.), *La preuve en procédure pénale*, R.S.C., 1961, p 269 et s.

PRADEL (J), *Ecoutes téléphoniques et Convention européenne des Droits de l'homme*, D., 1990, chron. n° 15.

PRADEL (J), *Trafic de drogue, provocation délictueuse des agents de l'autorité et permission de la loi*, D., 1992, chr., p 229 et s.

PRADEL (J), *Rapport général*, RIDP, 1992, p. 13.

PRADEL (J), *Vers des principes directeurs communs aux diverses procédures européennes*, in *Mélanges Levasseur*, Litec, 1992, p 459 et s.

PRADEL (J), *Les droits de la personne suspecte poursuivie*, D, 1993, chron., p.299.

PRADEL (J), *Le déroulement du procès pénal*, in **SUDRE (F)**, *Le droit français et la Convention Européenne des droits de l'homme 1974-1992*, RFA, NP Engel, 1994, 31,p 199 et s.

PRADEL (J), *De l'enquête pénale proactive, suggestions pour un statut légal*, D., 1998, 6^{ème} cahier, chr.

RENUCCI (J-F), *Audition des témoins et procès équitable*, D., 1997, jp, p 100 et s.

RENUCCI (J-F), *L'expertise pénale et la C.E.D.H.*, JCP, 2000, 1, p 227 et s.

RIVIERE (P), *Tentations policières dans le cyberspace. Tous les européens sur écoutes téléphoniques*, Le Monde diplomatique, mars 1999.

RODRIGUEZ RAMOS (L), *Intervenciones telefonicas*, in *La prueba en el proceso penal*, Consejo del poder judicial.

ROUSSELET (), *Les ruses et les artifices dans l'instruction criminelle*, R.S.C., 1946, p 50 et s.

RUIZ VADILLO (E), *La actividad probatoria en el proceso penal español*,

SERRATRICE-COUTTENIER (B), *Le temps dans la garde à vue*, RSC 1998, p.465.

Capitaine SERVETTAZ, *Comment faire « parler » une arme ?*, Gend'info n°246, juin 2002, p 26 et s.

SPENCER (J.R.), *Les limites en matière de preuve. Aspects actuels*, R.S.C., 1992, p 42 et s.

SPENCER (J), DELEUZE (B), VORMS (D), *La preuve : une question inclassable*, APC 1993, p 36 et s.

SCHREIBER (W), *La délinquance assistée par ordinateur*, R.I.P.C., 1997, n°464, p 9 et s.

THOMAS (D), *Le droit à la sûreté*, in *Libertés et droits fondamentaux*, 9 éd. Dalloz, 2003, p.297 s.

THOMAS (D), *Le suspect en quête d'un statut procédural*, in *Mélanges Cabrillac*, Paris, Litec, 1999, p 823 s.

THOREL (J), *L'Europe à nouveau tentée par les écoutes en tout genre*, ZDNet France, 19 mai 2001.

TORRES MORATO (M A), *Las intervenciones corporales en el proceso penal*,

VAN DE KERCHOVE (M), *La preuve en matière pénale dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, R.S.C., 1992, p 1 et s.

VERDIER (R), *Signes de vérité et d'innocence, gages de certitude et de conviction : les rituels probatoires dans les sociétés de tradition orale*, Droits, n°23, 1996, p 91 et s.

VERON (M), *L'abus de biens sociaux, évolution ou dérive ?*, Gaz. Pal., 1996, p. 623 et s.

VICENTINI (J-P), CLEMENT (G), DONNETTE (C), *En matière de garde à vue, à l'impossible chaque avocat risque d'être tenu*, Gaz. Pal. 1999, Doctrine, p 511 et s.

VICHNIEVSKY (L), *La recherche des preuves*, Gaz. Pal. 1999, p 372 et s.

VIRIOT-BARRIAL (D), *La preuve en droit douanier et la Convention européenne des droits de l'homme (A propos de trois arrêts du 25 février 1993 de la Cour européenne des droits de l'homme)*, RSC 1994, p 537 et s.

III. JURISPRUDENCE

III. I. JURISPRUDENCE FRANÇAISE

- CA Amiens 4 février 1942, J.C.P., 1942, II, n°1887.
- CA Aix 2 juin 1942, G.P., 29 septembre 1942, D.C., 1943, p 95, note Donnedieu de Vabres.
- Cass. crim. 12 juin 1952, JCP, II, n°7241, note Brouchet.
- Cass. crim. 18 mars 1955, JCP, 1955, II, n°8909, note Esmein.

- Cass. crim. 20 décembre 1966, Bull.crim., n°330.
- Cass. crim. 2 mars 1971, Bull. crim., n°71.
- Cass. crim. 16 mars 1972, Bull. crim., n°108.
- Cass. crim. 5 juin 1975, Bull. Crim., n° 146.
- Cass. Crim. 28 avril 1980, Bull. Crim., n°122.
- Cass. crim. 2 octobre 1981, Bull. crim., n°256.
- Cass. Com. 26 janvier 1982, Bull.crim., n°27.
- Cass. Crim., 23 juillet 1985, *Kruslin*, D., 1986, p.61, note Chambon (P.).
- Cass. crim. 12 mars 1992, Bull. Crim., n° 112.
- Cass. crim. 22 avril 1992, D., 1995, Jp, p 59 et s, note H. Matsopoulou.
- Cass. crim. 6 avril 1993, JCP, 1993, II, n°22144, note M-L Rassat.
- Cass. crim. 15 juin 1993, Bull. crim., n°181.
- Cass. crim. 5 janvier 1994, JCP, éd. E, 1994.I.359, obs. Vivant et Le Stanc.
- Cass. crim. 1er mars 1994, Bull. crim., n° 80.
- Cass. crim. 6 avril 1994, Bull. crim., n°136.

- Cass. crim. 25 mai 1994, Bull. Crim., n° 203.
- Cass. crim., 28 nov. 1994, D. 1995, 506, note J-F RENUCCI (J).
- CA Paris 15 mars 1995, JCP 1995, IV, n° 1425, p 182.
- Cass. Crim., 3 avril 1995, D. 1995, Somm., p.320, obs. Pradel .
- Cass. crim. 26 octobre 1995, Bull. Joly Bourse, 1996, p. 154, note N. RONTCHEVSKY.
- Cass. crim.13 février 1996, Bull. crim., n° 74.
- Cass. crim. 27 février 1996, *arrêt Schuller/Maréchal*, D., 1996, p 436 et s, note Guéry ; JCP, 1996, II, n°22629, note M-L Rassat.
- Cass. crim. 10 octobre 1996, Bull. Crim., n° 358.
- Cass. crim. 12 décembre 1996, Bull. Crim. n° 465.
- Cass. crim. 30 avril 1998, R.S.C., 2001, p 607.
- CA Paris, 13^{ème} ch. corr., 18 mai 1998, JCP éd. G, 1999, p.952, n°18, obs. Vivant et Le Stanc.
- Cass. crim. 30 mars 1999, D., 2000, Jp, p 391 et s, note Th. Gare.
- Cass. crim. 23 novembre 1999, Bull. Crim., n° 269.
- Cass. crim.15 décembre 1999,
- Cass. crim. 26 janvier 2000, Bull. crim., n° 46/

- Cass. crim. 15 février 2000, Bull. crim., n°68.
- CA Rennes 18 mai 2000.
- Cass. crim. 10 mai 2000, JCP 2000,IV, n° 2419.
- Cass. crim. 12 décembre 2000, JCP n°12, JP, II, 10495, p. 613, note Puigelier.
- Cass. crim. 25 avril 2001, Juris-Data, n° 009 716.
- Cass. crim. 20 juin 2001, Dr. pén., 2001, comm. n° 135.
- Cass. crim. 31 octobre 2001, Bull. crim., n° 226.
- Cass. crim 1^{er} octobre 2003, A J Pénal 2003, 107

III. II JURISPRUDENCE EUROPÉENNE.

- C.E.D.H., 17 janvier 1970, *Delcourt*, série A, n°11.
- C.E.D.H., 26 avril 1979, *Sunday Times*, série A, n°30.
- C.E.D.H., 2 août 1984, , *Malone c/ Royaume-Uni*, série A, n° 82.
- Comm.E.D.H. , 6 mars 1986, *Pierre Schenk c/ Suisse*, DR 46, p 138
- C.E.D.H., 12 juillet 1988, *Schenk c/ Suisse*, R.S.C., 1988, p 840, obs. Pettiti et Teitgen.
- C.E.D.H., 7 octobre 1988, *Salabiaku*, série A, n° 141, p 16.

- C.E.D.H., 29 novembre 1988, *Brogan et autres c/ Royaume-Uni*, série A no 145-B.
- C.E.D.H., 6 décembre 1988, *Barbara, Massegue et Jabordo c/ Espagne*, série A, n°146. 76-77.
- C.E.D.H., 20 novembre 1989, *Kostovski c/ Pays-Bas*, R.S.C., 1990, p. 388.
- C.E.D.H. , 24 avril 1990, *Kruslin c/ France et Huvig c/ France*, série A n° 176-A et 176-B.
- C.E.D.H. , 30 août 1990, *Fox, Campbel et Hartley c/ Royaume-Uni*, série A, n° 182.
- C.E.D.H., 27 sept. 1990, *Windish*, série A, n°186.
- C.E.D.H., 19 décembre 1990, *Delta*, série A, n°191, p 15.
- C.E.D.H., 17 décembre 1996, *Saunders c/ Royaume-Uni*, Rec., 1996-VI.
- C.E.D.H. , 9 juin 1998, *Texeiro de Castro c/ Portugal*, JCP, 1999, I, n°105, obs. F. Sudre.
- C.E.D.H., 27 août 1998, *Lambert c/ France*, Rec., 1998-V.
- C.E.D.H., 13 novembre 2003, *Rachdad c/ France*

IV. THÈSES, TRAVAUX, COLLOQUES

PRALUS-DUPUY (J), *La provocation en droit pénal*, Thèse Limoges, 1978.

Séminaire tenu à Syracuse en janvier 1992 sur « *La preuve en procédure pénale comparée* », R.I.D.P., 1992, n°1-2.

Colloque de l'Institut de formation du Barreau de Paris, juin 1996, *La vie judiciaire*, 23 juin 1996.

Colloque international décembre 1998 (textes réunis et présentés par Jean-Pierre Royer et Bernard Durand), *Secret et justice. Le secret entre éthique et technique*,

DISCOURS DE MADAME MARYLISE LEBRANCHU, Ministre de la Justice, lors du Séminaire européen, *Les aspects judiciaires de la lutte contre la criminalité économique et financière*, Villeneuve-lès-Avignon, 17 novembre 2000.

SESSION D'ETUDES DE L'INSTITUT DE FORMATION EN DROITS DE L'HOMME DU BARREAU DE PARIS, *Le régime des preuves au regard de la Convention Européenne des Droits de l'Homme* Paris, 4 mai 1988, RSC 1989, Informations, p 395 et s.

STATISTIQUES DU MINISTERE DE LA JUSTICE, *Annuaire statistique de la Justice*, Paris, La documentation française, éd. 2002.

V. TEXTES DE LOIS ET TRAVAUX LEGISLATIFS

Loi n° 75-701.

Loi n° 94-89.

Loi n° 96-392.

Loi n° 98-546.

Loi n° 2000-595.

Loi constitutionnelle n° 2003-267 du 25 mars 2003 relative au mandat d'arrêt européen.

Circulaire CRIM 00-8 F1 du 10 octobre 2000 *présentant les dispositions relatives au fichier national automatisé des empreintes génétiques et au service central de préservation des prélèvements biologiques.*

Directive 2001/97/CE.

Tableau des abréviations

A.P.C.	Archives de politique criminelle
APJ	Agent de police judiciaire
art.	Article (d'un texte)
Ass. Plén.	Assemblée plénière de la Cour de cassation
Bull.civ.	Bulletin civil
Bull.crim.	Bulletin criminel
CC	Conseil constitutionnel
C.civ.	Code civil
C.com.	Code de commerce
CE	Conseil d'Etat
C.E.D.H.	Cour européenne des droits de l'homme
C.E.S.D.H.	Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales
Ch.	Chambre
civ.	Chambre civile de la Cour de cassation (5 chambres civiles)
C.org.jud.	Code de l'organisation judiciaire
CP	Code pénal
CPP	Code de procédure pénale
crim.	Chambre criminelle de la Cour de cassation
D.	Dalloz
Dr .pén.	Droit pénal (revue)
Gaz. pal.	Gazette du palais
J.cl.	Jurisclasseur périodique

JCP	Semaine juridique
JO	Journal officiel
L.G.D.J.	Librairie générale de droit et de jurisprudence
LPA	Les petites affiches
N.C.P.C.	Nouveau code de procédure civile
OPJ	Officier de police judiciaire
P.U.F.	Presses universitaires de France
R.D.P.C.	Revue de droit pénal et de criminologie
Rec.	Recueil des décisions du Conseil d'Etat Recueil des arrêts de la Cour de justice des Communautés européennes Recueil des décisions du Conseil constitutionnel
Rép. Pén.	Répertoire pénal (Dalloz)
Rev. Pénit. et de dr. pén.	Revue pénitentiaire et de droit pénal
R.J.C.P.T.	Revue internationale de criminologie et de police technique
R.I.D.C.	Revue internationale et de droit comparé
R.I.D.P.	Revue internationale de droit pénal
R.S.C.	Revue de sciences criminelles et de droit pénal comparé
R.T.D.H.	Revue trimestrielle des droits de l'homme

Glossaire juridique

Anglais/ espagnol - Français

A

Actividad probatoria.....Activité probatoire

C

Charge (to).....Mise en accusation d'un individu suspect par la
Police

Common Law.....Ce terme vise les règles de droit établies par la
Jurisprudence et, de façon plus large, le système
De droit des pays anglophones découlant du
Droit anglais

Constitucion espanola.....Constitution espagnole

Cross examination.....Interrogatoire croisé

Crown prosecution service.....Equivalent du ministère public

D

Derechos fundamentales.....Droits fondamentaux

G

Garantias.....Garanties

H

Huellas dactilares.....Empreintes digitales

I

Intervenciones telefónicas.....Equivalent des écoutes téléphoniques

J

Juez de instrucción.....Juge d'instruction

Jurisprudencia.....Jurisprudence

L

Ley de Enjuiciamiento criminal.....Equivalent du code de procédure pénale français

M

Ministerio fiscal.....Equivalent du ministère public

P

Presunción de inocencia.....Présomption d'innocence

Proceso penal.....Procès pénal

Prueba.....Preuve

Table des matières

SOMMAIRE	3
INTRODUCTION.....	4
1 ^{ÈRE} PARTIE.....	10
L'INADEQUATION DU SYSTEME ACTUEL D'ADMINISTRATION DE LA PREUVE PENALE	10
CHAPITRE 1 ^{ER} : LA NECESSAIRE ADAPTATION DE L'ADMINISTRATION DE LA PREUVE PENALE	12
Section 1 ^{ère} : <i>La délicate maîtrise des nouvelles formes de délinquance</i>	12
Paragraphe 1 ^{er} : Une délinquance de type transnational.....	12
Paragraphe 2 ^{ème} : Une délinquance technique.....	14
A. Une délinquance économique et financière.....	14
1. La délinquance économique et financière : un triple défi pour le système probatoire	15
a. Le caractère complexe des infractions économiques et financières.....	16
b. Le caractère clandestin des infractions économiques et financières.....	16
c. Le caractère transfrontalier des infractions économiques et financières	17
2. L'exemple du blanchiment de capitaux	18
a. Les présomptions d'intention.....	21
b. Le devoir d'information et de vigilance des institutions financières	22
c. Le renforcement de la coopération internationale	24
B. Une délinquance informatique	27
1. Une adaptation du droit pénal.....	27
a. L'adaptabilité du droit pénal.....	28
b. Les incontournables adaptations du droit pénal.....	29
2. Une preuve difficilement rapportable	30
a. Des infractions difficilement décelables	30
b. Des activités dématérialisées circulantes	32
• Des activités dématérialisées	32
• La circulation de l'information.....	34
• Le temps et la preuve.....	34
3. La fiabilité de la preuve.....	35
a. La fiabilité intrinsèque de la preuve.....	35
b. La fiabilité de la preuve dans la détermination de l'auteur de l'infraction	37
Section 2 ^{ème} : La place de la science dans la recherche des preuves.....	38
Paragraphe 1 ^{er} : Des procédés douteux : la narcose, l'hypnose et le polygraphe.....	38
Paragraphe 2 ^{ème} : Des procédés répandus	39
Paragraphe 3 ^{ème} : Un procédé particulier : le profilage.....	43
CHAPITRE 2 ND : LES CARENCES DE L'ADMINISTRATION TRADITIONNELLE DE LA PREUVE PENALE	46
Section 1 ^{ère} : <i>Une remise en cause des grands principes gouvernant l'administration de la preuve pénale</i>	46
Paragraphe 1 ^{er} : Les relations entre les principes de légalité, liberté et loyauté.....	48
A. La légalité, contrepoids apparent de la liberté de la preuve	49
B. La loyauté et la légalité, deux valeurs intrinsèquement liées	49
Paragraphe 2 nd : Les atteintes au principe de loyauté	50
A. Des atteintes engendrées par l'utilisation de certains procédés probatoires	51
1. Des écoutes téléphoniques controversées.....	51
a. Les justifications des controverses	52
b. La moralisation du domaine des écoutes téléphoniques	54
c. Les carences du système	57
d. La loyauté confrontée aux nouvelles techniques d'investigation.....	58
2. Des provocations policières à encadrer	59
a. Les heurts entre les provocations policières et le principe de loyauté	60
b. La tolérance législative et jurisprudentielle des provocations policières.....	61
• Une tolérance souple des provocations par la jurisprudence	62
• Une tolérance législative encadrée	64
B. Des atteintes issues d'un système de protection de la loyauté imparfait	66
1. Des atteintes justifiées par l'attitude souple de la jurisprudence française et européenne	66

a.	Un impératif imprécis en droit interne	66
•	La confrontation du régime de preuve français et de la norme européenne	68
•	Une appréciation européenne souple de l'impératif de loyauté	69
2.	Des sanctions peu dissuasives	71
a.	L'insuffisante protection apportée par le débat contradictoire	71
b.	La mouvance jurisprudentielle actuelle	72
<i>Section 2nd</i>	<i>Les dysfonctionnements du système d'administration de la preuve pénale</i>	75
Paragraphe 1 ^{er}	Le non respect de certains principes directeurs de l'instance	76
A.	Un principe du contradictoire insuffisant au stade de l'enquête policière	76
B.	L'équilibre précaire des droits des parties durant l'instruction préparatoire	77
Paragraphe 2 nd	La difficile adaptation des acteurs du procès pénal aux évolutions de la criminalité	78
A.	Les prérogatives des acteurs du procès pénal en matière de preuve	78
1.	Le rôle des enquêteurs dans l'administration de la preuve	78
a.	Les organes de police judiciaire	79
b.	La composition de la police judiciaire	81
c.	Les pouvoirs de la police judiciaire en matière de preuve	81
•	Les dispositions générales	82
•	Les particularités des pouvoirs de police judiciaire en matière douanière	84
2.	L'intervention des magistrats dans l'administration de la preuve	86
a.	Les juges de jugement	87
•	Les interventions occasionnelles	87
•	Les interventions systématiques	87
b.	Le président de la Cour d'assises	88
•	Les pouvoirs généraux de direction de la procédure	89
•	Le pouvoir discrétionnaire du président de la cour d'assises	89
c.	Les magistrats du ministère public et le juge d'instruction	90
•	L'instruction préparatoire	91
•	L'instruction définitive	92
3.	Le rôle de l'expert dans l'administration de la preuve	93
4.	L'activité des avocats dans l'administration de la preuve	94
a.	La participation aux investigations du juge d'instruction	94
b.	Les limites du rôle de l'avocat	94
B.	L'adaptation aux nouvelles méthodes d'investigation	94
1.	Les enquêteurs confrontés aux nouvelles techniques d'investigation	95
2.	Les magistrats confrontés aux nouvelles techniques d'investigation	95
PARTIE 2^{NDE}	97
LA MISE EN CONFORMITE DE L'ADMINISTRATION DE LA PREUVE PENALE	97
CHAPITRE 1^{ER} : LES TRANSFORMATIONS DU SYSTEME INTERNE	99
Section 1 ^{ère}	L'encadrement de la preuve scientifique	99
Paragraphe 1 ^{er}	Les limites de la preuve scientifique	100
A.	Les empreintes génétiques	101
B.	L'amélioration des autres modes de preuves	102
1.	L'analyse comportementale	103
2.	La balistique	103
3.	La preuve numérique	104
Paragraphe 2 nd	Le perfectionnement du recours aux preuves techniques	106
Section 2 nd	<i>L'amélioration des modes de rassemblement des preuves</i>	109
Paragraphe 1 ^{er}	Le renforcement du contrôle judiciaire sur l'administration de la preuve pénale	110
A.	Le rejet de la preuve déloyale	110
B.	La nécessité d'un aval juridictionnel pour certaines mesures probatoires	114
C.	Vers un meilleur encadrement législatif des nullités	115
Paragraphe 2 ^{ème}	Le renforcement du respect des principes directeurs de l'instance	118
A.	Le renforcement du principe du contradictoire	118
1.	Une meilleure information du défenseur	118
2.	La reconnaissance d'un certain droit à l'initiative	119
B.	Le renforcement de l'équilibre des droits des parties	122
C.	Le renforcement des droits de la défense	123
Paragraphe 3 ^{ème}	La résolution des problèmes occasionnés par la garde à vue	124
A.	L'absence d'avocat	125

B. Les preuves de la nature de l'infraction.....	127
C. L'utilisation d'un soupçon comme preuve	128
1. Le début de la garde à vue.....	129
2. La pratique de la rétroactivité du délai de la garde à vue	130
D. Un procès-verbal aux preuves rapportées.....	132
E. L'exclusion des méthodes abusives de recueillement des preuves.....	134
Paragraphe 4 ^{ème} : La spécialisation des acteurs de l'administration de la preuve.....	137
A. Les spécialistes du recueillement des données criminelles	137
1. Le modèle anglais.....	137
2. L'évolution du système français.....	138
B. Les spécialistes de l'analyse des données criminelles	139
1. L'analyse scientifique.....	139
2. L'analyse criminelle.....	139
Paragraphe 5 ^{ème} : L'accroissement de la coopération entre les divers services enquêteurs	140
A. La mise en commun des données.....	140
1. Le Fichier des personnes recherchées (FPR).....	140
2. Le Fichier automatisé des empreintes digitales (Faed)	141
3. Le Fichier National Automatisé des Empreintes Génétiques	141
B. Les nouvelles modalités de la coopération entre les services enquêteurs	142
Paragraphe 6 ^{ème} : La problématique autour de la place de l'intime conviction	143
A. Une place limitée en apparence.....	143
B. Une place maintenue en pratique par le jeu du débat contradictoire	145
Paragraphe 7 ^{ème} : La redéfinition du rôle des écoutes téléphoniques	147
A. Le cadre de droit commun : les écoutes pendant l'instruction	147
B. La possibilité d'écoutes pendant l'enquête	149
CHAPITRE 2ND : L'HARMONISATION DE L'ADMINISTRATION DE LA PREUVE PENALE A L'ECHELON EUROPEEN.	
.....	153
Section 1 ^{ère} : Une harmonisation partiellement réalisée par le respect des préceptes européens	154
Section 2 ^{ème} : Une harmonisation réalisée par l'internationalisation de la procédure	157
Section 3 ^{ème} : Les perspectives européennes d'harmonisation.....	162
Paragraphe 1 ^{er} : Les accords de Schengen.....	163
Paragraphe 2 ^{ème} : Les règles du corpus juris	165
Paragraphe 3 ^{ème} : Eurojust.....	167
Paragraphe 4 ^{ème} : L'institution du mandat d'arrêt européen et l'idée d'un procureur européen.....	169
A. Le procureur européen ou l'obtention difficile d'un consensus.....	170
B. L'institution du mandat d'arrêt européen	171
Section 4 ^{ème} : Les propositions pour une harmonisation du système	173
BILAN DES PROPOSITIONS	175
LES PRINCIPES	175
LES PROPOSITIONS BUDGETAIRES	176
LES PROPOSITIONS PRATIQUES	176
PROPOSITIONS RELATIVES A L'HARMONISATION EUROPEENNE	180
PROPOSITIONS SOUS FORME D'ARTICLES	180
BIBLIOGRAPHIE.....	182
TABLEAU DES ABREVIATIONS.....	202
GLOSSAIRE JURIDIQUE	204
TABLE DES MATIERES	206

Le travail pénitentiaire.

Une étude de sociologie du travail.

Note de synthèse, février 2006.

Recherche financée par le GIP "Mission de Recherche Droit et Justice" (décision n°23.05.06.02)

Fabrice Guilbaud
sous la direction scientifique de Danièle Linhart.
- Laboratoire Genre, Travail et Mobilités. C.N.R.S/Université Paris 10 et Paris 8-

Ce rapport de recherche porte sur le travail pénitentiaire, et plus précisément sur les activités de travail productif exécutées par des détenus au sein d'ateliers pénitentiaires. Cette étude privilégie un angle d'approche, celui de la sociologie du travail. Elle s'inscrit en cela dans une tradition qui vise à analyser les sociétés à travers le travail. Afin de fournir un tableau aussi complet que possible du travail pénitentiaire tel qu'il s'organise en France, cinq prisons ont été étudiées, chacune faisant l'objet d'une monographie détaillée. Le choix des prisons a été fait à partir de deux critères : le mode gestion et l'orientation sécuritaire. Ainsi, les trois types de prison, pris sous l'angle du régime de détention appliqué, sont représentés : maison d'arrêt, centre de détention, maison centrale. Par ailleurs, depuis 1987, il existe en France des prisons qui ne sont pas totalement gérées par l'Etat. Ces prisons sont appelées prisons à gestion mixte ou encore semi-privées. Dans celles-ci, l'Administration Pénitentiaire (A.P) concède les fonctions qui relèvent du fonctionnement des prisons à des entreprises. Deux prisons à gestion mixte ont donc été étudiées (un centre de détention et une maison d'arrêt). L'enquête de terrain est constituée d'une analyse combinée de documents, d'observation *in situ* (sept à douze semaines par prison), et d'entretiens (138 dont 92 auprès de détenus). Deux grandes hypothèses ont guidé notre recherche. La première s'inscrit davantage dans une thématique plus vaste de la sociologie et souvent abordée en sociologie du travail, à savoir celle de la socialisation. Nous proposons d'analyser cette dernière question à travers l'étude du rapport au travail des détenus. Il s'agissait d'établir si le fait de travailler impliquait un rapport différent, à la prison, à la société, aux siens et à soi en le rapportant aux conditions particulières d'organisation du travail dans la prison (prise comme une instance de socialisation). La seconde hypothèse consistait à prendre en compte la centralité de la logique sécuritaire dans la prison et d'étudier les incidences qu'elle pouvait produire sur le travail (surtout pour ce qui concernait la sélection et la gestion de la main d'œuvre).

Arrière plan théorique et perspective historique.

Analyser le travail pénitentiaire en s'inscrivant dans la sociologie du travail n'implique pas pour autant de faire l'impasse sur les travaux sociologiques sur l'enfermement et la prison. Nous nous situons dans un cadre sociologique qui ne voit pas le délit et sa punition dans une unique armature juridique, ni l'emprisonnement comme l'envers de la criminalité. Rappelons l'observation de Durkheim¹ quand il considère que la peine: "*ne sert pas ou ne sert que très secondairement à corriger le coupable ou à intimider ses imitateurs possibles : à ce double point de vue, son efficacité est justement douteuse et, en tout cas médiocre. Sa vraie fonction est de maintenir intacte la cohésion sociale en maintenant toute sa vitalité à la conscience commune*". Il faut analyser l'enfermement comme un processus social sélectif. La prison reste avant tout un dispositif de sûreté et de maintien de l'ordre qui accueille majoritairement des populations flottantes et peu qualifiées issues des classes populaires. Elle a ensuite une fonction très investie d'un point de vue symbolique qui s'ordonne autour de l'idée de peine et du changement individuel du condamné. L'influence de l'économie sur le pénal s'opère par une médiation entre marché du travail et formes de répression pénale. Les populations incarcérées varient de façon significative selon l'évolution du chômage, ce

¹ Durkheim. E, "*La Division du travail social*" (1^{ère}éd.1893), Quadrige PUF, Paris, 1990.

indépendamment du niveau de la délinquance. Des analystes du fonctionnement de la justice² ont montré qu'une filière particulière du système pénal est réservée à la répression de la petite délinquance et de la criminalité traditionnelle et se distingue par les procédures suivies et les peines finalement prononcées. Les personnes poursuivies, les plus fragiles sur le marché du travail, offrant peu de garanties de représentations, font davantage l'objet d'emprisonnement.

Dans l'évolution du système des peines, le travail a eu des fonctions bien différentes. A l'époque mercantile, le travail forcé avait une fonction économique considérable, le pouvoir monarchique cherchait alors à mobiliser toute la main d'œuvre disponible. Les galères, puis les bagnes servaient alors essentiellement à fournir une main d'œuvre corvéable dans l'optique d'une accumulation des richesses. Le travail forcé était une nécessité économique, mais restait subordonné à une obligation morale. Il avait cours aux XVII^{ème} et XVIII^{ème} siècles dans les hôpitaux généraux puis dans les dépôts de mendicité. Avec le libéralisme, la valeur économique du travail est pleinement affirmée, la liberté du travail fait sauter les systèmes de contraintes de l'ancien régime. Dans ce contexte, le travail forcé est aboli, le travail des détenus reste obligatoire et devient un moyen de les faire participer à la réduction des coûts liés à leurs condamnations. Contesté par la révolution de 1848, le travail pénitentiaire sera supprimé, mais réintroduit aussitôt après l'échec des ateliers nationaux. Dès le milieu du XVIII^{ème} siècle, l'Etat éprouve beaucoup de difficultés à forcer les entrepreneurs généraux à fournir du travail aux détenus. Le système de l'entreprise générale³, vivement contesté, va disparaître progressivement au profit d'une reprise en main par l'Etat. Alors que, jusqu'aux années 1850-1900, les travaux des détenus n'étaient guère différents de ce qui pouvait se faire à l'extérieur, le début du XX^{ème} siècle va être marqué par une orientation vers des travaux caractérisés par un faible niveau d'équipement. Sont développés des travaux manuels qui demandent une main d'œuvre importante pouvant supporter un fort *turn-over* et occuper un maximum de détenus. En 1927, c'est la fin de l'entreprise générale, l'A.P développe alors des productions destinées aux administrations publiques et des travaux de sous-traitance. Les entreprises privées interviennent en prison à travers le système de la concession de main d'œuvre, mis en place en 1925. La grande réforme de 1945 va très clairement attribuer au travail des fonctions de resocialisation et de reclassement social préfigurant ainsi la loi de 1987, qui abolira l'obligation de travail pour les condamnés et insistera sur l'obligation de fournir du travail aux détenus qui le souhaitent. Tout au long du siècle, la part des revenus du travail destinée à réduire le coût de l'emprisonnement va s'amenuiser jusqu'à être abandonnée en 2002. Le travail pénitentiaire, après avoir perdu son rôle économique, a perdu sa fonction de réparation (économique tout au moins, sa fonction symbolique est même renforcée). L'exigence du travail pénitentiaire se décline aujourd'hui sous le discours de l'insertion : le travail est promu, comme dans la société, comme une norme d'imposition sociale, une valeur en soi, valeur à laquelle les détenus devraient se conformer dans la perspective humaniste de la "bonne peine".

Des travaux hors du droit du travail inscrits dans un marché segmenté.

Le travail pénitentiaire recouvre quatre régimes différents.

1- Le service général désigne l'ensemble des travaux d'entretien, de maintenance, de restauration, nécessaires au fonctionnement d'une prison. Les détenus employés au service général (dans le jargon de la prison, les "auxis") sont payés par l'A.P, sur la base d'un tarif défini par l'administration centrale (de 3,8€ à 9€/jour selon le poste occupé). 37% des détenus au travail sont employés au service général.

2- La régie industrielle des établissements pénitentiaires (RIEP) développe des productions pour son propre compte, et des travaux de sous-traitance. La régie est particulièrement implantée dans des prisons situées en milieu rural, éloignées des pôles économiques. Elle réalise 57% de son chiffre d'affaire en vendant des produits au secteur public (dont 40% à usage interne à l'A.P) et au

² Godefroy. T, Laffargue. B, "*Changements économiques et répression pénale*", Déviance et Contrôle social n°55, C.E.S.D.I.P, 1991.

³ A l'époque, la gestion des prisons était confiée à un entrepreneur général qui contre un prix de journée alloué par détenu assurait le couvert et l'organisation du travail productif, sur lequel il pouvait tirer un profit.

secteur privé (43%). 7% des détenus occupés au travail sont employés à des travaux de la RIEP. La majorité des travaux développés directement pour le compte de la RIEP est rémunérée au temps, les travaux exécutés en sous-traitance sont le plus souvent rémunérés à la pièce.

3- Le système de la concession de main d'œuvre permet à l'A.P de mettre, à la disposition d'entreprises privées, de la main d'œuvre. L'entreprise est chargée d'organiser la production, l'A.P fournit les locaux et l'effectif des détenus nécessaire à la production. La concession est la forme dominante de mise au travail des détenus avec 56% des effectifs employés. En théorie, l'A.P ne fait que mettre à disposition la main d'œuvre détenue à un employeur. En réalité, très souvent les employeurs se déchargent sur l'A.P de l'organisation. C'est l'A.P qui assume le rôle d'employeur, elle se charge de l'établissement des rémunérations des détenus.

4- La gestion déléguée désigne la gestion, confiée à des groupes privés, de missions qui ne relèvent pas du rôle régalien de l'Etat (direction, surveillance, greffe). L'organisation du travail est à la charge d'une entreprise qui organise le service général. Elle peut développer des productions pour son propre compte (comme la régie), et également faire appel à des entreprises privées via le contrat de concession. La plupart des prisons construites depuis 1987 sont (gérées) en gestion mixte, la présence du secteur privé est donc de plus en plus importante au sein des prisons françaises.

Le droit du travail ne s'applique pas au travail pénitentiaire, celui-ci est entièrement régi par le droit pénal. Le code de procédure pénale exclut toute possibilité de contractualisation entre un détenu et un employeur. Il exclut également toute forme de représentation et d'expression collective auprès des employeurs. Le travail est pris en compte dans les "gages de réinsertion" des détenus et ouvre droit à des remises de peine. En cela, le lien entre travail et peine n'est pas rompu depuis 1987, il est modifié. Le fait de déduire de la peine un certain nombre de jours d'incarcération prouve que travail et peine sont encore largement liés, cela inscrit le travail dans un registre symbolique positif alors qu'il s'inscrivait dans le passé dans un registre afflictif. Les règles de droit, qui régissent le travail pénitentiaire, se caractérisent par leur faiblesse dans les sources de droit et leur caractère légaliste, en prenant notamment appui sur des règles juridiques extérieures⁴. Par ailleurs, elles répondent au désir de flexibilité des employeurs, mais le cadre carcéral produit également des contraintes importantes. Malgré les dispositions légales avantageuses comparées au droit commun, les contraintes sécuritaires ainsi que les spécificités de la population carcérale (fort *turn-over*, faible niveau de qualification) font que la situation du travail pénitentiaire est critique. La majorité des travaux existants en prison font face à la concurrence des ateliers protégés au niveau national et aux industries de main d'œuvre à "bas coût" au niveau international.

L'organisation du travail en concession tout comme les travaux de sous-traitance de la RIEP sont des formes triangulaires de travail. Le statut du détenu au travail, le type de production développée (faible investissement matériel, main d'œuvre importante) ainsi que le mode de rémunération à la tâche nous renvoient à des éléments caractéristiques de formes anciennes de sous-traitance (du XIX^{ème}). Pour ces raisons, il nous semble pertinent d'effectuer des rapprochements entre travail pénitentiaire et marchandage de main d'œuvre, et tout particulièrement avec le tâcheronnat. Le tâcheronnat était une forme de marchandage qui consistait pour un patron (souvent un grand marchand) à confier à un ouvrier tâcheron la production de marchandises à un prix fixé entre eux⁵. Ce faisant, le marchand se déchargeait de l'ensemble des contraintes organisationnelles et productives auprès de ce sous-entrepreneur, à qui revenait les tâches d'acheter les matières premières et de recruter les ouvriers qui réalisaient la production. Le mode de rémunération associé était le paiement à la pièce. Le tâcheron était à la fois organisateur et entrepreneur de main d'œuvre, il était "*l'intermédiaire entre le capital et le travail*". Il jouait un rôle fonctionnel dans un marché du travail désorganisé qui permettait l'existence de sous-traitance en chaîne avec des marchandages successifs (pour ce type de travaux, les équipements en machine étaient faibles voire inexistant).

⁴ Herzog-Evans, M, "Le droit pénitentiaire : un droit faible au service du contrôle des détenus ?" in Faugeron, Chauvenet, Combessie (eds), "*Approches de la prison*", PUM, De Boek, Montréal, 1996.

⁵ Mottez, B, "*Systèmes de salaire et politiques patronales*", éditions du CNRS, Paris, 1966.

Les principales conclusions de l'approche comparative.

Les cinq monographies visaient à décrire aussi précisément et exhaustivement que possible le travail pénitentiaire. La double comparaison permet d'établir des différences significatives entre les prisons que nous synthétisons en quatre points.

1. Le mode de gestion des prisons.

A la suite de nos cinq monographies, il est clair que le mode de gestion, semi-privé ou public, n'est pas un facteur décisif lorsqu'on s'intéresse à l'organisation et à la vie de travail en général dans une prison (on ne peut pas affirmer qu'un des deux modes de gestion est plus efficient que l'autre tant en terme d'effectifs employés que des niveaux de salaire). Bien sûr, le travail ne s'organise pas de la même manière : l'encadrement dans les prisons à gestion mixte est issu du monde industriel, les surveillants occupent des tâches qui ne relèvent que de la sécurité tandis qu'en gestion publique la partition n'est pas aussi stricte. L'offre de travail proposée dans les prisons à gestion mixte, du fait de la politique économique suivie par les grands groupes titulaires des marchés, s'oriente davantage vers des activités de sous-traitance auprès de grosses entreprises (en centre de détention). Pour les maisons d'arrêt, l'offre se constitue à la fois de petites et moyennes entreprises du secteur des arts graphiques et de grandes entreprises clientes. L'emploi de personnels "commerciaux" permet de capter des commandes auprès de donneurs d'ordre plus importants. L'offre de travail des prisons à gestion publique est, pour les prisons pour longues peines étudiées (centre de détention et maison centrale), largement le fait de la RIEP qui parvient à maintenir son niveau d'activité en bénéficiant de son client privilégié, l'A.P d'une part et de son positionnement sur les marchés publics (sauvegarde du patrimoine audiovisuel, mobilier de bureau) d'autre part. Ces marchés procurent des activités plus pérennes, propices à une gestion plus planifiante, moins sujette aux aléas économiques et organisationnels. Dans une organisation aussi bureaucratique qu'une prison, les changements de dernière minute sont toujours malvenus. Dans le cadre des marchés publics, et des gros contrats de sous-traitance, l'activité productive est planifiable, plus routinière, moins soumise aux à-coups de production qu'en maison d'arrêt. Ce type de production s'adapte bien aux rythmes temporels institutionnels des prisons. Une des différences entre les deux modes de gestion concerne l'organisation même des ateliers. Dans les ateliers à gestion mixte, les espaces productifs sont moins investis par les détenus (peu d'aménagements de petits coins dédiés aux pauses, peu de décoration) que dans les ateliers de la RIEP ou des concessionnaires des prisons publiques. D'autres détails, comme le droit d'écouter la radio, le droit de fumer sur le lieu de travail, montrent que la discipline d'atelier est plus forte dans les ateliers des prisons en gestion mixte.

2. Le niveau de sécurité.

Le "régime de détention" appliqué en maison d'arrêt, en centre de détention ou en maison centrale a bien plus de conséquences sur l'offre de travail et son organisation. Ce n'est pas par hasard si on trouve des ateliers mécanisés dans les prisons où sont enfermés des détenus à de longues peines et des ateliers sans machines dans les maisons d'arrêt. La rotation de la population pénale en maison d'arrêt s'accommode mal de l'introduction d'ateliers mécanisés. Pour une entreprise, une des conditions pour atteindre l'objectif premier (le profit) est de bénéficier d'une main d'œuvre "fixée", apte à acquérir les rythmes, les gestes productifs conformes aux cadences établies. Un membre de l'A.P, chargé du travail au niveau régional, résume à propos des maisons d'arrêt : *"On trouve difficilement des concessionnaires qui installent des machines, c'est pas rentable. Tout ce qui est industrie de main d'œuvre oui on trouve un peu."* Dans les maisons d'arrêt, force est de constater que la surpopulation massive des dernières années n'est pas sans conséquences sur l'organisation du travail pénitentiaire. Les observations faites concernant la sélection de la main d'œuvre et la gestion de celle-ci prouvent que le travail sert avant toute chose l'objectif du maintien de l'ordre dans les maisons d'arrêt, où le régime de détention appliqué (cloisonnement spatial et temporel extrême, 22 ou 23 heures par jour en cellule) implique davantage d'incidents disciplinaires. Dans les centres de détention, les conditions de travail se rapprochent du milieu libre. Tout se passe comme si plus le niveau de sécurité était bas et plus les logiques

inhérentes aux ateliers de production se déployaient avec plus d'aisance, c'est souligner ici que logique sécuritaire et logique économique sont bien en conflit. Pour autant les deux logiques ne sont pas totalement incompatibles puisque, bon an mal an, la production "sort". Mais pour combien de temps encore ? L'offre globale de travail semble stagner voire régresser dans bon nombre de prisons alors que la population incarcérée augmente. Or sur la période 1982-1996, l'offre d'emplois rémunérés augmentait presque à mesure de l'inflation de la population incarcérée. Il faut préciser que l'inflation carcérale a été plus brutale ces dernières années, ce dans un contexte de ralentissement économique et de concurrence plus forte encore des économies des pays dits "à bas-coûts" de main d'œuvre.

3. L'importance de l'architecture des prisons.

S'il est un domaine où les prisons à gestion mixte se distinguent nettement des prisons publiques, c'est bien leur architecture. Les cahiers des charges des plans 13000 et ceux qui ont suivi prévoient tous des zones aménagées dédiées au travail. Comme nous disait un responsable régional : *"Moi je peux pas faire grand chose dans les petites taules... Quand j'ai des contacts avec des entreprises, c'est le système de l'entonnoir il y a beaucoup de déchets entre la proposition de départ et le potentiel d'accueil alors que dans le privé, ils peuvent tout faire."* Les deux établissements pour peine (en gestion publique) étudiés ont été construits à la fin du XVIII^{ème}, mais pour l'un, de vastes surfaces dédiées à la production existent alors que pour l'autre, les surfaces sont réduites et éclatées (la maison centrale). La RIEP a implanté dans la maison centrale des activités qui s'adaptent bien à la population incarcérée (longues peines) et à l'aménagement des locaux (activités qui demandent peu de volumes tant en termes de stockage que d'outil de production). L'architecture du centre de détention en gestion mixte s'adapte bien à des activités de sous-traitance nécessitant un outil de production dense ainsi que des volumes importants.

4. La prise en compte de la logique sécuritaire.

Le travail pénitentiaire met en jeu la sécurité périmétrique d'une part et la sécurité interne d'autre part, les ateliers ayant parfois été le lieu d'amorce d'émeutes. C'est dire si ceux-ci sont aussi l'objet de mesures de sécurisation. Nous pouvons évoquer ici des directives plus strictes sur le contrôle des outils dans les ateliers, le passage de commissions de sécurité, la clôture des bureaux des personnels ayant accès à l'Internet (instituant ainsi une barrière entre détenus et personnels d'encadrement). Le refus répété de l'A.P à la demande des groupes privés d'installer en prison des activités de service⁶ (type centre d'appel) est à ce titre assez significatif. Un directeur d'unité privé nous disait à propos de la sécurité que les refus sont toujours formulés de la même manière, il s'agit d'une formule lapidaire *"pour cause évidente de sécurité"*. Pour revenir à notre comparaison, nous constatons que globalement la sécurité reste une pomme de discorde entre public et privé. Les concessionnaires sont souvent de petits entrepreneurs qui se plient aux consignes même s'ils s'en plaignent parfois. Mais en gestion mixte, le rapport de force est différent, il est bien plus équilibré, même si le directeur de la prison reste "maître" de son établissement. Si la sécurité reste un sujet de conflit entre les personnels privés et publics, cela est dû à un ensemble de facteurs qui sont difficilement isolables les uns des autres. Les uns paraissent plus liés au travail pénitentiaire en lui-même : effets induits par l'offre de travail (activité fluctuante, multiplication des entrées et sorties de véhicule) ; par le chômage et ses conséquences sociales (perte de revenu, oisiveté, etc.). Les autres à des facteurs indirects : statuts d'emploi différents (salariés et fonctionnaires) qui servent des organisations qui n'ont pas les mêmes objectifs premiers (sécurité pour les uns, profit et prestation de services pour les autres) et peut-être surtout des rationalités qui ne sont pas partagées. Loin de nous l'idée que les salariés des entreprises privées gestionnaires des prisons sont habités tout entier par la rationalité économique, mais la plupart des contremaîtres sont issus du monde industriel, ils ont été socialisés dans des milieux de travail où l'idée d'organisation est très présente. A leurs côtés on trouve essentiellement des agents d'un service public qui partagent une rationalité commune. Les

⁶ Il convient de préciser que nous ne nous prononçons en rien sur les bienfaits éventuels de l'introduction d'activités du secteur tertiaire dans les prisons, ce refus indique seulement une orientation de la politique actuelle.

plus nombreux (les surveillants) ont une culture professionnelle forte et homogène. Ils sont formés avant tout pour répondre à l'objectif premier de leur administration, celui d'exécuter les décisions de justice. Les surveillants, comme les directeurs, ont tout à fait conscience qu'il y a des enjeux économiques, des logiques d'organisation propres à toute activité productive mais ils agissent avant toute chose au nom de la sécurité. Ils partagent une rationalité sécuritaire que les acteurs privés ne partagent pas en premier lieu, ce qui n'exclut pas que la sécurité soit pour ceux-ci quelque chose d'incompréhensible. Il nous semble que si dans les prisons à gestion publique la sécurité fait moins l'objet de tensions, de conflits, c'est parce qu'il existe une rationalité partagée entre les acteurs.

Les fonctions du travail.

Il faut rappeler que la logique sécuritaire oriente toute l'organisation d'une prison. Un directeur adjoint résume : "*Le point de vue de l'institution, c'est la gestion de la détention, ramener le calme dans la détention, ça c'est clair, éviter que les gens restent enfermés en permanence*". Ce qui signifie que la fonction première du travail est de participer à l'objectif du maintien de l'ordre⁷. Nous avons identifié trois fonctions, la fonction occupationnelle, la fonction sociale et psychologique et la fonction économique. Celles-ci n'entrent pas en contradiction avec l'objectif du maintien de l'ordre. Bien au contraire, ces fonctions servent la logique sécuritaire, celle-ci est centrale et les fonctions du travail lui sont subordonnées. Tant que les logiques que le travail peut induire gravitent, autour du noyau sécuritaire, l'organisation de la prison n'est pas mise en danger. Le travail pénitentiaire est intégré au "*dispositif guerrier limité et défensif*"⁸ de la prison et participe à la neutralisation des détenus. Dans les monographies, nous avons montré que le "classement" (recrutement) des détenus, en particulier en maison d'arrêt, était crucial dans la gestion de la détention des prisons.

La fonction occupationnelle reste la plus perceptible et la plus formulée par les personnels pénitentiaires. Elle l'est encore davantage en maison d'arrêt. Dans ces prisons, les "climats" de détention sont loin d'être tempérés. Tout ce qui peut permettre de maintenir l'ordre ou tout au moins de limiter le désordre est bon à prendre. Le temps du travail, les détenus sont occupés, et les bâtiments de détention le sont moins, ce qui permet aux surveillants d'être plus disponibles auprès de ceux qui n'ont pas d'occupation.

Pour les surveillants et l'encadrement des cinq prisons étudiées, il est clair que le travail est également perçu comme un moyen de prévenir et de limiter les troubles psychologiques des détenus. En maison d'arrêt, durant le temps du travail, les détenus prévenus peuvent se concentrer sur autre chose que l'attente du jugement. Surtout face aux détenus instables, le travail est utilisé comme moyen de prévention des incidents. Les déséquilibres sociaux créés par le chômage sont très bien perçus par le personnel surveillant. Parce que certains détenus sont "*malades du chômage*" dira une gradée. Faire travailler c'est aussi fatiguer les détenus, le travail est aussi perçu comme une décharge physique et mentale.

La prison a aussi ses pauvres : les "indigents". En prison comme ailleurs, c'est le travail qui apporte une source de revenu aux détenus. Faire travailler le plus de détenus, permettre au maximum d'entre eux d'obtenir un salaire, permet aussi la prévention des conséquences néfastes de la pauvreté sur le maintien de l'ordre. Les trois fonctions identifiées sont toutes liées, elles se combinent. Entre la réalité du travail pénitentiaire et celle du monde du travail salarié à l'extérieur, les membres de l'encadrement pénitentiaire ont bien conscience qu'il existe un décalage, ils mesurent très bien le rôle sécuritaire du travail dans l'organisation de la prison. En revanche, ils sont souvent sceptiques voire très critiques quant aux vertus prêtées au travail dans les discours de politique générale (réinsertion par le travail).

La prison est une organisation au sein de laquelle deux groupes antagoniques (les surveillants et les détenus) s'épient, se surveillent. Tout cela a été montré à travers divers travaux sur le métier de surveillant de prison et sur la prison analysée comme un dispositif guerrier. Une

⁷ Chauvenet. A, Benguigui. G, Orlic. F, *Le Monde des surveillants de prison*, PUF, Paris, 1994.

⁸ Chauvenet. A, "Les surveillants entre droit et sécurité : une contradiction de plus en plus aiguë" (pp.127-158), in Lhuillier et Veil (coord.) *La Prison en changement*, Eres, Ramonville Saint-Agne, 2000.

hiérarchie sociale existe dans les prisons pour longue peine⁹, les détenus pouvant se distribuer sur une échelle allant du "politique" au "pointeur". En haut de l'échelle, les détenus politiques, les "braqueurs", les voleurs et les escrocs, en bas dans l'ordre, les "stups", les "proxénètes" et les "pointeurs" (détenus incarcérés pour crimes et délits sexuels). Dans cette organisation sociale, le travail a une dimension pacificatrice au sens large. Il a un rôle de pacification sociale entre détenus et surveillants d'une part et entre détenus d'autre part, c'est-à-dire que l'antagonisme entre détenus et surveillants comme la hiérarchie entre détenus paraissent moins forts dans l'espace de l'atelier. L'atelier apparaît comme un lieu de neutralisation partielle des identités délinquantes et de coexistence pacifique entre détenus et surveillants. Dans le cadre de l'atelier, les détenus occupent un autre rôle que celui de délinquants. Ils endossent, le temps du travail, le rôle de travailleur.

Le rapport au travail des détenus et la norme du travail face à l'institution totale.

Toute forme d'existence s'établit dans le temps et dans l'espace. Les détenus employés dans les ateliers s'inscrivent dans la division du travail et dans l'espace symbolique de la société marchande. La prison a ceci d'unique qu'elle condamne les individus à vivre pendant un temps donné dans un espace donné. Elle prive donc les individus de leurs facultés de jouir de leur liberté de mouvement et de jouir de leur temps. Pour ce qui est du travail, les détenus sont privés de leur capacité d'agir, individuellement et collectivement, sur les conditions de production et d'échange de leur force de travail. E. Goffman¹⁰ disait que : "*Les institutions totalitaires sont donc incompatibles avec cette structure de base de notre société qu'est le rapport travail-salaire*" signifiant que les institutions totales fonctionnent dans un cadre spatial et temporel unique. Il s'agit de l'univers du reclus, au sein duquel le reclus peut trouver des marges de manœuvre qui ne prennent cependant sens qu'à partir de celui-ci : la temporalité de l'institution totale est monolithique, c'est le temps institutionnel qui gouverne la vie des reclus. Nous pensons que, si cela a pu être vrai, il en est tout autrement aujourd'hui au moins pour ce qui concerne les détenus qui travaillent. Partons de là où l'analyse goffmanienne nous semble valable aujourd'hui notamment le point de vue des reclus sur leur "univers", toujours pris au singulier. Goffman signale qu'ils ont "*le sentiment très vif que le temps passé dans l'institution est perdu, détruit, arraché à leur vie ; c'est du temps à porter au compte des pertes, c'est un temps que l'on doit 'faire', 'tirer', ou 'tuer'*". Appliqué au travail, on retrouve aujourd'hui en particulier en maison d'arrêt cette conscience forte du temps mort. Les premières expressions que les détenus formulent sont : "*Il faut faire son temps*" ou encore "*il faut faire sa peine*", "*ici (dans l'atelier) on tue le temps*". Travailler permet deux choses qui reviennent comme des leitmotiv, "*le temps passe plus vite*", expression qui s'accompagne presque toujours de son corollaire spatial "*on sort de la cellule*".

Le travail "presté" par les détenus donne lieu à rémunération, et en ce sens il y a rapport salarial. Le contrat de travail dans le rapport salarial classique peut-être défini comme l'achat d'une force de travail par un employeur, c'est à dire que l'employeur paye au travailleur le temps passé à mettre en valeur son capital. C'est ce temps "volé à l'existence". En cela le travail salarié, que D. Linhart¹¹ évoque comme source d'un "*quiproquo fondamental*" ; contient, intrinsèquement, un enjeu fondamental : "*celui de l'objectivation du temps et des capacités du salarié pour l'employeur, et pour le salarié, il est celui de leur réappropriation subjective alors même qu'elles font l'objet de l'échange marchand*". Le temps pénitentiaire est un temps particulièrement aliénant. En effet, la perte de la jouissance de son temps personnel est patente en prison, l'existence du détenu est administrée par la prison, le temps institutionnel de la prison ne laisse pas de hasard, il est excessivement routinier. Mais il y a aussi le temps du détenu, puisque chaque détenu s'est vu condamné à une peine à temps et du fait de l'individualisation des peines chaque détenu a un compteur unique. Il est évident que voir son horizon borné à une hypothétique sortie dans 20 ans suite à un crime n'implique pas le même rapport au temps et à l'institution qu'une courte condamnation suite à un petit délit. La logique occupationnelle est plus marquée en MA, là où le

⁹ Le Caisne. L, *Prison*, Odile Jacob, Paris, 2000.

¹⁰ Goffman. E, "*Asiles*", les Editions de Minuit, Paris, 1968.

¹¹ Introduction (p.7-20), dans Linhart. D, Moutet. A (coord.), *Le travail nous est compté*, La découverte, Paris, 2005.

régime disciplinaire est fort et offre peu de possibilités de sortir du carcan carcéral. En établissement pour peine, les détenus ont déjà vécu plusieurs années de détention, en général ils pourront avoir accès plus facilement au travail dans ce type de prison. Ce qui émerge des entretiens, c'est que le travail donne du sens au temps pénitentiaire, on entend plus souvent parler d'utilité sociale. Surtout on se trouve face à des discours qui font apparaître une perception différente des activités de loisirs. W.Grossin¹² était parvenu à dégager le résultat suivant : "*Le temps pris par le travail, c'est à dire le temps dont se dépossède le travailleur, devient ce qui permet, par la médiation du salaire, de jouir d'un temps réservé, hors du travail, où l'existence cherche ses joies, et sa signification*". On sait que la norme du travail se lit également dans son absence, le chômage révèle la centralité du travail. Exercer une activité professionnelle autorise une modulation des temps. Il y a un temps de travail central, distinct du temps privé (la vie dans la cellule, les activités de loisirs). L'exercice d'une activité de travail permet la réintroduction du clivage vie privée/vie professionnelle. Finalement, comme en société, le travail fait sens et dit ce que sont les loisirs. Les situations de chômage sont vécues en prison comme à l'extérieur comme des épreuves difficiles. Travailler en prison, c'est aussi avoir la possibilité de réactiver des rythmes sociaux et se raccrocher partiellement au statut de travailleur. Ce qu'il nous semble intéressant de souligner, c'est la façon dont les détenus se ré-approprient le travail. Si on prête attention, dans l'observation, aux espaces de travail, on se rend compte que les détenus jouissent davantage d'espaces de liberté qu'en détention. L'espace de travail c'est aussi l'espace de relations de camaraderie, souvent à l'abri du regard des surveillants. Ré-appropriation de l'espace mais aussi, comme dans toute organisation de travail, du temps de réalisation des tâches, à travers les pratiques de «freinage» (limitation de la production) entre autres. L'important pour les contremaîtres est que la production sorte, tant et si bien qu'ils tolèrent tout à fait que certains détenus arrêtent leur travail avant la fermeture des ateliers. Ces latitudes dans le travail sont plus présentes dans les ateliers gérés en gestion classique qu'en gestion semi-privée où la discipline d'atelier est plus stricte, il faut ici y voir la volonté d'importer *stricto sensu* les normes industrielles en prison. Il est difficile de systématiser le rapport au temps car une multiplicité de facteurs intervient (contenu du travail, discipline d'atelier, cadences, salaires). Surtout ces rapports diffèrent selon une double échelle temporelle. L'échelle biographique, celle de la vie d'une part et l'échelle de la peine d'autre part. Le rapport au temps diffère selon qu'on se situe en début ou en fin de peine.

Les incidences sociales de l'exercice d'une activité de travail peuvent s'analyser à travers le rapport au travail des détenus. Celui-ci est compris comme la relation globale que l'individu entretient avec son travail, c'est à dire que nous avons tenté de prendre en compte un maximum de dimensions sur lesquelles l'exercice d'une activité de travail pouvait intervenir. La relation globale que les détenus entretiennent avec leur travail est complexe mais s'éclaircit si on distingue deux dimensions dans cette relation. La première consiste à analyser le rapport vécu du travail, c'est à dire qu'on s'intéresse d'abord au vécu concret du travail quotidien des détenus. La seconde consiste à distinguer du vécu la fonction que prend le travail, le rôle que peut remplir le travail pour les détenus au niveau de leur vie en prison.

Le rapport vécu du travail se caractérise par un sentiment fort d'exploitation, une incompréhension de la protection sociale afférente au salaire, la conscience de faire un travail souvent abrutissant et sans intérêt. En maison d'arrêt, la réalité de l'exploitation économique est très fortement ressentie, les questions de salaire surviennent très vite. La conscience d'être spolié, fait l'objet de dénonciations parfois formulées dans des registres symboliques forts, comme celui de l'esclavage. La conscience de l'exploitation est assez fortement corrélée au niveau des salaires pratiqués et aux cadences. Des cotisations sociales sont calculées sur les salaires, mais n'ouvrent pas droit à des compensations financières en cas de maladie ou d'accident du travail. Ce qui n'est pas conforme à la logique de la cotisation sociale, celle-ci, à la différence de l'impôt ouvre droit, à prestation financière en cas d'aléa. A notre connaissance, la raison invoquée est que les détenus disposent d'un accès gratuit à la santé, et donc qu'ils disposent de prestations en nature (ce qui est le

¹² Grossin. W, "*Le Travail et le temps*", éditions Anthropos, Paris, 1969.

cas de tous les détenus, travailleurs ou pas). Souvent, la plupart des détenus comprennent mal leur condition juridique, ils savent que le droit du travail ne s'applique pas, mais les fiches de paye distribuées ressemblent beaucoup à ce qu'ils ont connu ailleurs, ce qui ajoute souvent incompréhension et brouillage. Alors que ces dispositions devraient rapprocher leur condition sociale de celle des travailleurs salariés, il semble qu'elles renforcent davantage le sentiment d'être spolié. Le travail proposé est très souvent vu comme abrutissant et sans intérêt. L'intérêt ou plutôt le manque d'intérêt, en soi, du travail effectué (en grande majorité, exception faite des détenus qui ont accès à des travaux qualifiés) peut se lire à l'aune du jugement que les détenus peuvent formuler quant aux discours sur la "réinsertion par le travail". Quand les détenus parlent de réinsertion, c'est très souvent pour nier la réalité et la possibilité de celle-ci.

Si le rapport vécu est globalement négatif, le rapport fonctionnel révèle toute la complexité du rapport qu'entretiennent les détenus avec leur travail. Mise à part la fonction économique qui reste très instrumentale, la dimension sociale, psychologique et vitale du travail apparaît pleinement dans tous les entretiens. Le volet financier est une dimension instrumentale du rapport fonctionnel au travail dans sa fonction directement économique, il s'avère important dans la mesure où il déborde la situation économique individuelle des détenus. En effet, travailler, c'est aussi retrouver une autonomie financière et sortir de la dépendance financière de l'extérieur. On sait que les solidarités familiales se détériorent dans le temps, travailler, c'est gagner son autonomie financière et ne plus être un poids "à charge" de la famille. Tirer son salaire du travail, c'est aussi accéder à la consommation, les besoins de consommation exprimés sont très variables mais quasiment tous les détenus évoquent cette question. L'argent "*permet d'agrémenter le séjour carcéral*" dira en plaisantant un détenu. L'utilisation de l'argent comme les besoins exprimés sont très variables selon les détenus.

La nécessité du travail, en dehors de toute considération financière, est apparue relativement rapidement dans notre enquête. En effet, alors qu'il paraissait bien difficile de voir quelques éléments chargés positivement dans le quotidien et le vécu du travail, les entretiens menés auprès de détenus en situation de chômage ont révélé la dimension sociale et psychologique dans le rapport fonctionnel que les détenus ont avec leur travail. Beaucoup de détenus renvoyaient à leurs expériences de chômage ou en venaient à comparer leur situation de travailleur et de chômeur, la nécessité du travail faisait alors irruption, dans un tout autre registre que celui du rapport vécu, beaucoup plus apologétique du travail. En maison d'arrêt, la nécessité de "sortir de la cellule", de trouver un espace de tranquillité, se réalise dans l'activité de travail : "*En prison vous cherchez la tranquillité, moi je l'ai trouvé en allant aux ateliers*". En centre de détention, pour certains détenus, complètement accoutumés au travail, l'idée même de se retrouver sans travail pouvait paraître incongrue, tant et si bien que pour certains d'entre eux, vivre sans travailler, est devenu quelque chose d'inconcevable. L'un d'eux disait "*j'en sais trop rien, je serai pas là c'est tout... ou je serai au mitard ou peut-être que je me serai coupé*". Evoquer la mort, face à la perspective du non-travail, reste paroxystique mais un nombre non négligeable de détenus ont abordé les conséquences que pourrait avoir le chômage sur leur propre corps, en évoquant l'éventualité des auto-mutilations. Dans tous les cas, les deux dimensions du rapport au travail sont présentes, elles s'opposent quasiment toujours à l'exception des "beaux métiers" qui allient un rapport vécu extrêmement positif et valorisant et un rapport fonctionnel tout aussi puissant. La distinction entre rapport vécu et rapport fonctionnel est une opposition très vive, tranchée. C'est pourquoi nous formulons la conclusion que les détenus entretiennent un rapport d'une ambivalence extrême avec leur travail. L'ambivalence dans le rapport au travail n'est pas une découverte, elle avait été repérée dans le salariat d'exécution¹³. Pour autant, le cadre carcéral produit un rapport au travail particulier. Les détenus au travail sont aliénés comme les travailleurs libres dans le sens où le produit de leur travail leur échappe. Mais alors que le travail peut être défini par la contrainte dans le rapport salarial, il apparaît en prison avec force comme une puissance cathartique face à un ordre social bien plus aliénant que le travail. L'exercice du travail en soi est une ressource forte que les détenus mobilisent

¹³ D. Linhart, "*L'appel de la sirène*", Le sycomore, Paris, 1981.

pour faire face à la dépersonnalisation, à l'infantilisation et plus globalement à la désocialisation qu'engendre l'enfermement. Le temps de travail est à la fois aliéné et désaliénant par rapport au temps de la peine.

Travail sans intérêt, mal payé, absence de droit du travail, on pourrait se demander pourquoi les détenus souhaitent-ils tant travailler ? A partir de l'analyse du rapport au travail et au temps des détenus, nous pouvons répondre que si les détenus souhaitent tant travailler, quand bien même il s'agit de "sales boulots", dans des conditions de "surexploitation" (dont ils sont conscients), c'est qu'ils vivent un drame social, une expérience sociale extrême, à savoir l'enfermement. Une expérience extrême fait d'un temps aliénant organisé par le pouvoir pénitentiaire. Il n'y a pas un temps uniforme et un univers du reclus mais des temps pluriels auxquels on peut faire correspondre des espaces privé et professionnel. Ce résultat démontre que l'institution prison n'est plus aussi totale qu'elle a du l'être par le passé. Face à la totalité de l'institution, se dresse un fait social total, celui du travail que Pierre Naville qualifiait d'"*élément ordonnateur essentiel des sociétés*". Le temps est une bataille permanente pour les détenus. Un détenu aura cette expression, "*à la limite, une heure de travail c'est une heure de prison en moins. Là ça fait 18 mois, c'est 18 mois de gagner*". Travailler pour un détenu c'est voir les aiguilles de l'horloge trotter plus vite. C'est là une donnée essentielle qui explique à la fois pourquoi les détenus travaillent et pourquoi (pour la grande majorité rémunérée à la pièce) ils ne produisent pas plus qu'ils ne le pourraient parfois. En effet, ils font face à une double contrainte. Ils doivent s'en sortir financièrement tout en évitant d'aller trop vite. Il ne s'agit pas de la crainte du chronomètre, travailler trop vite signifierait s'auto-infliger la pire des sanctions : voir son temps passé à l'atelier réduit et se condamner à rester en cellule. Ils doivent s'en sortir financièrement sans se montrer trop rapides, ni trop lents, parce que la menace du déclassement (le "licenciement" pénitentiaire) plane. Ils jouent souvent le jeu des cadences lorsqu'elles sont accessibles, parce qu'atteindre les quotas procure de la gratification. Au-delà du jeu qui permet de sortir de la monotonie, le travail à un rythme soutenu peut paraître moins fatigant et moins ennuyeux. La réalisation des quotas, dans les ateliers où la rémunération à la pièce a cours, n'est pas directement liée à l'incitation financière, celle-ci joue sans doute mais jouer "le jeu de s'en sortir" en soi et pour soi semble important. Ce jeu atteint, dans les ateliers pénitentiaires, ses limites dès lors qu'il peut être source d'une présence moindre dans l'atelier. La récompense principale du travail pénitentiaire, "sortir de la cellule", prend le pas et peut amener les détenus à limiter leur production. Alors que la barrière entre le groupe des détenus et celui des surveillants est reconnue par tous, y compris par nous, comme caractéristique du monde des prisons, l'atelier de travail est un lieu où elle est moins importante, où la méfiance et les rapports guerriers sont moins présents que dans les autres lieux de la prison. L'explication avancée par les surveillants à la quasi-absence de conflits entre détenus est la suivante : ils risqueraient de perdre leur travail et ils savent que celui-ci est précieux. Cette explication est tout à fait valable, mais elle ne nous paraît pas suffisante. Il nous semble qu'une explication plus générale, à la pacification sociale qui s'opère entre détenus et entre détenus et surveillant, peut être avancée en faisant appel à la théorie formulée par M. Burawoy¹⁴ : celle de la relative autonomie du processus de production.

En prison, il est bien possible que le processus de production dans son ensemble, le fait de produire ensemble, de participer à une même organisation tournée vers un objectif commun de production, soit créateur en soi d'une logique propre qui tend à neutraliser partiellement les statuts délinquants et, dans une moindre mesure, les positions de surveillant et de détenu. Le statut de travailleur suscite de la part des surveillants et de l'encadrement pénitentiaire une appréciation positive. Outre le fait que l'accès au travail puisse récompenser un comportement attendu, il se joue quelque chose autour du travail qui doit être relié avec la centralité que celui-ci occupe au niveau sociétal, à la puissance de la norme du travail qui s'inscrit à tous les niveaux de la société, jusque dans ces "*régions cachées de notre système social*"¹⁵.

¹⁴ Burawoy. M, *Manufacturing consent*, University of Chicago Press, Chicago, 1979.

¹⁵ Manifeste du GIP (Groupe d'Information sur les Prisons), J-M Domenach, P. Vidal-Naquet, M. Foucault, 1971.