

01.26

A.R.P.E.

ASSOCIATION DE RECHERCHES PENALES EUROPEENNES

(UMR de droit comparé de Paris – Université Paris 1-Panthéon Sorbonne – CNRS)

**LES TRANSFORMATIONS DE L'ADMINISTRATION DE LA PREUVE PENALE  
PERSPECTIVES COMPAREES**

**Allemagne, Belgique, Canada, Espagne, Etats-Unis, France, Italie,  
Portugal, Royaume-Uni**

**Direction scientifique :** Madame le Professeur Geneviève GIUDICELLI-DELAGE  
Professeur à l'Université Panthéon-Sorbonne (Paris I)

**Coordination :** Madame Haritini MATSOPOULOU  
Maître de conférences à l'Université Panthéon-Sorbonne (Paris I)

**Equipe de recherche :** *Hervé ANCEL*  
*Lionel ASCENCI*  
*Olivier BACHELET*  
*Mikaël BENILLOUCHE*  
*Dimitris GIANNOULOPOULOS*  
*Kathia MARTIN*  
*Fabia de MELO E SILVA*  
*Maud OLINET*  
*Raphaëlle PARIZOT*

*Recherche subventionnée par le GIP « Mission de Recherche Droit et Justice »*

**NOVEMBRE 2003**

## RESUME DES TRAVAUX

En souscrivant à l'appel d'offres du Centre d'études et de prévision du Ministère de l'Intérieur, du Centre de prospection de la Gendarmerie Nationale et de la Mission de recherche Droit et Justice, l'ARPE entendait poursuivre sur le chemin tracé de travaux réalisés sous la direction de Mireille Delmas-Marty, certains chercheurs ayant déjà participé à l'une ou à l'autre de ces recherches.

Poursuivre, c'est-à-dire approfondir et développer des aspects nouveaux, ce à quoi invitait l'intitulé de l'appel d'offres : « Les transformations de l'administration de la preuve ». C'est ce souci de nouveauté qui justifie les choix opérés à l'égard tant des perspectives comparatives que des sujets traités.

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

A l'égard du thème, l'appel d'offres soulevait une double série de questions contrastées. Un relatif estompement des frontières procédurales peut-il être envisagé avec des standards d'administration de la preuve qui s'uniformiseraient ou s'harmoniseraient, sous l'effet de la généralisation de la norme pénale et des principes généraux du procès équitable ? La mutation des objectifs de la procédure pénale, avec et sous l'influence de facteurs (exogènes : mutation de la criminalité, progrès technologique) ne conduit-elle pas à une objectivation du mode d'administration de la preuve, à un glissement des rôles des acteurs du procès, à l'extrême à un sous-procès dans lequel les standards applicables à la preuve pénale dans le procès équitable ne seraient pas respectés ?

Répondant à ces interrogations, la présente recherche s'ordonne autour de deux axes. Le premier, intitulé « Principes généraux et transformations du droit de la preuve », montre l'incontestable montée commune des règles du procès équitable ; un même objectif, malgré les apparences, celui de la vérité ; un équilibre des rôles des acteurs qui se rapprochent (celui des acteurs privés progresse dans les systèmes continentaux, celui des acteurs publics en faisant de même dans les systèmes de *common law*). Mais il montre, tout aussi bien, la même ambiguïté de l'objectif de vérité et son même partiel écart ; le recul comparable *de facto* de l'appréciation judiciaire des preuves et le même retour non impossible à un système équivalent à celui des preuves légales ; le même cantonnement des règles du procès équitable face à certaines formes de criminalité. Le second axe, intitulé « Modalités de la preuve et transformations dans le recueil et l'administration de la preuve », montre l'évolution des modes de preuve sous l'influence des progrès scientifiques ou technologiques ; l'incidence de la mutation de la criminalité sur le renouvellement des modalités de recueil ou d'administration de la preuve ; la primauté de l'objectif d'efficacité et/ou de célérité qui peut conduire à cantonner le recueil de la preuve ou son administration au motif notamment de la gravité ou de la simplicité de l'infraction.

Les Conclusions finales analysent donc les mouvements et tensions qui traversent l'administration de la preuve et qui se retrouvent à l'identique dans tous les pays étudiés, dessinant ainsi ce que pourraient être les fractures futures communes des procédures pénales en Europe, voire au-delà.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

## I – Principes généraux et transformations du droit de la preuve

### 1°) *Les objectifs du procès pénal*

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

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

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

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

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

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

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

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

### 3°) La hiérarchie des preuves

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Par ailleurs, le recours à certains moyens techniques de preuve, telles que les écoutes administratives, est particulièrement fréquent. De nouvelles méthodes d'enquête sont également employées pour lutter contre la criminalité organisée. Il s'agit, en particulier, des méthodes dites « proactives », adoptées dans la plupart des pays étudiés, visant à identifier l'auteur potentiel d'un

crime ou délit. Dans le cadre de ces enquêtes, la provocation peut, sous certaines conditions, être admise par les tribunaux, ainsi que l'emploi des agents infiltrés.

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

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

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

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

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

### **1°) La preuve biologique**

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

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

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

## 2)° La preuve « cybernétique »

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

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

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

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

## 3)° La preuve technologique des interceptions et surveillances

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

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

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

#### *4°) La preuve dans les procédures simplifiées*

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

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

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

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

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

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

## CONCLUSIONS

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

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

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

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

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

## MOUVEMENTS

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

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

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

Le deuxième mouvement, celui du **sous-investissement<sup>1</sup> du droit de la preuve**, n'est pas, comme le précédent, totalement nouveau, mais son amplification est particulièrement nette. Ce sous-investissement du droit de la preuve trouve ses premières racines dans la volonté de simplification et de célérité des procédures. Ces tendances tiennent principalement au fonctionnement des institutions judiciaires. Mais ce sous-investissement du droit de la preuve trouve encore ses racines dans les métamorphoses de la fonction de la justice pénale avec l'apparition, du moins dans certains pays, d'une fonction de réparation, restauration. Le sous-investissement peut, alors, dans cette hypothèse, s'expliquer par l'effacement de l'acte au profit du dialogue noué entre les parties.

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

## TENSIONS

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

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

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

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

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

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

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

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

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

## TABLE DES MATIERES

Avant-Propos.....	5
Principes généraux et transformations du droit de la preuve .....	9
1/ Les objectifs du procès pénal .....	13
A) Les objectifs du procès pénal et la réglementation de la preuve .....	15
1°) Le rôle du juge.....	15
2°) L’aveu ou la reconnaissance de la vérité.....	17
B) Les objectifs du procès pénal et les « solutions participatives » au procès pénal .....	19
1°) Le plaidoyer de culpabilité : la vérité négociée.....	20
2°) Les modes abrégés ou simplifiés de règlements des conflits : la recherche d’une solution satisfaisante .....	25
Conclusion :.....	27
2/ La constitutionnalisation/conventionalisation du droit de la preuve.....	29
A) La reconnaissance des principes directeurs de la procédure pénale .....	30
1°) La « conventionalisation » .....	31
2°) La « constitutionnalisation » .....	36
B) Le respect des principes directeurs de la procédure pénale .....	47
1°) Les mécanismes de contrôle interne.....	47
2°) Le contrôle exercé par la Cour européenne des droits de l’homme .....	63
3/ La hiérarchie des preuves .....	69
A) La libre appréciation de la preuve pénale : un principe encadré.....	70
1°) L’absence de hiérarchisation des preuves .....	70
2°) La légalité, limite à la liberté d’appréciation.....	73
B) Vers une hiérarchisation matérielle des preuves pénales .....	76
1°) L’« <i>objectivisation</i> » des preuves pénales.....	76
2°) L’équité, nouvel étalon de la preuve pénale.....	79
4/ La participation des acteurs publics et privés du procès pénal à la recherche de la vérité.....	85
A) Les acteurs publics .....	86
1°) Le droit d’accès aux pièces du dossier .....	86
2°) Le droit de demander l’accomplissement d’actes d’enquête supplémentaires.....	88
3°) Le renforcement des droits de la victime .....	90

B) Les acteurs privés .....	91
1°) La recherche publique de la preuve au cours de la mise en état du procès pénal ..	92
2°) La recherche publique de la preuve au cours de l'audience de jugement .....	95
5/ Terrorisme et criminalité organisée, un droit d'exception .....	99
A) Nécessité de définir les concepts .....	102
B) Le renforcement des mécanismes de défense de la société.....	104
C) Le renforcement des mécanismes de coopération.....	135
Propositions.....	140
Modalités de la preuve et transformations dans le recueil et l'administration de la preuve ..	143
1/ La preuve biologique.....	147
A) Les analyses biologiques réalisées dans le cadre du procès pénal .....	161
1°) Les différentes techniques d'analyse biologiques .....	161
2°) La force de conviction et son corollaire : le risque d'erreur ?.....	167
3°) La conservation des échantillons de matériel biologique.....	179
4°) La contre-expertise .....	185
B) Le contexte de l'enquête .....	188
1°) Le facteur temps .....	189
2°) Le coût.....	192
3°) Les Infractions pour lesquelles une comparaison génétique est possible .....	195
4°) Modalités du prélèvement.....	202
5°) Modification du comportement des acteurs .....	221
C) De la recherche <i>a priori</i> à l'approche proactive.....	225
1°) La constitution de bases de données .....	226
2°) « Big brother » ne doit pas faire oublier le spectre de Cesare Lombroso .....	238
2/ La preuve « cybernétique » .....	245
A) L'efficacité de la preuve cybernétique par l'harmonisation des incriminations .....	250
1°) Les infractions contre les réseaux : un soutien à la preuve cybernétique.....	250
2°) Les infractions par les réseaux : un obstacle à la preuve cybernétique .....	254
B) L'efficacité de la preuve cybernétique par l'harmonisation de la procédure pénale. ....	256
1°) L'adaptation des acteurs.....	257
2°) L'adaptation des règles procédurales .....	267
3/ La preuve technologique des interceptions et surveillances .....	273
Introduction .....	281
A) Le régime traditionnel des interceptions.....	286

1°) La légitimité des interceptions .....	286
2°) Les limites à ces interceptions.....	293
B) L'émergence d'un nouveau genre de surveillance.....	307
1°) Les surveillances électroniques des locaux privés .....	308
2°) La surveillance dans l'espace cybernétique .....	313
Conclusion.....	317
4/ La preuve dans les procédures simplifiées.....	331
A) Les procédures simplifiées par voies alternatives au processus pénal.....	337
1°) Les voies alternatives dont le déclenchement est fondé sur un pouvoir discrétionnaire de l'autorité des poursuites.....	338
2°) Les voies alternatives fondées sur le consensualisme .....	341
B) Les procédures simplifiées par suppression partielle du processus pénal.....	347
1°) Suppression de la phase préliminaire .....	347
2°) Suppression de la phase de jugement : en tout ou partie.....	352
5/ La preuve par témoignage et le statut des témoins.....	365
A) Les droits du témoin.....	369
1°) Le respect de la dignité humaine.....	370
2°) Les privilèges du témoin .....	371
B) Les droits de la personne mise en cause face au témoin .....	374
1°) Le contrôle de la fiabilité du témoignage.....	374
2°) Le droit de confrontation.....	376
Conclusions .....	379
Bibliographie.....	397
Index .....	419

## AVANT-PROPOS

En souscrivant à l'appel d'offres du Centre d'études et de prévision du Ministère de l'Intérieur, du Centre de prospection de la Gendarmerie Nationale et de la Mission de recherche Droit et Justice, l'Association de recherches pénales européennes entendait poursuivre sur le chemin tracé de travaux réalisés sous la direction de Mireille Delmas-Marty,<sup>1</sup> certains chercheurs ayant d'ailleurs également participé à l'une ou l'autre de ces études.

Poursuivre, c'est-à-dire approfondir et développer des aspects *nouveaux*, ce à quoi invitait l'intitulé de l'appel d'offres : « Les *transformations* de l'administration de la preuve pénale ». C'est ce souci de nouveauté qui justifie les choix opérés à l'égard tant des perspectives comparatives que des sujets traités.

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

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

---

<sup>1</sup>. En particulier, Procédures pénales d'Europe, PUF, col. Thémis, 1995 (dont une section, rédigée par J.R SPENCER, est consacrée à la preuve, cf. p. 515 à 551). Il existe également des versions en langues italienne, espagnole, chinoise et une version en langue anglaise (comportant une introduction originale de J.R Spencer), *European Criminal Procedures*, Armand Colin 2002 ; La mise en œuvre du *Corpus juris* dans les Etats membres, (eds M. DELMAS-MARTY, J.A.E. VERVAELE), Intersentia 2001, Vol. IV, p. 271 à 385 ; Variations autour d'un droit commun, Société de législation comparée, 2002, not. Le procès équitable, p.23 à 178 ; *adde*, Preuve et secret en procédure pénale dans la perspective d'un droit commun, L'Astrée, Revue de droit pénal et des droits de l'homme, n° 12, octobre 2000, p.3 à 80.

Ces thèmes sont au nombre de dix : 1) Les objectifs de la procédure pénale, 2) La constitutionnalisation et/ou conventionnalisation du droit de la preuve, 3) La hiérarchie des preuves, 4) La participation des acteurs publics et privés du procès pénal à la recherche de la vérité, 5) Le droit d'exception en matière de terrorisme et de criminalité organisée, 6) La preuve biologique, 7) La preuve « cybernétique », 8) La preuve technologique des interceptions et surveillances, 9) La preuve dans les procédures simplifiées, 10) La preuve par témoignage et le statut des témoins.

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

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

L'ordonnement ne doit cependant pas tromper. L'étude des deux axes (et des dix thèmes) est certes successive mais elle est également interactive, le premier axe servant de préalable et de cadre au second, le second d'illustrateur et de correcteur au premier.

De ces entrecroisements, les Conclusions tentent de rendre compte, en prenant en considération les mouvements et tensions qui se dessinent d'un point de vue tant philosophique que procédural ; ou, plus exactement, qui se nouent au sein de chaque point de vue et entre chacun d'entre eux.

Philosophiquement, les objectifs de la procédure pénale – vérité, légitimité, efficacité – au service desquels est mise la preuve se révèlent en tension interne, la légitimité pouvant cantonner la recherche de vérité et d'efficacité, ou l'inverse ; l'efficacité pouvant tendre à l'objectivation de la vérité, ou à sa défiguration, etc. Et suivant celui des objectifs qui

l'emporte, le rôle des acteurs (publics, privés) et le caractère de la procédure (accusatoire, inquisitoire, contradictoire) changent.

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

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

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

Geneviève Giudicelli-Delage

**PRINCIPES GENERAUX ET TRANSFORMATIONS DU DROIT DE LA PREUVE**



L'appel d'offres soulevait une double série de questions contrastées.

Un relatif estompement des frontières procédurales peut-il être envisagé avec des standards d'administration de la preuve qui s'uniformiseraient ou s'harmoniseraient, sous l'effet de la généralisation de la norme pénale et des principes généraux du procès équitable ?

La mutation des objectifs de la procédure pénale, avec et sous l'influence de facteurs (exogènes : mutation de la criminalité, progrès technologique), ne conduit-elle pas à une objectivation du mode d'administration de la preuve, à un glissement des rôles des acteurs du procès, à l'extrême à un sous-procès dans lequel les standards applicables à la preuve pénale dans le procès équitable ne seraient pas respectés ?

L'étude des cinq thèmes qui suivent permet un premier approfondissement, quant aux principes généraux, de ces questionnements et de leur complexité (il sera ultérieurement prolongé par l'approfondissement des modalités de la preuve).

Elle montre, en effet, l'incontestable montée commune des règles du procès équitable ; un même objectif, malgré les apparences, celui de la vérité ; un équilibre des rôles des acteurs qui se rapprochent (celui des acteurs privés progresse dans les systèmes continentaux, celui des acteurs publics en faisant de même dans les systèmes de *common law*). Mais elle montre, tout aussi bien, la même ambiguïté de l'objectif de vérité et son même écart ; le recul comparable *de facto* de l'appréciation judiciaire des preuves et le même retour non impossible à un système équivalent à celui des preuves légales ; le même cantonnement des règles du procès équitable face à certaines formes de criminalité, etc.

Par souci de lisibilité et pour permettre un abord clair et rapide des thèmes, chaque étude est précédée d'une courte synthèse rédigée par Haritini Matsopoulou.



## 1/ Les objectifs du procès pénal

Mikaël Benillouche

### Résumé :

La recherche de la vérité est le principal objectif du procès pénal, ce qui transparait au travers de la réglementation de la preuve dans la plupart des droits nationaux. Cependant, le rôle du juge varie d'un pays à l'autre, ainsi que les méthodes de preuve utilisées. Différents droits nationaux, ayant opté pour le système accusatoire, ne reconnaissent au juge pénal qu'un rôle passif. Selon ce système, le juge est chargé d'arbitrer entre les thèses en présence et ne peut aller rechercher d'autres preuves que celles apportées devant lui. Toutefois, cette présentation est aujourd'hui quelque peu dépassée. Sur ce point, le droit anglais présente un intérêt particulier, dans la mesure où la culpabilité doit se décider « au delà du doute raisonnable », ce qui signifie que le juge ne doit pas seulement trancher entre les deux thèses, mais doit valider la thèse de l'accusation seulement si celle-ci parvient à établir une forte probabilité de culpabilité. Par ailleurs, il résulte de l'examen des procédures un certain rapprochement, du moins à l'échelon européen, qui laisse apparaître un rôle actif du juge dans les procédures accusatoires quant au plaidoyer de culpabilité (recours à ce système dans les pays de Common Law, en Espagne, en Italie, etc ...). Selon ce système, l'accusé reconnaît sa culpabilité et le juge statue immédiatement sur la sanction.

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

Il en résulte donc que la distinction entre procédure accusatoire et procédure inquisitoire est actuellement remise en cause, les différents droits nationaux ayant une dominante inquisitoire ou accusatoire à laquelle ils doivent se conformer.

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

H.M.

« IL N'EST DE JUSTICE QUE DANS LA VERITE, IL N'EST DE VERITE QUE DANS LA JUSTICE ».

Cette citation issue du « J'accuse ! » d'Emile ZOLA devrait résumer à elle seule l'objectif de la justice : la vérité.

La volonté de rechercher la vérité est affirmée dans la plupart des droits nationaux à l'instar du droit portugais<sup>2</sup> et du droit belge<sup>3</sup>.

Il est toutefois excessif de faire de la quête de la vérité l'objectif unique de la justice en général et de la justice pénale en particulier. En effet, la justice fait parfois primer d'autres intérêts sur la vérité. Ainsi en est-il notamment en droit de la famille, pour l'établissement de filiation : il est parfois impossible de contester certains types de paternité afin de ne pas perturber l'ordre public.

Le droit pénal doit également tenir compte de certains intérêts : s'il paraît indispensable de parvenir dans les affaires les plus graves à l'établissement de la vérité, tel n'est le cas dans les affaires mineures dans lesquelles il peut paraître plus satisfaisant de parvenir à une solution négociée et ce dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice.

Selon les différents droits nationaux, le procès pénal est astreint à un ou plusieurs objectifs dont le nombre et l'importance est variable.

La vérité est l'objectif principal recherché, ce qui transparaît au travers de la réglementation de la preuve (A). Cet objectif est concurrencé dans la mise en œuvre de « solutions participatives » au procès qui tout en associant les parties recherche une solution consensuelle (B).

---

<sup>2</sup>. Selon l'article 340 du code de procédure pénale espagnol "le tribunal ordonne, d'office ou à la demande des parties, la production de tous les moyens de preuve dont la connaissance lui semble nécessaire à la découverte de la vérité et à la bonne décision de l'affaire".

<sup>3</sup>. Selon l'article 268 du code d'instruction criminelle, « *le président est investi d'un pouvoir discrétionnaire, en vertu duquel il pourra prendre sur lui tout ce qu'il croira utile pour découvrir la vérité; et la loi charge son honneur et sa conscience d'employer tous ses efforts pour en favoriser la manifestation* », alors que selon l'article 269 « *le président peut demander aux témoins et à l'accusé tous les éclaircissements qu'il jugera nécessaires à la manifestation de la vérité* ».

## A) Les objectifs du procès pénal et la réglementation de la preuve

Le rôle du juge varie d'un pays à l'autre ainsi que les méthodes de preuve utilisées (1°). Lorsque le juge est un arbitre des thèses en présence, il est lié par les preuves qui lui sont présentées et doit donc faire prévaloir la thèse la plus probable.

Les systèmes de preuve sont divers, mais semblent se rejoindre sur une exigence commune : le culte de l'aveu (2°).

### 1°) Le rôle du juge

#### Le juge arbitre tranche parmi les thèses en présence

Plusieurs droits nationaux ne reconnaissent au juge pénal qu'un rôle passif. Il est chargé d'arbitrer entre les thèses en présence et ne peut pas aller rechercher d'autres preuves que celles apportées devant lui. Il s'agit des procédures accusatoires.

Ce type de réglementation renvoie à la distinction traditionnelle entre procédure accusatoire et procédure inquisitoire.

A l'heure actuelle, cette distinction est remise en cause par divers facteurs déjà analysés par la doctrine. Il n'en demeure pas moins que les droits nationaux ont une dominante inquisitoire ou accusatoire à laquelle ils doivent se conformer.

En outre, l'avènement des juridictions pénales internationales permet de s'interroger légitimement sur le rôle du juge.

Le juge peut apparaître comme un arbitre lorsqu'il est face à deux thèses : celle de l'accusation, même si celle-ci émane d'une partie publique et celle de l'accusé ; sans avoir à prendre une part active à la recherche de la vérité.

Dans cette hypothèse, il est nécessaire d'assurer l'indépendance de l'accusateur et du juge.

Quel est alors le rôle du juge ?

A ce titre, le droit anglais est particulièrement intéressant puisque la culpabilité doit se décider « *au delà du doute raisonnable* ». Ce qui signifie que le juge ne doit pas seulement trancher entre les deux thèses, mais ne doit parvenir à valider la thèse de l'accusation que si celle-ci parvient à établir une forte probabilité de culpabilité.

Le déséquilibre au stade de l'établissement des preuves se traduit par un déséquilibre inversé dans l'appréciation de celle-ci.

La vérité doit ici résulter de la contradiction.

Le « juge-inquisiteur » est à la recherche d' « une » vérité

Le « juge-inquisiteur » joue un rôle actif dans la recherche des preuves et ce afin de parvenir à l'établissement de la vérité.

Le juge d'instruction doit agir en France à charge et à décharge, c'est ce qu'est venue préciser la loi du 15 juin 2000.

Dans le droit portugais, le juge a un rôle actif. Il doit enquêter d'office sur les faits qui lui ont été soumis. Il doit même rester indépendant des contributions apportées par l'accusation et la défense. Le juge est responsable de la recherche des preuves.

Le culte de l'aveu : un culte universel mais limité

L'aveu ferait l'objet d'un véritable « culte » non seulement dans les pays à dominante inquisitoire mais également dans les pays à dominante accusatoire.<sup>4</sup>

---

<sup>4</sup> M. BENILLOUCHE, *Le secret dans la phase préliminaire du procès pénal en France et en Angleterre*, thèse, Université Paris I, 2001, n°462.

## 2°) L'aveu ou la reconnaissance de la vérité

Les procédures que leur dominante soit inquisitoire ou accusatoire pratiquent le culte de l'aveu.

La recherche de la preuve de la culpabilité par le biais de la reine des preuves – l'aveu – a longtemps justifié la torture<sup>5</sup>.

Aujourd'hui, cette preuve revêt toujours une importance capitale en ce qu'elle permet de s'assurer de la culpabilité de l'individu.

Cette tendance est renforcé par un certain nombre de procédés permettant de s'assurer de la qualité des aveux.

Ainsi, l'enregistrement des interrogatoires peut permettre de limiter les contestations sur des aveux passés lors de la garde à vue, rendant cette preuve presque incontestable<sup>6</sup>.

De façon contradictoire, les procédés de télésurveillance permettent de retranscrire une réalité objective, ce qui permet de fragiliser l'aveu, de nature subjective n'ayant pas la même fiabilité qu'un enregistrement. Par ailleurs, la police scientifique et technique peut parfois obtenir des résultats permettant de parvenir à l'établissement sans avoir recours à l'aveu mais aux empreintes génétiques, ... . Notons, toutefois que ces procédés s'ils existent ne se sont toutefois pas encore totalement démocratisés. Leur prise en compte par le droit supposerait même une modernisation générale des procédures nationales s'inspirant des procédures suivies devant les juridictions pénales internationales. En outre, le recours à des matériaux aussi pointus peut s'avérer disproportionné pour les infractions les moins graves.

La recherche de la vérité est alors limitée par des contingences matérielles.

### Les limites de l'aveu

La quête de la vérité ne doit cependant pas primer sur toute autre considération. Ainsi, sont protégées la dignité et l'intégrité de la personne par des normes à valeur supralégislative et constitutionnelle.

---

<sup>5</sup> L. GUYON, *La notion juridique de torture en Europe (XII<sup>ème</sup>-XX<sup>ème</sup> siècle)*, thèse, Université de Paris I, 1994, 437 p.

<sup>6</sup> M. BENILLOUCHE, *Le secret dans la phase préliminaire du procès pénal en France et en Angleterre*, thèse, Université Paris I, 2001.

## L'aveu et la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme

Rappelons tout d'abord que l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales prohibe les tortures et peines ou traitements inhumains ou dégradants. Il s'agit d'un droit intangible qui ne souffre aucune exception. Ce droit est également consacré aux termes de l'article 7 du Pacte international sur les droits civils et politiques.

La Cour a notamment condamné la France pour traitement inhumain ou dégradant à la suite de brutalités policières sur une personne gardée à vue dans l'arrêt Tomasi<sup>7</sup>, mais elle a aussi retenu la qualification beaucoup plus infamante de torture dans l'arrêt Selmouni<sup>8</sup>. Or, une telle qualification n'avait jusqu'ici été retenue qu'à deux reprises à chaque fois contre la Turquie<sup>9</sup>. La France a donc été à la fois le deuxième pays condamné pour traitements inhumains et dégradants<sup>10</sup> et pour torture<sup>11</sup>.

## L'aveu et les normes internes

L'article 24-2 de la Constitution espagnole prévoit que " *...toute personne a le droit d'aller devant le juge ordinaire déterminé préalablement par la loi, de se défendre et de se faire assister par un avocat, d'être informée de l'accusation portée contre elle, d'avoir un procès public sans délais indus et avec toutes les garanties, d'utiliser les preuves nécessaires à sa défense, de ne pas faire de déclaration contre elle-même, de ne pas s'avouer coupable et d'être présumée innocente. La loi réglementera les cas dans lesquels, pour des raisons de parenté ou relevant du secret professionnel, une personne ne sera pas obligée à faire des déclarations sur des faits présumés délictueux*".

Plus précisément, l'article 11 de la Loi organique du Pouvoir judiciaire interdit de prendre en compte les preuves obtenues en infraction des droits fondamentaux<sup>12</sup>. Les preuves ne peuvent

<sup>7</sup> Cour EDH, Tomasi c. France, 27 août 1992, série A n°241-A.

<sup>8</sup> Cour EDH, Selmouni c. France, 28 juil. 1999, *JCP*, éd G, 1999, II, 10193, obs. SUDRE (F.), « La France condamnée pour torture policière », *Rev. sc. crim.*, 1999, chronique internationale, droits de l'homme, pp. 891-904, note MASSIAS (F.).

<sup>9</sup> Cour EDH, Aksoy c. Turquie, 18 déc. 1996, *Recueil*, 1996-VI ; Aydin c. Turquie, 25 sept. 1997, *Recueil*, 1997-VI.

<sup>10</sup> Le premier ayant été le Royaume-Uni, Cour EDH, Irlande c/ Royaume-Uni, 18 janv. 1978.

<sup>11</sup> Cour EDH, Aksoy c/ Turquie, 18 déc. 1996 ; Aydin c/ Turquie, 25 sept. 1997. Depuis, la Turquie a de nouveau été condamnée pour tortures, Cour EDH, Akkoc c. Turquie, 10 oct. 2000, req. n° 00022947/93 ; 00022948/93.

<sup>12</sup> Voir, également, à ce propos les décisions du Tribunal constitutionnel STC 114/1984 du 29 novembre 1984, STC 107/1985, citées par V. BÜCK, op. cit., p. 296.

pas être obtenues par le moyen de tortures, de traitements inhumains et dégradants, en violation du domicile, en violation de l'intimité de la personne, en violation du secret des communications.

L'article 32-8 de la Constitution portugaise dispose que « *sont nulles toutes les preuves obtenues par la torture, la contrainte, l'atteinte à l'intégrité physique ou morale de la personne, l'immixtion abusive dans la vie privée, dans le domicile, la correspondance ou les télécommunications* ».

L'article 126 du code de procédure pénale portugais précise, à son tour, les limites spécifiques à la liberté de la preuve en énumérant les modes de preuve prohibés.

Ainsi, "même en tant que moyen de la preuve, toutes les mesures qui sont exercées sur l'accusé ne peuvent en aucun cas avoir pour but d'extorquer des déclarations ou toute forme d'auto-incrimination"<sup>13</sup>.

Pourtant, il faut noter qu'en ce qui concerne l'instruction, l'article 387 du code espagnol de procédure pénale dispose qu'on "n'imposera pas aux inculpés de prêter serment, ils seront seulement exhortés à dire la vérité et le juge d'instruction les avertira qu'ils doivent répondre de manière précise, claire et véridique aux questions qui leur sont posées". Cet article peut cependant concerner seulement la première audition de l'inculpé, où seules les questions relatives à son identification et à ses antécédents sont posées.

L'article 406 précise que « *l'aveu de l'inculpé ne dispensera pas le juge d'instruction d'effectuer tous les actes d'instruction nécessaires aux fins d'acquérir la conviction de la sincérité de l'aveu et de l'existence du délit* ».

L'aveu renvoie également au plaidoyer de culpabilité.

## B) Les objectifs du procès pénal et les « solutions participatives » au procès pénal

Dans le système accusatoire, nous l'avons vu, de la confrontation des thèses en présence doit découler la vérité alors que dans le système inquisitoire, c'est le juge qui va chercher à

---

<sup>13</sup> A. RODRIGUES, « Le droit portugais ». In *Revue internationale de droit pénal*, n°1/2, 1992, p. 305.

découvrir la vérité. Cette présentation schématique est aujourd'hui quelque peu dépassée<sup>14</sup> puisqu'il résulte de l'examen des procédures un certain rapprochement du moins à l'échelon européen qui laisse apparaître un rôle actif au juge dans les procédures accusatoires quant au plaider de culpabilité (1°) et un rôle important des parties dans les procédures inquisitoires quant aux modes abrégés ou alternatifs de règlement des conflits (2°).

### 1°) Le plaider de culpabilité : la vérité négociée

#### L'organisation du plaider de culpabilité

Le plaider de culpabilité est une mesure permettant une meilleure administration de la justice qui a d'abord été reconnu dans les pays de *Common Law* avant de s'étendre à d'autres pays comme l'Espagne ou l'Italie, puis d'être reprise devant les juridictions pénales internationales.

Une entente entre ministère public, prévenu, voire juge peut permettre une suppression complète de tout débat sur la preuve et par voie de conséquence, un gain de temps important puisque l'accusé reconnaît sa culpabilité et que le juge statue immédiatement sur la sentence. La réduction de la peine qui en résulte est fréquente voire systématique. Ainsi, l'accusé abandonne la tenue d'un débat sur la preuve et donc une chance d'être acquitté contre la conviction que sa peine sera réduite. C'est pourquoi le plaider est en pratique très fréquent dans les pays l'ayant prévu à l'exception notable de l'Espagne.

Notons dès à présent que le juge doit en principe vérifier la sincérité de l'aveu.

Devant les juridictions internationales, le plaider de culpabilité entraîne, si certaines conditions sont réunies, la suppression du débat sur la culpabilité. Mais, en cas de plaider coupable, l'accusé ne perd pas la possibilité de faire un recours contre la sentence. En outre, si le plaider de culpabilité est parfois retenu comme circonstance atténuante, même s'il n'est pas prévu de réduction automatique sur la peine, ni de possibilité de négocier une telle réduction de peine.

Le *guilty plea* peut intervenir à différents moments lors de la procédure. Pour l'accusé, il présente souvent l'intérêt d'entraîner une réduction de sa peine.

---

<sup>14</sup>. C. AMBROISE-CASTEROT, *De l'accusatoire et de l'inquisitoire dans l'instruction préparatoire*, thèse, Université Montesquieu-Bordeaux IV, 2000, 585 p.

Le droit anglais prévoit l'existence de la *caution*. Si le suspect reconnaît sa participation à l'infraction, la police peut lui donner un avertissement officiel appelé *caution*. Elle est enregistrée dans les archives de la police. Elles sont extrêmement importantes et concernent 20 % des infractions. Rien n'est prévu dans les *Statutes* relatifs à l'enquête et aux pouvoirs de la police mais par la *Home Office Circular* n°18/1994.

En Angleterre, le *Crown Prosecution Service* s'entend parfois avec la défense sur l'accusation pour qu'il plaide coupable.

Aux Etats-Unis, l'entente peut se faire entre l'*Attorney* et l'accusé. Il est prévu avant l'audience du procès une audience préliminaire, elle-même postérieure à la mise en accusation et au cours de laquelle l'accusé est invité à prendre parti sur le point de savoir s'il compte plaider coupable ou non<sup>15</sup>. A cette occasion, l'accusé peut soit plaider coupable, soit plaider non coupable, soit enfin plaider *nolo contendere*, sorte de tiers parti consistant à ne pas reconnaître expressément sa culpabilité, sans toutefois s'opposer à ce qu'un jugement de culpabilité soit rendu contre lui<sup>16</sup>.

En Angleterre, au début de l'audience, l'officier de la Cour demande si la personne est coupable ou non. Lorsqu'il plaide coupable, le juge doit s'assurer qu'il comprend la portée de ses actes. Les condamnations faisant suite à des pressions immodérées du juge pour que l'accusé plaide coupable sont annulées<sup>17</sup>.

Au début du procès, l'accusé doit informer de son système de défense. S'il plaide coupable, le tribunal n'a pas à examiner les preuves. Le gain de temps est important. Le jury n'est utilisé que si l'individu ne plaide pas coupable.

Mais l'accusé peut reconnaître sa culpabilité tout en n'accréditant pas la version des faits présentée par l'accusation.. Dans ce cas, le Tribunal soit fait venir les témoins, soit impose une peine conforme à la version des faits fournie par la défense<sup>18</sup>.

Devant les juridictions internationales, le *guilty plea* doit être confirmé devant une Chambre de première instance.

---

<sup>15</sup>. C'est à l'occasion de cette audience qu'a lieu ainsi l'*arraignment* ou notification définitive des charges.

<sup>16</sup>. L'avantage est que cet aveu réduit ne pourra pas servir de preuve lors d'une action ultérieure en responsabilité.

<sup>17</sup>. R. v Brook [1970] Crim.L.R. 600, CA.

<sup>18</sup>. Newton (1982) 77 Cr.App.R. 13.

Des conditions de validité sont posées par le droit anglais. Tout d'abord, les aveux ne doivent pas être équivoques ce qui signifie que l'accusé tout en plaidant coupable, ne doit pas donner sa propre version des faits<sup>19</sup>.

Est nul tout *guilty plea* qui résulte d'une erreur ou d'une pression comme par exemple le juge qui menace d'emprisonnement<sup>20</sup>. Le rabais généralisé de 30 % généralise toutefois la pression. Si l'accusé parvient à établir qu'il y a eu un *plea guilty* sans qu'il comprenne la nature des charges pesant contre lui ou sans qu'il veuille reconnaître sa culpabilité, la condamnation sera cassée par la Cour d'appel (*venire de novo*)<sup>21</sup>.

La jurisprudence de la Cour suprême des Etats-Unis est ferme dans son insistance sur le caractère volontaire du *plea-bargaining*. La Cour suprême a jugé dans l'affaire *Kercheval* (1927) que le juge passant sentence devait s'assurer du caractère volontaire de l'admission de culpabilité. La Cour a aussi jugé que le juge doit s'enquérir du fait que le prévenu comprend les conséquences juridiques d'un aveu de culpabilité (*Boykin v. Alabama*, 1969).

En droit portugais l'aveu peut entraîner immédiatement les plaidoiries et la sentence. Il doit pour cela avoir certaines qualités. Ainsi, l'article 344 du code de procédure pénale prévoit que celui-ci doit être « *intégral et sans réserves* ». Toutefois, plusieurs exceptions sont prévues :

- lorsqu'il y a des co-accusés et il n'y a pas d'aveu intégral de la part de tous ;
- lorsque le tribunal a des suspicions sur le caractère libre de l'aveu ;
- lorsque l'infraction est punie d'emprisonnement de plus de 5 ans.

Dans l'hypothèse d'un aveu partiel ou avec réserves, le tribunal décide, selon sa libre conviction, si la production de la preuve doit avoir lieu et en quelle mesure (art. 344-4).

#### Les effets procéduraux du plaidoyer de culpabilité

L'un des effets principaux du plaidoyer de culpabilité est la diminution quasi systématique de la peine<sup>22</sup>, mais il a également des effets sur la procédure applicable.

En droit portugais, l'aveu intégral et sans réserves entraîne :

<sup>19</sup> P. Foster (*Haulage*) Ltd v Roberts, 67 Cr Cr.App.R. 305, DC.

<sup>20</sup> Turner [1970] QB 321.

<sup>21</sup> R. v Forde [1923] 2 K.B. 400, 17 Cr.App.R. 99, CCA.

<sup>22</sup> A l'exception toutefois de l'Ecosse.

la renonciation à la production de preuves relatives aux faits qui lui sont imputés, ces faits sont considérés comme étant prouvés ;  
l'on passe d'immédiat aux débats et si l'accusé ne doit pas être acquitté pour d'autres motifs, à la détermination de la peine applicable;  
la réduction des frais de justice à moitié.

Le dérivé pratique du plaidoyer de culpabilité est le *plea bargaining*. L'accusé, au lieu de se borner unilatéralement à confesser sa faute s'entend avec le ministère public sur l'étendue de l'accusation. Le *plea bargaining* que la Commission de réforme du droit du Canada préfère appeler « entente sur le plaidoyer » est, pour elle, « toute entente suivant laquelle l'accusé accepte de plaider coupable, le poursuivant s'engageant en échange à adopter ou à ne pas adopter une ligne de conduite donnée »<sup>23</sup>. La négociation peut porter :

sur l'accusation, par une réduction d'une qualification, l'abandon de certaines accusations ou la promesse de ne pas poursuivre des infractions, dont il serait possible de faire la preuve, voire la promesse de ne pas tenter de poursuites contre des amis ou la famille du délinquant ;

sur la sentence, par la promesse par le poursuivant de recommander une sentence donnée, de ne pas s'opposer à la sentence recommandée par l'avocat de la défense, de faire comparaître le prévenu devant tel juge ;

sur les faits de la cause par la promesse de ne pas faire état au cours de l'audience de certains faits que le juge pourrait considérer comme aggravants, de ne pas mentionner qu'il a déjà été condamné<sup>24</sup>.

Le recours à la transaction est limité en Angleterre et au Canada à la différence des Etats-Unis soit par la loi, par exemple les articles 108, 109, 127 du Code pénal canadien, soit par la jurisprudence, tel l'arrêt *Turner* en Grande-Bretagne.

C'est aux Etats-Unis que ce procédé est le plus réglementé. Il est susceptible de revêtir plusieurs formes.

---

<sup>23</sup> Inventaire mené par la Commission canadienne sur la détermination de la peine. *Réformer la sentence, une approche canadienne*, Ottawa 1987, p. 446 et s.

<sup>24</sup> Commission de réforme du droit au Canada, *Les discussions et ententes sur le plaidoyer*. Document de travail n° 60, Ottawa 1989, p. 4.

Les autorités judiciaires, en retour de l'aveu de culpabilité, disposent de deux options ayant trait à la révision de l'inculpation d'un côté, et à la recommandation de considérations spéciales au tribunal, de l'autre.

Le procureur joue, en général, le rôle essentiel dans le *plea-bargaining* puisqu'il détient l'exercice de l'action publique. Le droit américain ne limite pas la transaction.

Aux Etats-Unis, le juge est partie prenante. Contrairement à leurs homologues anglais et canadiens, les juges américains participent assez fréquemment au *plea-bargaining*.

La ratification judiciaire a lieu après la conclusion du *negotiated plea* entre le procureur et l'accusé. Le degré de participation d'un magistrat varie. Ainsi un juge peut s'enquérir, par exemple, de l'existence d'une transaction. Il peut aussi essayer de déterminer le caractère volontaire de l'aveu de culpabilité. A ce titre, notons qu'un juge peut interroger le prévenu pour s'assurer du fait que l'accusé comprend que l'aveu de culpabilité résultera dans l'élimination des débats.

Dans la participation judiciaire, le juge est actif lors des négociations.

La révision de l'inculpation peut prendre plusieurs formes. La première implique un changement de l'inculpation d'une catégorie d'infraction à une seconde de moindre importance. La deuxième forme de la révision de l'inculpation a trait à un changement de degré à l'intérieur d'une même catégorie d'infractions. Dans ce cas l'accusé plaide coupable d'avoir commis un crime, délit ou une contravention de moindre importance que l'infraction dont il était accusé à l'origine. Une troisième forme de révision de l'inculpation est fréquente lorsqu'il s'agit de délits complexes ou continus. Dans ce cas les autorités judiciaires peuvent décider d'inculper un délinquant d'une infraction seulement alors que l'infraction est caractérisée par une pluralité d'actes matériels.

Certaines formes de *negotiated plea* ne nécessitent pas de révision de l'inculpation. Dans ce cas, l'accusé plaide coupable en retour d'une promesse de considération spéciale par les autorités judiciaires. Celle-ci peut prendre la forme soit d'une recommandation par le procureur à la cour, soit d'un engagement de la part du juge.

La Cour suprême des Etats-Unis encourage cette pratique qui constituerait « *une composante essentielle de l'administration de la justice criminelle* »<sup>25</sup>.

---

<sup>25</sup> Cour suprême des Etats-Unis, affaire *Santobello* (1971) 404 US 257,260.

Le système anglais n'est pas aussi développé. En Angleterre, la section 48 du *Criminal Justice and Public Order Act* de 1994 indique que la juridiction pour déterminer la peine doit tenir du moment de la procédure où l'accusé a choisi de plaider coupable et les circonstances qui entourent cette décision. Ainsi, cette disposition accrédite l'idée selon laquelle le *guilty plea* bénéficie à l'accusé sous la forme d'une réduction de peine dont le quantum est laissé à la discrétion de la juridiction.

De même en Espagne, une procédure simplifiée est possible lorsque la peine requise par le Ministère public est de nature correctionnelle. L'accusé a la possibilité de donner son accord sur la peine demandée. En pratique, cette procédure est rarement utilisée<sup>26</sup>.

Devant les juridictions pénales internationales, un accord de marchandage n'a pas de valeur obligatoire comme en atteste la décision du Tribunal pénal international pour l'Ex-Yougoslavie Erdemovic du 5 mars 1998 (§§ 18 et 19).

Le marchandage sur la peine n'est donc absolument pas un procédé permettant de parvenir à l'établissement de la vérité, puisque celle-ci est biaisée pour parvenir à un plaidoyer de culpabilité. Notons, le rôle très passif joué par la victime dans ce type de procédé. L'intérêt d'une bonne administration de la justice prime ici sur la recherche de la vérité. A l'inverse, les modes de règlements alternatifs des conflits permettent de tenir compte des intérêts de la victime et de ceux du délinquant.

2°) Les modes abrégés ou simplifiés de règlements des conflits : la recherche d'une solution satisfaisante

L'organisation de procédés rapides

Suite aux nombreuses condamnations de l'Italie par la Cour européenne des droits de l'Homme en raison de la durée excessive de la procédure pénale, l'article 6-1 de la Convention européenne des droits de l'homme a été intégré à la Constitution italienne<sup>27</sup>. En

---

<sup>26</sup> Cf. Sénat, "Les caractéristiques du procès pénal", 1996. [http://www.senat.fr/lc/lc96-25/lc96-25\\_mono.html](http://www.senat.fr/lc/lc96-25/lc96-25_mono.html).

<sup>27</sup> L'article 111 consacre le principe du contradictoire et le respect du délai raisonnable.

outre, il existe de nombreuses procédures spéciales visant à écourter le procès et à favoriser la négociation.

Les procédures spéciales (*procedimenti speciali*) sont traitées aux articles 438 à 464 du code italien.

Le jugement abrégé (*giudizio abbreviato*) est demandé par l'accusé au juge de l'enquête préliminaire près le tribunal. Le jugement intervient en l'état du dossier. C'est un accord sur la procédure et non sur le fond, le juge prononce soit l'acquittement, soit une décision de condamnation. La peine déterminée par le juge, compte tenu des circonstances de l'espèce, est diminuée d'un tiers. Le jugement abrégé ne peut donner lieu à une instruction supplémentaire devant le juge qui se prononce en l'état du dossier contenant les actes de l'enquête préliminaire.

Peut aussi être appliquée la peine sur requête des parties (*applicazione della pena su richiesta delle parti* aussi appelée *patteggiamento*). Pour les infractions punissables d'une peine d'un maximum de deux ans, une minoration de la peine peut être obtenue par un accord direct sur la peine, suite à une négociation entre le parquet et l'accusé sur la peine. La demande peut être faite par le Ministère public, conjointement ou séparément, avec le consentement de la partie qui ne l'a pas formulée. La requête est formulée au cours des investigations préliminaires et jusqu'à l'ouverture du jugement de première instance. Sur la base du dossier en l'état, le juge de l'enquête préliminaire peut soit rejeter la requête ; soit accueillir la requête.

Il existe des procédés permettant également le renvoi rapide en jugement : le jugement direct (*giudizio diretissimo*) et le jugement immédiat (*giudizio immediato*). Le jugement peut résulter d'une procédure écrite (l'ordonnance pénale ou *procedimento per decreto*). Elle peut avoir lieu pour les infractions du ressort du tribunal si le ministère public estime que doit s'appliquer seulement une peine pécuniaire, même si elle est substitutive à la peine d'emprisonnement. L'intéressé est admis à payer une amende forfaitaire (*oblazione*) pour les contraventions punies d'une peine d'amende ou de peines alternatives.

Le code portugais prévoit pour la petite délinquance des procédures simplifiées : une procédure sommaire (*processo sumário*), une procédure abrégée (*processo abreviado*) et une procédure simplifiée (*processo sumaríssimo*).

Les modes de règlements alternatifs des conflits

En France, la loi du 23 juin 1999 a, par son article 2, consacré et développé les modes de règlements alternatifs des conflits (articles 41 à 41-4 du code de procédure pénale).

La plupart des modes instaurés prennent en compte l'intérêt de la victime dont le dommage doit être réparé par l'auteur de l'infraction.

Ces procédés de règlement alternatif des conflits avaient pour objectif de désencombrer les juridictions pénales. Toutefois, leur instauration a induit une multiplication des lieux de justice et un coût important. En pratique, il est recouru à ces procédés plutôt que de classer. Ces procédés ne s'entoureraient pas de garanties suffisantes : la présomption d'innocence est méconnue, les droits de la défense ignorés, les voies de recours n'existent pas, et il n'y a pas de contrôle de l'opinion publique.

Il n'en demeure pas moins que le Conseil de l'Europe a, par diverses recommandations et notamment celle du 23 juin 1983 suggéré aux Etats membres de développer des expérimentations de médiation qui permet la conciliation du délinquant et de la victime, qui facilite la réparation, qui favorise la prévention, qui évite la stigmatisation du délinquant et qui allège la charge des tribunaux.

La recherche de la vérité n'est alors plus du tout prédominante.

Conclusion :

Alors que l'objectif affirmé par la plupart des droits est la vérité, cet objectif n'est en réalité que l'un des buts poursuivis par le procès pénal. En effet, est parfois recherchée la célérité de la procédure afin de désencombrer les juridictions, la recherche de la vérité est également soumise à des contingences matérielles. Enfin, la recherche d'une solution satisfaisante tenant compte des intérêts de tous est parfois l'objectif essentiel, la recherche de la vérité passant alors au second plan.

La justice pénale poursuit ainsi plusieurs objectifs parfois contradictoires qui ne semblent se rejoindre que dans la cadre de la volonté d'une bonne administration de la justice qui primerait sur la recherche de la vérité

## 2/ La constitutionnalisation/conventionalisation du droit de la preuve

Kathia Martin

Fabia de Melo e Silva

### Résumé :

Si l'objet du procès pénal est, en règle générale, la manifestation de la vérité, cette recherche ne justifie nullement le recours à tout moyen de preuve. C'est qu'en effet, des traités posent, au niveau international ou européen, un certain nombre de limites à la recherche de preuves. A cet égard, il est utile d'indiquer l'importance de la Convention européenne des droits de l'Homme, dont l'article 6 prévoit plusieurs garanties en matière d'administration de la preuve. En particulier, ce texte traite d'importants principes qui peuvent être regroupés sous deux axes : celui du principe de l'égalité des armes et celui du principe du contradictoire (V. le rapport sur la « Constitutionnalité / Conventionalité », p.32). Grâce à l'article 6 de la CEDH, la notion de « procès équitable » est entrée dans le patrimoine juridique des Etats européens ayant ratifié la présente Convention.

Pour la Cour européenne, le principe du procès équitable n'est qu'un des aspects du « droit à une bonne administration de la justice », et constitue l'un des droits les plus importants reconnus dans la Convention. Aussi bien, sur le fondement de l'article 6 CEDH, la Cour de Strasbourg n'a pas hésité à condamner le recours à des moyens de preuve obtenus de manière illicite. C'est ainsi qu'en s'appuyant sur l'article 6 §§ 1 et 3-d, elle a affirmé qu'un accusé doit pouvoir contester tout témoignage à charge et interroger l'auteur au moment de la déposition au plus tard; une condamnation ne pouvant se fonder exclusivement sur de témoignages par ouï-dire auprès de fonctionnaires de police. Cette solution a été, d'ailleurs, expressément consacrée, en France, par la récente loi du 15 novembre 2001 relative à la sécurité quotidienne (art. 706-62 C. proc. pén.).

En outre, en droit interne, un processus de constitutionnalisation du droit pénal apparaît. Il s'agit, plus précisément, de la consécration de principes de procédure pénale par les Constitutions nationales. Ainsi, les Constitutions espagnole, portugaise, allemande, et italienne contiennent plusieurs dispositions ayant une incidence en matière de procédure pénale (principe du contradictoire, droit au silence, présomption d'innocence, interdiction d'une obligation de s'accuser soi-même ... etc ; v. pour une étude détaillée, rapport précité, p. 7 et s.).

Il est vrai que la Constitution française ne comporte pas un panel détaillé des principes fondamentaux régissant la procédure pénale. Cependant, le Conseil Constitutionnel a « constitutionnalisé » plusieurs principes relatifs à la preuve pénale (comme la nécessité d'un procès équitable, impliquant le respect des droits de la défense et de la présomption d'innocence).

Par ailleurs, une étude du droit comparé démontre que la jurisprudence constitutionnelle contribue de plus en plus au développement d'un système procédural contradictoire. C'est ainsi que des garanties d'un procès équitable sont établies pour combler les lacunes existantes dans les Constitutions nationales, la jurisprudence constitutionnelle ne manquant pas, en outre, d'apporter des précisions sur l'étendue des droits consacrés par les textes constitutionnels.

Enfin, il est utile d'indiquer que la jurisprudence constitutionnelle se fonde, dans certains cas, sur la jurisprudence de la Cour européenne pour interpréter les droits fondamentaux et les principes consacrés par les Lois Constitutionnelles. Ainsi, le Tribunal Constitutionnel espagnol fait souvent appel à la jurisprudence de la Cour européenne que la doctrine espagnole n'hésite pas à qualifier de « justice constitutionnelle ».

H.M.

L'opposition des deux modèles de procédure pénale, l'un accusatoire de type anglo-saxon et l'autre inquisitoire de tradition romano-germanique, est de moins en moins flagrante. L'analyse du droit comparé nous permet de constater qu'un modèle du "procès contradictoire" se dessine sous l'influence des droits de l'homme tels qu'ils résultent des instruments internationaux de protection des droits de l'homme.<sup>28</sup>

Si en règle générale l'objet du procès pénal est la recherche de la vérité, cette recherche autorise les pouvoirs publics à utiliser des mesures coercitives pouvant porter atteinte aux droits fondamentaux. Par conséquent, l'analyse de l'influence des contraintes internationales de protection des droits de l'homme dans les transformations de la procédure pénale interne s'impose, notamment en ce qui concerne les systèmes de preuves. La Convention européenne des droits de l'homme et les décisions de la Cour européenne des droits de l'homme posent des limites aux méthodes de recherche des preuves.

Parallèlement et en interaction avec ce mouvement provenant du droit international, un processus de constitutionnalisation du droit pénal apparaît en droit interne. Il s'agit de la consécration de principes de procédure pénale soit par les constitutions nationales, soit par les décisions des Cours constitutionnelles qui limitent la recherche des preuves en équilibrant le monopole du pouvoir de punir de l'Etat et la reconnaissance de droits procéduraux aux personnes concernées.

Nous allons dans un premier temps analyser la reconnaissance des principes directeurs de la procédure pénale au niveau international et au niveau interne constitutionnel (A), pour ensuite analyser l'impact des contrôles du respect des principes analysés, tant le contrôle constitutionnel que le contrôle international (B).

#### A) La reconnaissance des principes directeurs de la procédure pénale

Tout d'abord nous allons analyser la reconnaissance des principes directeurs de la procédure pénale dans le système régional européen de protection des droits de l'homme, pour ensuite

---

<sup>28</sup> Voir M. DELMAS-MARTY, "La preuve pénale", *Droits*, n° 23, 1996, p. 54.

examiner comment cette reconnaissance a eu lieu dans certains pays d'Europe (Allemagne, Angleterre, Belgique, Espagne, France, Italie, Portugal) et aux Etats Unis.

Nous n'aborderons pas la reconnaissance des principes ayant une incidence en procédure pénale par le système interaméricain de protection des droits de l'homme. En effet, la Conventionalisation des principes relatifs à la preuve pénale aux Etats Unis ne peut pas être comparée à celle existante dans les pays européens. Certes, le continent américain connaît, à l'instar du système européen, un système régional de protection des droits de l'homme. Les deux grands textes de ce système sont la Déclaration américaine des droits de l'homme de 1948 et la Convention américaine des droits de l'homme du 22 novembre 1969 (textes qui consacrent des principes de procédure pénale et notamment relatifs à la preuve pénale), les organes de contrôle étant la Commission et la Cour interaméricaines des droits de l'homme. Les Etats Unis ont signé la Convention américaine des droits de l'homme le 1er juin 1977, mais sans la ratifier. La Cour interaméricaine, organe de contrôle du respect de la Convention, ne peut pas exercer de contrôle à l'égard Etats Unis. Néanmoins la Commission peut contrôler le respect de la Déclaration américaine par les Etats Unis et ce texte traite, entre autres, de la protection de la liberté et de la sécurité de la personne (I), sur la protection de la vie privée (art. V), du domicile (IX) et e la correspondance (X), sur le droit à la justice (XVIII), sur la présomption d'innocence et le droit à un procès régulier (XXVI).

1°) La « conventionalisation »

Dans le texte conventionnel européen de protection des droits fondamentaux, quelques dispositions ayant une incidence en matière d'administration de la preuve pénale sont énoncées. Tout d'abord la notion de « procès équitable » doit être retenue. Grâce à l'article 6 de la CESDH cette notion est entrée dans le patrimoine juridique des Etats de l'Europe continentale. En fait, la notion du procès équitable a son origine dans les pays de *common law*. En Angleterre, il s'agit, pour certains auteurs, de la transposition en droit processuel de la notion du *fair play* en sport. Néanmoins, à l'époque pré-conventionnelle, elle existait déjà dans

l'ordre juridique des pays de tradition romano germanique sous le nom de « droit à être entendu »<sup>29</sup>.

A cause de son intégration dans les divers ordres juridiques, plusieurs traductions du mot « équitablement » peuvent être rencontrées : *fair hearing* en anglais britannique<sup>30</sup> ; *in billiger Weise*, en allemand; *equitativo*, en Italien ; *de manera equitativa* en espagnol ; *processo justo* en portugais.

Pour la Cour Européenne le principe du procès équitable n'est qu'un des aspects du « droit à une bonne administration de la justice » et constitue l'un des droits les plus importants reconnus dans la convention, faisant l'objet d'une jurisprudence massive.

Plusieurs garanties de procédure sont prévues à l'art. 6 de la CESDH, notamment, le droit d'accès à un tribunal, l'indépendance et l'impartialité des tribunaux, devant être établis par la loi, la publicité de la procédure et l'oralité de celle-ci et du jugement ; le droit d'avoir une défense réelle ; le droit d'avoir le temps et les moyens nécessaires pour préparer sa défense.

En matière d'administration de la preuve, cet article traite d'importants principes qui doivent orienter les procédures pénales des Etats-parties et qui peuvent être regroupés sous deux axes : celui du principe d'égalité des armes et celui du principe du contradictoire.

Le principe d'égalité des armes, dans la pratique, signifie que la défense doit jouir d'une position équilibrée vis-à-vis du Ministère Public dans le procès. Par exemple, l'art. 6, § 3, « d » prévoit le droit du prévenu d'avoir la possibilité de faire valoir ses moyens de défense, en particulier, de présenter des témoins à décharge dans les mêmes conditions que l'accusation peut présenter les témoins à charge.

Cependant l'égalité des armes ne veut pas dire que le juge est obligé d'accepter tous les arguments et moyens de preuve qu'une partie lui propose, ce qui a été affirmé maintes fois

---

<sup>29</sup> F. MATCHER, *Le Droit à un procès équitable dans la jurisprudence des organes de la Convention Européenne des droits de l'homme*. Allemagne : Conseil de l'Europe, Collection Science et Technique de la démocratie, n°28, 2000, p. 10.

<sup>30</sup> A titre d'information, *due process of law* en anglais américain.

par la Cour de Strasbourg<sup>31</sup>. Ainsi, le juge peut rejeter certaines preuves s'il est satisfait du résultat des preuves déjà produites, ou s'il peut considérer que les preuves présentées ou demandées ne sont pas pertinentes ou si elles constituent des moyens ne tendant qu'à l'obstruction de la procédure.

La Cour a eu l'occasion de préciser qu'il revient aux tribunaux internes de vérifier l'opportunité des preuves<sup>32</sup>. Cependant, elle contrôle si la non admission de certains moyens de preuve est compatible avec le principe du procès équitable.

Le principe du contradictoire est reconnu universellement. Il se traduit par le droit de chaque partie à la production de preuves en sa faveur et de se manifester sur tous les éléments de preuve présentés au juge. En règle générale, les éléments de preuve doivent être produits devant l'accusé en audience publique pour donner la possibilité d'un débat contradictoire.

Sous ce fondement la Cour de Strasbourg, dans l'affaire *Delta c. France*<sup>33</sup> a condamné ce pays par violation de l'art. 6 §§1er et 3, "d" de la CESDH. La Cour a statué : « Il n'en résulte pourtant pas que la déclaration d'un témoin doive toujours se faire dans le prétoire et en public pour pouvoir servir de preuve : utiliser de la sorte des dépositions de témoins remontant à la phase d'instruction préparatoire ne se heurte pas en soi aux paragraphes 1 et 3 d) de l'art. 6, sous réserve du respect des droits de la défense. 'Un accusé doit se voir' accorder une occasion adéquate et suffisante de contester un témoignage à charge et d'interroger l'auteur, au moment de la déposition ou plus tard ». La Cour a accepté l'allégation du requérant selon laquelle sa condamnation a été fondée exclusivement sur la base de témoignages par oui-dire auprès de fonctionnaires de police, et la Cour a considéré que l'accusé n'a pas eu une occasion suffisante d'interroger les témoins, et par conséquent, d'exercer son droit au contradictoire<sup>34</sup>.

Mais cela ne veut pas dire que l'accusé a un droit illimité au moment de l'interrogation des témoins à charge. La Cour a décidé qu'un "accusé ne possède pas, en vertu de cette

---

<sup>31</sup> *Affaires Bricmont/Belgique* 7.7.1989, A/158 §§ 88, 89 ; *Vidal/France*, 22.4.1992, A/235-B § 33 cité par F. MATSCHER, *op. cit.*, p. 15.

<sup>32</sup> Arrêt de la Cour EDH *Barberà, Messeguè et Jabardo c. Espagne*, du 6/12/1998, A n°146, p. 31, §70 cité par F. QUILLERE-MAJZOUB, *La Défense du droit à un procès équitable*. Bruxelles : Bruylant, 1999, p. 69.

<sup>33</sup> Cet arrêt est du 19/12/1990. Cité par F. QUILLERE-MAJZOUB *op. cit.*, p. 70.

<sup>34</sup> Décision similaire dans l'arrêt *Barberà, Messeguè et Jabardo* précité, p. 33, §78 et pp. 36, 37, §87, cité par F. QUILLERE-MAJZOUB, *op. cit.*, p. 70.

disposition, le droit illimité de poser des questions à des témoins déposant contre lui en justice. L'exercice de ce droit est subordonné à l'appréciation du Tribunal sur la pertinence des questions pour aider à la découverte de la vérité et par conséquent sur leur nécessité »<sup>35</sup>.

L'Organe de Strasbourg a eu l'occasion de se prononcer aussi sur la possibilité d'admission de l'usage par l'accusation de moyens de preuves obtenus de manières illicites. Par exemple, dans l'affaire *Schenk c. Suisse*<sup>36</sup>, la Cour a évalué la procédure d'une manière globale - sans juger l'opportunité de chaque moyen de preuve qui a été produit - pour vérifier l'existence ou l'inexistence de l'équilibre entre les parties, et par conséquent, du respect du procès équitable<sup>37</sup>. Dans le cas d'espèce, malgré la pièce à conviction illicite, la Cour a considéré que ce principe a été respecté. Néanmoins, quatre de ses juges ont défendu des opinions dissidentes, sous l'argument qu'il n'y a pas d'équité dans un procès instruit avec ce type de preuve de caractère illégale et déloyale.

C'est aussi important de citer l'affaire *Bricmont c. Belgique*<sup>38</sup>, où ce pays a été condamné par violation de l'art. 6 de la CESDH. Il s'agissait d'une poursuite engagée contre l'accusé sous le fondement d'accusations formulées par le Prince où le requérant a allégué que les conditions d'audition du prince (caractérisée par l'absence de confrontation entre les parties) n'étaient pas conformes au principe du contradictoire. La Cour a estimé que l'accusé avait le droit de contester tout aspect de la déposition du plaignant dans le cadre d'une confrontation ou d'une audition, même lorsqu'il s'agit de l'audition du Prince. Dans un autre affaire, *Borges c. Belgique*<sup>39</sup>, la Cour a reconnu la possibilité à l'accusé de prendre position sur le point de vue de l'accusation, et pour cela, il doit avoir toujours le « dernier mot ».

On peut constater que ces deux principes – l'égalité des armes et le contradictoire – sont complémentaires. Le contradictoire doit toujours respecter l'égalité des armes, mais il faut préciser que sa portée va au-delà de celle-ci et englobe le vaste champ des droits de la

---

<sup>35</sup>. M. VAN DE KERCHOVE. *La preuve en matière pénale dans la jurisprudence de la Cour et de la Commission européennes des droits de l'homme*. RSC, 1992, p. 12.

<sup>36</sup>. Arrêt du 12/07/1988, A n°140, §49, cité par F. QUILLERE-MAJZOUB, *op. cit.*, p. 71.

<sup>37</sup>. La Cour estime que son rôle n'est pas de contrôler de l'opportunité des preuves acceptées par le juge, mais si dans l'ensemble le principe du procès équitable a été respecté.

<sup>38</sup>. Arrêt du 07/07/1989, A, n°158, p. 30, §81, cité par F. QUILLERE-MAJZOUB, *op. cit.*, p. 71.

<sup>39</sup>. Arrêt du 30/10/1991, A n°214-B, cité par F. MASTCHER, *op. cit.*, p. 17.

défense, par exemple, l'audition de témoins anonymes, et les dépositions écrites de témoins qui n'ont pas été interrogés à l'audience<sup>40</sup>.

L'exercice du contradictoire ne peut pas non plus être dissocié du respect du principe de la présomption d'innocence, prévu à l'art. 6 §2 de la CESDH<sup>41</sup> et qui pose également des garanties en matière d'administration de la preuve<sup>42</sup>. Par ailleurs, ce principe a fait l'objet d'une interprétation relativement large par les organes de la Convention.

D'abord, ce principe ne s'applique pas seulement à l'état d'esprit des juges au moment d'exercice de ses fonctions, mais aussi vis-à-vis d'autres personnes qui participent à la procédure : membre du Parquet et les parties civiles, les experts et les témoins, qui ne peuvent pas traiter l'accusé comme « coupable » avant qu'il soit déclaré en tant que tel par un tribunal compétent. Ensuite, la charge de la preuve incombe au Ministère Public, le doute profitant à l'inculpé<sup>43</sup>.

Si l'art. 6 regroupe des principes essentiels en matière de preuve pénale, il n'est pas le seul à le faire. Les articles 3 et 8 de la CESDH fixent des normes qui vont jouer un rôle très important au moment de la production de preuves :

L'art. 3, interdisant le recours à la torture ainsi qu'à des traitements inhumains ou dégradants, a une incidence très importante surtout au moment de l'interrogatoire de l'accusé.

L'art. 8, à son tour, dispose sur le droit au respect de la vie privée et familiale. Selon cet article, alinéa 1, « toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance ». Dans son alinéa 2, sont prévues les hypothèses de restriction de ce droit parmi lesquelles se trouve l'ingérence de l'autorité publique pour la prévention des infractions pénales.

<sup>40</sup> Arrêt *Windisch c. Autriche*, du 27/09/1990, A, n°186 ; *Lundi c. Suisse*, du 15/06/1992, A, n°238 ; *Van Mechelen et autres c. Pays-Bas*, du 23/04/1997, Rec. 1997, 691, cité par F. MASTCHER, *op. cit.*, p. 20.

<sup>41</sup> *Deweert c. Belgique*, du 27/02/1980, A, n°35, § 56 ; *Minelli c. Suisse*, 25/03/1983, A, n°62, § 27 ; *Allenet de Ribemont c. France*, du 10/02/1995, A, n°208, § 35, cité par F. MASTCHER, *op. cit.*, p. 20.

<sup>42</sup> La Cour a affirmé que ce principe s'applique à une personne accusée d'une infraction pénale, et cela indépendamment des poursuites, mais il n'est pas applicable à une personne déjà condamnée.

<sup>43</sup> Comm.EDH D 7950/77, *X.Y.Z. c/ Autriche*, 4 mars 1980, DR 19, p. 221, cité par M. VAN DE KERCHOVE. *La preuve en matière pénale dans la jurisprudence de la Cour et de la Commission européennes des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 7.

Ces règles représentent des principes directeurs de la procédure pénale pour les Etats partie et contribuent à une harmonisation des règles internes de procédure. L'étude de la constitutionnalisation de ces principes mettra en exergue ce processus d'harmonisation.

## 2°) La « constitutionnalisation »

L'existence de quatre vagues de constitutionnalisation en Europe témoigne de l'évolution de l'ouverture des textes constitutionnels à des dispositions relatives aux droits de l'homme ayant des incidences en matière pénale. La première a eu lieu à la fin du XIX<sup>ème</sup> siècle et au début du XX<sup>ème</sup> siècle, les dispositions en matière pénale n'ayant pas été développées. La deuxième vague est intervenue à la suite de la 2<sup>e</sup>. Guerre Mondiale, le souci d'une plus grande protection des droits de l'homme en réponse aux barbaries commises par le nazisme et le fascisme étant à la base de leur élaboration. Appartiennent à cette vague notamment les constitutions française de 1946<sup>44</sup>, italienne de 1948 et allemande de 1949. La troisième vague correspond à la chute des régimes autoritaires des années 70. Les constitutions portugaise de 1976 et espagnole de 1978 constituent des exemples de cette vague. Enfin, la quatrième vague a eu lieu dans les années 80/90 et correspond à la constitutionnalisation dans les pays de l'Europe de l'est.

Même si nous ne pouvons pas parler d'un mouvement de constitutionnalisation en Angleterre, nous devons citer la très ancienne reconnaissance de principes en matière de procédure pénale par la "Pétition des droits" (1628), ayant reconnu le droit à une procédure régulière à toute personne soumise à jugement et par l'*Habeas Corpus Act* (1679) protégeant la liberté d'aller et venir des personnes.

L'ancienneté de la reconnaissance des principes de procédure pénale peut être également constatée aux Etats Unis. La constitutionnalisation des principes de procédure pénale et notamment des principes relatifs à la preuve pénale est intervenue très tôt. La Constitution fédérale américaine, nommée «la Constitution de la liberté qui protégerait l'individu contre

---

<sup>44</sup>. Si les dispositions de la Déclaration de 1789 pouvaient avoir d'incidence en matière pénale, elle n'a intégré le bloc de constitutionnalité que beaucoup plus tard.

toute coercition arbitraire»<sup>45</sup> a été ratifiée en 1787 ayant été amendée de dix articles appelés le *Bill of rights* en 1791. La Constitution fédérale est au sommet des sources écrites relatives à la procédure pénale américaine et les dix *amendments* constituent un véritable mini-code de procédure pénale. Ces *amendments* sont directement applicables et ont pour objectif, en donnant à l'individu des moyens procéduraux d'action, de le "protéger contre l'oppression de l'Etat fédéral"<sup>46</sup> ainsi que depuis 1950-1960, contre la puissance des Etats fédérés. Ce dernier objectif est l'œuvre de la Cour suprême fédérale qui, sous la présidence de son *Chief Justice* Earl Warren, nommé en 1953 et en poste jusqu'en 1969, a constitutionnalisé de vastes pans de la procédure pénale. La Cour a en effet imposé aux Etats et aux autorités judiciaires locales le respect de certaines garanties de la défense contenues dans les *amendments*, garanties instituées à l'origine comme devant protéger les seuls accusés fédéraux contre les abus éventuels de la police, de la poursuite, du juge et du législateur.

Ce sont les dix premiers *amendments* ainsi que le *XIVe amendment* voté en 1866, qui ont été utilisés. Peuvent être cités le *IVe amendment*, qui garantit les personnes contre les perquisitions et les saisies abusives<sup>47</sup> ; le *Ve amendment*, qui exige le droit à un *grand jury* (c'est-à-dire un jury dont le rôle est de se prononcer – au vu des éléments de preuve – sur la nécessité de traduire l'inculpé en jugement), qui interdit qu'un même individu soit jugé deux fois pour le même crime<sup>48</sup>, qui rend inadmissible le fait d'obliger l'accusé à témoigner contre lui-même (*self-incrimination*) et exige que le jugement se déroule avec des garanties légales suffisantes (*due process of law*) ; le *VIe amendment*, qui accorde aux accusés un jugement rapide et public par un jury impartial du district de commission de l'infraction, qui garantit à l'accusé le droit d'être informé de la nature et des causes de l'accusation, qui lui permet d'être confronté aux témoins à charge et de faire comparaître les témoins à décharge et enfin d'avoir l'assistance d'un avocat ; le *XIVe amendment*, qui interdit de condamner sans garantie légale suffisante (*due process clause*) et de refuser à quiconque l'égalité protection des lois<sup>49</sup>.

Il faut noter que les lois et les décisions judiciaires contraires aux garanties prévues par le *Bill of rights* ont été annulées pour inconstitutionnalité. Lorsque l'une de ces garanties était jugée

<sup>45</sup> F. HAYEK, *La Constitution de la liberté*, Litec, 1994, pages 177-180.

<sup>46</sup> A. COX, *The Court and the Constitution*, page 38.

<sup>47</sup> Depuis l'ère Warren, les preuves obtenues de façon illicite sont nulles et les poursuites doivent être abandonnées. C'est cette règle qu'on appelle l'*exclusionary rule*.

<sup>48</sup> *Guarantee against double jeopardy*.

<sup>49</sup> Voté au lendemain de la guerre de Sécession, il tendait à imposer aux ex-Etats confédérés le respect d'une certaine loyauté judiciaire à l'égard des accusés noirs

essentielle, la Cour suprême l'incorporait dans son interprétation de la *due process clause* du XIV<sup>e</sup> *Amendment*, ce qui obligeait les Etats à la respecter à l'avenir. En matière de preuve, tous les droits du *Bill* ne sont pas essentiels et inversement, certains droits essentiels ne sont pas dans le *Bill*. Même si, au niveau fédéral, le législateur, s'inspirant de la jurisprudence, a en outre codifié les règles fédérales de preuve<sup>50</sup>, les principes fondamentaux relatifs à la preuve se trouvent au sommet dans la Constitution et ses *amendments*. C'est pourquoi, on peut parler de constitutionnalisation des principes relatifs au droit de la preuve aux Etats-Unis.

La constitutionnalisation de principes directeurs de la procédure pénale dans les pays d'Europe s'est déroulée à des rythmes et à des degrés différents. Cette constitutionnalisation est donc inégale, certaines constitutions disposant de manière beaucoup plus détaillée que d'autres en ce qui concerne les droits fondamentaux dirigeant la procédure pénale. De l'histoire de chaque pays nous pouvons constater qu'à la suite d'un régime autoritaire, les constitutions tentent d'être les plus protectrices et interventionnistes possibles. En outre, nous ne pouvons pas oublier l'importance du droit international des droits de l'homme dans ce processus de constitutionnalisation. Le processus d'internationalisation des droits fondamentaux et du droit pénal n'est pas sans conséquences sur le processus de constitutionnalisation. Enfin, comme nous allons l'étudier ci-après, l'inscription des principes dans le texte constitutionnel n'est pas la seule forme de constitutionnalisation.

Dans le cadre européen, les constitutions portugaise et espagnole possèdent les catalogues les plus précis et complets en matière de droits constitutionnels<sup>51</sup>, prévoyant plusieurs principes de procédure pénale.

La **Constitution portugaise** date du 2 avril 1976. Elle a été modifiée successivement par les lois constitutionnelles du 30 septembre 1982, 8 juillet 1989, 25 novembre 1992, 20 septembre 1997, cette dernière réforme ayant réalisé une révision quasi-générale du texte

---

<sup>50</sup>. Ont été promulguées en 1975 les *Federal Rules of Evidence* qui servent aujourd'hui de référence exclusive pour les juges fédéraux.

<sup>51</sup>. Cf. P. BON, "La constitutionnalisation du droit espagnol", op. cit., p. 44.

constitutionnel<sup>52</sup>. La constitutionnalisation du droit pénal a été importante et a eu des conséquences en matière de procédure pénale, notamment en matière probatoire. Plusieurs dispositions constitutionnelles peuvent être citées en ce sens : art. 20 (accès au droit et tutelle juridictionnelle effective), art. 25 (droit à l'intégrité de la personne), art. 26 (droit au respect, à la réputation, à l'image, à la parole, à la protection de l'intimité de la vie privée et familiale, à la non-discrimination, parmi d'autres), art. 27 (droit à la liberté et à la sécurité), art. 28 (droits liés à la garde à vue et à la détention préventive), art. 31 (*habeas corpus*), art. 34 (inviolabilité du domicile et de la correspondance) et notamment l'art. 32 relatif aux garanties de procédure.

De la Constitution et du CPP ressort la nature accusatoire de la procédure pénale portugaise associée à un principe d'investigation. Selon l'article 32, 5 de la Constitution, «le procès pénal a un caractère accusatoire. Le déroulement du procès et les actes de l'instruction déterminés par la loi seront soumis au principe des débats contradictoires». Un tel caractère accusatoire est néanmoins atténué par la mise en place d'une investigation officielle, comme le précise bien l'exposé des motifs du CPP.

Le principe de la présomption d'innocence a été consacré par la Constitution portugaise. Selon l'art. 32, 2, « tout prévenu est présumé innocent jusqu'à ce que sa condamnation soit devenue définitive. Le jugement doit avoir lieu dans les plus brefs délais compatibles avec les garanties de la défense ». Le principe de la présomption d'innocence doit donc également assurer à l'accusé qu'il sera jugé dans un délai raisonnable.

L'art. 32-8 de la Constitution limite la recherche de la vérité lorsqu'il dispose que "sont nulles toutes les preuves obtenues par la torture, la contrainte, l'atteinte à l'intégrité physique ou morale de la personne, l'immixtion abusive dans la vie privée, dans le domicile, la correspondance ou les télécommunications".

---

<sup>52</sup> La constitutionnalisation du droit, y compris du droit pénal, au Portugal a été aussi rapide que la constitutionnalisation du droit en Espagne, ce qu'on aura occasion de vérifier ensuite. Selon P. BON, les raisons de ce phénomène ont été la sacralisation de la Constitution: le Portugal, comme l'Espagne, lors de l'adoption de la constitution venait de passer d'un régime autoritaire à un régime démocratique. De plus, la Constitution portugaise a elle aussi, et même plus que la constitution espagnole, été "interventionniste en ce sens qu'elle a cherché à régir les principaux aspects de l'ordre juridique". P. BON, "La constitutionnalisation du droit espagnol", *Revue française de droit constitutionnel*, 1991, pp 34 à 64.

L'assistance d'un avocat est aussi garantie constitutionnellement. Selon l'art. 20-2 de la Constitution: "toute personne a droit, conformément à la loi, à l'information et à la consultation juridique, à l'aide judiciaire et à se faire accompagner d'un avocat devant toute autorité". L'art. 32-3 relatif aux garanties de procédure dispose, à son tour, que "le prévenu a le droit de choisir un défenseur et d'être assisté par celui-ci dans tous les actes de la procédure. La loi précise les cas et les phases où l'assistance par un avocat est obligatoire".

En ce qui concerne la **constitution espagnole**, la constitutionnalisation des différentes branches du droit, y compris du droit pénal peut être également constatée, ainsi que l'existence des nombreuses dispositions relatives aux droits et libertés insérées dans son corps<sup>53</sup>.

Les dispositions concernant la procédure pénale sont nombreuses et détaillées. La Constitution définit, par exemple, les rôles du MP (art. 124) et de la police (art. 126). Elle traite également du "pouvoir judiciaire" et elle dispose, dans son art. 120, que :

"1 - Les actes judiciaires seront publics, hormis les exceptions prévues par les lois sur la procédure.

2 – La procédure sera principalement orale, surtout en matière criminelle.

3 – Les sentences seront toujours motivées et seront prononcées en audience publique"

L'article 24-2 de la Constitution espagnole est un exemple très important de ladite constitutionnalisation des principes de procédure pénale. Il porte sur plusieurs droits de l'accusé. Selon cet article, "...toute personne a le droit d'aller devant le juge ordinaire déterminé préalablement par la loi, de se défendre et de se faire assister par un avocat, d'être informée de l'accusation portée contre elle, d'avoir un procès public sans délais indus et avec toutes les garanties, d'utiliser les preuves nécessaires à sa défense, de ne pas faire de déclaration contre elle-même, de ne pas s'avouer coupable et d'être présumée innocente. La loi réglera les cas dans lesquels, pour des raisons de parenté ou relevant du secret professionnel, une personne ne sera pas obligée à faire des déclarations sur des faits présumés délictueux".

Relativement au recueil de la preuve, l'art. 18 de la Constitution espagnole dispose :

"1 – Le droit à l'honneur, à l'intimité personnelle et familiale et à sa propre image est garanti.

---

<sup>53</sup> Outre le fait de la consécration des droits fondamentaux dans le texte constitutionnel, le contrôle de constitutionnalité en Espagne a une très grande importance en matière pénale et notamment en matière probatoire, ce qu'on aura occasion d'en parler.

- 2 – Le domicile est inviolable. Aucune irruption ou perquisition ne sera autorisée sans le consentement de celui qui y habite ou sans décision judiciaire, hormis en cas de flagrant délit.
- 3 – Le secret des communications et, en particulier, des communications postales, télégraphiques et téléphoniques est garanti, sauf décision judiciaire.
- 4 – La loi limitera l'usage de l'informatique pour garantir l'honneur et l'intimité personnelle et familiale des citoyens et le plein exercice de leurs droits"...

Certains de ces droits sont également prévus dans la **Loi fondamentale allemande**, qui contient plusieurs dispositions ayant une incidence en matière procédurale pénale. Elle établit tout un catalogue de droits dans ses articles 101 à 104 ayant des conséquences en procédure pénale appelés communément "droits fondamentaux judiciaires". C'est notamment le cas de la prohibition des tribunaux d'exception et le droit au juge légal (art. 101), droit à être entendu en justice (art. 103-1), l'interdiction de maltraiter les personnes arrêtées et la garantie du contrôle juridictionnel de la privation de liberté (art. 104). En plus de ce catalogue spécifique visant la justice pénale, un autre répertoire de droits fondamentaux généraux est établi par les articles 1 à 19 de la Loi fondamentale. Sont protégés le domicile (art. 13), la correspondance (art. 10), la liberté d'aller et venir, la dignité de l'être humain, etc. Nous pouvons pourtant constater l'absence d'importants droits fondamentaux dans ces catalogues. C'est notamment le cas des droits de la défense, de la présomption d'innocence et de l'interdiction d'une obligation de s'accuser soi-même. Toutefois cette absence ne signifie pas que ces droits n'ont pas de valeur constitutionnelle, les carences de la Loi fondamentale sont couvertes par les juridictions qui se fondent sur d'autres dispositions plus générales pour garantir ces droits<sup>54</sup>.

A l'instar de la Constitution allemande, la **Constitution italienne**, entrée en vigueur le 1er janvier 1948, a été élaborée dans un contexte d'après-guerre de forte prise en considération des droits de l'Homme ; ce qui explique qu'elle soit très protectrice. Les grands principes de droit pénal et de procédure pénale sont inscrits dans la constitution et on vérifie qu'ils sont en parfaite conformité avec la Convention Européenne des Droits de l'Homme (CESDH), entrée en vigueur en Italie le 26 octobre 1955. Les articles 2<sup>55</sup> et 10<sup>56</sup> de la Constitution italienne

---

<sup>54</sup>. Cf. K. AMELUNG, "Constitution et procès pénal en Allemagne", *RSC*, 1994, p. 461.

<sup>55</sup>. L'article 2 de la Constitution dispose : « La République reconnaît et garantit les droits inviolables de l'Homme, aussi bien en tant que personne que dans les formations sociales où il développe sa personnalité (...) ».

<sup>56</sup>. L'article 10 dispose : "Le système juridique italien se conforme aux normes de droit international généralement reconnues".

sont des bons exemples de l'importance des droits fondamentaux et de l'ouverture de la Constitution italienne au droit international des droits de l'homme.

Les grands principes de droit pénal et de procédure pénale énoncés par la CESDH se retrouvent dans la Constitution et sont détaillés ensuite dans les codes respectifs<sup>57</sup>. En 1999, est introduite la notion de «procès juste» (*giusto processo*) qui englobe les garanties du procès équitable de l'article 6 de la CESDH. Le droit à un procès équitable est garanti par les articles 24<sup>58</sup> et 111<sup>59</sup> de la Constitution, ce dernier énonçant les principes essentiels de la procédure pénale italienne. Il faut remarquer qu'à la suite de la réforme constitutionnelle de 1999, il en est résulté la nécessité de lois d'application. Ont ainsi été votées la loi du 13 février 2001 qui modifie le régime de protection et de sanctions applicable aux repentis et développe les dispositions en faveur des témoins et la loi du 1er mars 2001 qui modifie le code pénal et le code de procédure pénale en matière de formation et d'évaluation de la preuve.

Particulièrement en matière de preuves, la constitution garantit le principe de la présomption d'innocence (art. 27)<sup>60</sup> et le principe du contradictoire (art. 111). Il faut noter que lorsqu'il s'agit du principe du contradictoire, le texte constitutionnel est très détaillé. L'article 111- 2, en reprenant le texte de l'article 6-1 de la CESDH, prévoit le principe du contradictoire entre les parties, dans des conditions d'égalité. Ce même article, à alinéa 3 développe ce qui signifie le principe du contradictoire, en déterminant entre autre que *«Dans le procès pénal, la loi garantit que la personne accusée d'une infraction... du temps et des conditions nécessaires pour préparer sa défense ; ait la faculté, devant le juge, d'interroger ou de faire interroger les personnes qui font des déclarations à sa charge, d'obtenir la convocation et l'interrogatoire de personnes pour sa défense dans les mêmes conditions que l'accusation et d'obtenir l'acquisition de tout autre moyen de preuve en sa faveur ; soit assistée par un interprète si elle ne comprend pas ou ne parle pas la langue employée durant le procès. »*. L'art.111-4 prévoit que *« Le procès pénal est soumis au principe du contradictoire dans la formation de la preuve. La culpabilité de l'accusé ne peut être prouvée sur la base de déclarations faites par celui qui, par libre choix, s'est toujours volontairement*

<sup>57</sup>. Le code pénal italien est entré en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 1931 ; il a subi de nombreuses réformes et de nombreuses commissions ont successivement travaillé sur un projet de réforme global, sans qu'aucun n'ait abouti. Le nouveau code de procédure pénale italien est entré en vigueur le 24 octobre 1989 et continue d'être régulièrement modifié.

<sup>58</sup>. *« Toute personne peut agir en justice pour la protection de ses droits et de ses intérêts légitimes. La défense est un droit inviolable à toute étape de la procédure.*

*On assure à toute personne qui n'en a pas les moyens de pouvoir agir et se défendre devant toute juridiction. La loi détermine les conditions et les modes de réparation des erreurs judiciaires. »*

<sup>59</sup>. Modifié par la loi constitutionnelle du 23 novembre 1999 qui introduit ses cinq premiers paragraphes.

<sup>60</sup>. *« l'accusé n'est pas considéré coupable jusqu'à la condamnation définitive ».*

*soustrait à un interrogatoire de la part de l'accusé ou de son défenseur. ».* Enfin, l'alinéa 5, de l'art. 111, dispose que «*La loi régleme les cas dans lesquels la formation de la preuve ne se déroule pas de façon contradictoire par acceptation de l'accusé, par impossibilité vérifiée et de nature objective ou par l'effet prouvé d'une conduite illicite.*»

Le principe du contradictoire exige que l'accusé puisse interroger celui qui a porté contre lui un témoignage qui pourrait à lui seul déterminer sa culpabilité. Si tel n'est pas le cas, c'est-à-dire si le témoin refuse de répondre à l'accusé ou à son défenseur, la culpabilité de l'accusé ne saurait être considérée comme étant prouvée. En d'autres termes, le silence du témoin empêche la preuve de la culpabilité. Le législateur a été contraint de rationaliser le droit au silence pour faciliter la formation de la preuve (loi du 1er mars 2001). Le témoin n'a pas droit au silence ; l'accusé qui parle de lui a droit au silence ; l'accusé qui parle d'autres accusés dans des procès connexes est considéré comme un témoin et n'a pas droit au silence. La grande nouveauté concerne l'accusé qui parle de lui et de ses coaccusés : il sera considéré comme témoin et n'aura pas droit au silence s'il a été acquitté ou condamné par un jugement définitif (néanmoins quelques protections existent : interdiction de faire déposer la personne déjà jugée sur des faits qui ont constitué l'objet du procès à sa charge, quand ayant été condamnée, la personne a nié sa responsabilité ou bien n'a rien dit ; interdiction d'utiliser, dans un procès en révision ou dans un procès civil ou administratif, contre celui qui les a rendus, les témoignages faits, même s'ils l'ont été dans le respect des garanties).

La richesse des textes constitutionnels européens analysés jusqu'ici en matière de droits fondamentaux ayant une incidence en matière de procédure pénale est en contraste avec le catalogue modeste des principes prévus par les constitutions belge et française.

La **Constitution belge** du 17 février 1994 ne contient que quelques dispositions ayant une incidence en matière pénale et particulièrement en matière de preuve en dépit de sa jeunesse. Sont protégés par ce texte constitutionnel le domicile (art. 15), la vie privée et familiale (art. 22), le secret "des lettres", tout en remarquant que la loi déterminera quels sont les agents responsables de la violation du secret des lettres confiées à la poste (art. 29), la publicité des audiences "à moins que cette publicité ne soit dangereuse pour l'ordre ou les mœurs", dans ce cas le tribunal doit le déclarer par un jugement et s'il s'agit d'un délit politique ou de presse, le huis clos doit être prononcé à l'unanimité (art. 148).

La **Constitution française**, à l'instar de la constitution belge, ne contient pas un panel détaillé des droits fondamentaux qui encadrent la procédure pénale comme les constitutions allemande, portugaise, espagnole ou italienne. Pourtant, le Conseil constitutionnel, par ses décisions, a constitutionnalisé plusieurs principes relatifs à la preuve pénale. L'ampleur de la constitutionnalisation du droit en France ne doit donc pas être minimisée.

Le Conseil constitutionnel français s'appuie sur l'article 62, alinéa 2, de la Constitution, en vertu duquel ses décisions s'imposent "*aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles*", pour estimer que l'autorité de ses décisions s'attache non seulement au dispositif mais aussi aux motifs dès lors "*qu'ils en sont le soutien nécessaire et en constituent le fondement même*"<sup>61</sup>. De plus, selon le Professeur Serge GUINCHARD, la jurisprudence du Conseil tend à bénéficier de plus en plus d'une forme de rayonnement indirect<sup>62</sup>.

En matière pénale, il faut noter que le droit répressif français possède diverses sources : des sources législatives, réglementaires et constitutionnelles. En ce qui concerne ces dernières, intègrent le bloc de constitutionnalité<sup>63</sup> les dispositions du texte de 1958, mais également la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789<sup>64</sup>, le préambule de la Constitution de 1946<sup>65</sup> et les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République. Les sources de la procédure pénale sont essentiellement législatives, d'où l'importance de sa

<sup>61</sup> Déc. 62-18 L, 16 janvier 1963, *Loi d'orientation agricole*, *Recueil*, 31 ; *RJC*, p. II-9.

<sup>62</sup> En effet, la jurisprudence du Conseil s'impose aux juridictions administratives et judiciaires. Ses réserves d'interprétation obligent notamment le juge ordinaire à les imposer au pouvoir réglementaire, lorsque celui-ci intervient pour préciser une loi, ou encore à prendre en considération la jurisprudence constitutionnelle lors de l'application d'une loi sur la constitutionnalité de laquelle le Conseil constitutionnel a opposé des réserves. De plus, La Cour de cassation a développé une véritable jurisprudence constitutionnelle « *dans la mesure où elle est juge de la constitutionnalité des actes juridictionnels (la violation de la Constitution est un cas d'ouverture de cassation pour violation de la loi) et de la constitutionnalité des actes administratifs (elle juge de leur légalité par voie d'exception et, dans le cas de la voie de fait, par voie d'action)* » ; voir sur ce point S. GUINCHARD, M. BANDRAC, X. LAGARDE et M. DOUCHY, *op. cit.*, p.p. 215-218.

<sup>63</sup> Voir, à ce propos, L. FAVOREU, "Le principe de constitutionnalité", *Mélanges Eisenmann*, Paris : Cujas, 1975, p. 33. Voir, également, Conseil constitutionnel, 71-44 DC du 16 juillet 1971, *Liberté d'association*, *In Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 4<sup>ème</sup> éd., Paris, 1986, n° 20, p. 239.

<sup>64</sup> En matière procédurale pénale, le principe de la présomption d'innocence est prévu par la déclaration de 1789 (IX). Cet article a été invoqué pour la première fois dans une décision du Conseil constitutionnel du 9 janvier 1980 (80-109 DC) mais n'est pas appliqué parce qu'il s'agit d'une mesure de police et non pas d'une mesure pénale. C'est avec la décision *Sécurité et liberté* qu'il applique ce texte se servant du principe de la présomption d'innocence pour limiter le recours à la procédure de saisine directe.

<sup>65</sup> Le préambule de 46 ne contient pas de dispositions relatives à la procédure pénale, il s'agit d'une déclaration des droits essentiellement économiques et sociaux.

constitutionnalisation à travers le contrôle du Conseil constitutionnel<sup>66</sup>. L'influence de la jurisprudence constitutionnelle dans la formulation des principes directeurs de procédure pénale est très importante en France et peut être constatée par les réformes législatives récentes. C'est notamment le cas de la loi 15 juin 2000 sur la présomption d'innocence et les droits des victimes, qui a inséré un article préliminaire dans le Code de procédure pénale comportant divers principes directeurs de la procédure pénale<sup>67</sup>.

La jurisprudence du Conseil constitutionnel contribue au développement d'un système procédural de plus en plus contradictoire. C'est ainsi que des garanties d'un procès équitable sont établies pour combler la lacune du texte constitutionnel qui ne contient pas de disposition équivalente à l'article 6 de la CESDH<sup>68</sup>.

Le constat de l'imprégnation de la procédure pénale par les normes constitutionnelles telles qu'elles sont dégagées et interprétées progressivement par la jurisprudence du Conseil constitutionnel, notamment à partir de 1975, doit être réalisé<sup>69</sup>. Certes la jurisprudence du Conseil constitutionnel français se caractérise par une grande prudence. Selon Mme Bück, le plus souvent, il ne cherche pas à se heurter de front avec le droit en vigueur et à prendre la place du législateur". Pourtant, lorsque celui-ci "fait un pas nouveau dans le sens d'un renforcement de la protection des droits fondamentaux, le Conseil constitutionnel vient le sceller dans le marbre, ce qui interdit tout retour en arrière"<sup>70</sup>. La question du contrôle exercé par le Conseil constitutionnel sera comparée à celui exercé par les autres cours constitutionnelles ci-dessous.

S'agissant de l'Angleterre, il faut remarquer qu'elle ne possède pas de constitution écrite, il n'y a donc pas de constitutionnalisation des principes de procédure pénale relatifs à la preuve

---

<sup>66</sup>. Certaines dispositions sont certes d'ordre réglementaires et ne peuvent donc pas être contrôlées par le Conseil constitutionnel, mais celui-ci, au fur et à mesure de ses décisions, a précisé la portée de cette expression : les dispositions qui mettent en cause les règles de la procédure pénale relèvent de la compétence législative, tandis que celles qui les mettent en œuvre relèvent de la compétence réglementaire (voir, S. GUINCHARD, M. BANDRAC, X. LAGARDE et M. DOUCHY, *op. cit.*, p. 198).

<sup>67</sup>. Voir, à ce propos, V. BÜCK, "Le Conseil constitutionnel et les réformes pénales récentes", *Les cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 10, 2001, pp. 112 à 120.

<sup>68</sup>. La consécration des principes directeurs de la procédure pénale par les décisions du Conseil constitutionnel sera abordée dans la deuxième partie de cette étude.

<sup>69</sup>. Voir L. FAVOREU, "La constitutionnalisation du droit pénal et de la procédure pénale vers un droit constitutionnel pénal", *Droit pénal contemporain : Mélanges en l'honneur d'André Vitu*. Paris : Cujas, 1989, p. 169.

<sup>70</sup>. Cf. V. BÜCK, "Le Conseil constitutionnel et les réformes pénales récentes", *Les cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 10, 2001, pp. 115.

comme dans les autres pays analysés. Il faut pourtant noter que les principes prévus par la Convention européenne des droits de l'homme doivent être respectés en droit interne par la mise en place d'un mécanisme d'adaptation du droit britannique à la Convention. Le Royaume-Uni a ratifié la Convention européenne des droits de l'homme le 8 mars 1951, celle-ci entrant en vigueur le 3 septembre 1953. Pourtant ce n'est qu'en 1998 qu'il l'a incorporé<sup>71</sup> à son droit interne à travers le *Human Rights Act*.<sup>72</sup>

Certains auteurs relèvent l'impact que le texte de 1998 est susceptible d'opérer en droit interne. M. Beatson, affirme que ce texte va opérer un profond changement dans la culture constitutionnelle et juridique anglaise<sup>73</sup>. Selon cet auteur, "l'obligation d'interprétation est fondamentale pour la loi sur les droits de l'homme et sa force en fera, en pratique, un instrument authentiquement constitutionnel"<sup>74</sup>.

Selon M. Flauss "le législateur de Westminster n'a pas été au bout de la logique qui l'animait ; à savoir établir une déclaration constitutionnelle des droits de l'homme. En effet, le HRA est un 'Bill of Rights' qui n'ose s'afficher ouvertement en tant que tel, ou du moins pas totalement. Il s'agit d'un 'Bill of Rights' non explicité *a priori*, mais qui se construira au fur et à mesure de la prise en compte du droit de la CEDH par le juge britannique. Dans la mesure où celui-ci ne pourra pas ne pas être fortement influencé par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, cela revient à dire que la future Charte constitutionnelle des droits fondamentaux revêtira les allures d'une Convention européenne *bis*, façonnée à la mode d'outre-Manche"<sup>75</sup>.

De l'analyse de la reconnaissance des principes en matière de procédure pénale par la CEDH et par les divers textes constitutionnels, force est de conclure à une complémentarité entre le texte international et les textes constitutionnels nationaux. Il faut ensuite vérifier l'ampleur du rôle des mécanismes de contrôle (tant internes qu'internationales) dans l'affirmation de ces principes en droit interne.

---

<sup>71</sup> Selon J.F. FLAUSS, le texte de 1998 vise à donner davantage d'effectivité aux droits et libertés garantis par la CEDH et non à faire entrer la CEDH en tant que telle dans le droit interne. Cf. J.F. FLAUSS, "*Human Rights Act 1998 : Kaléidoscope*". *Revue française de droit constitutionnel*, n° 48, 2001, p.696.

<sup>72</sup> L'entrée en vigueur de ce texte a été retardée jusqu'en octobre 2000 pour permettre aux professionnels du droit de se préparer à l'utilisation de ce nouveau instrument juridique.

<sup>73</sup> Cf. J. BEATSON, "Le Royaume-Uni et la Nouvelle Déclaration des Droits". *Revue française de droit constitutionnel*, n° 48, 2001, pp. 688.

<sup>74</sup> Cf. J. BEATSON, "Le Royaume-Uni et la Nouvelle Déclaration des Droits". *Op. cit.*, p. 689.

<sup>75</sup> Cf. J.F. FLAUSS, *op. cit.*, pp. 697 et 698.

## B) Le respect des principes directeurs de la procédure pénale

### 1°) Les mécanismes de contrôle interne

Nous comparerons dans un premier temps l'étendue des fonctions des Cours constitutionnelles (a), pour ensuite analyser l'impact de leur jurisprudence en matière de procédure pénale (b).

#### a) L'étendue des fonctions des Cours constitutionnelles

Au delà des mouvements de «conventionalisation» et de constitutionnalisation des principes directeurs en matière pénale, à partir de la 2e Guerre Mondiale, on voit apparaître une jurisprudence constitutionnelle reprenant l'idée selon laquelle le contrôle de constitutionnalité est un élément essentiel de l'Etat de droit.

Quatre vagues peuvent être constatées dans l'évolution du contrôle de constitutionnalité : la première avant la deuxième guerre mondiale, est de caractère assez limité ; la deuxième, après 1945, sous l'empire de la doctrine des droits fondamentaux en croissance, dans le but de garantir un avenir plus démocratique et dont la mise en œuvre s'est fait progressivement, notamment en Allemagne et en Italie ; la troisième dans les années 70, avec la création d'un contrôle constitutionnel notamment en Espagne, au Portugal, en France et en Belgique ; et la quatrième vague, dans les années 90, pour les pays d'Europe de l'est.

Nous pouvons, à l'image de la consécration des principes de procédure pénale citée ci-dessus, constater une grande disparité de contrôle des principes constitutionnels dans les pays étudiés. L'étendue des fonctions des cours constitutionnelles varient également.

Aux **Etats-Unis**, le contrôle de constitutionnalité est un contrôle *décentralisé*, (tout juge, avant d'appliquer un texte, doit en vérifier la régularité, le contrôle étant exercé à tous les niveaux) ; *concret ou incident* (la cour statue dans le cadre d'un litige, par voie d'exception, intervenant au cours d'un procès lorsqu'est soulevée la question de la régularité du droit applicable) et effectué *a posteriori* (la loi étant déjà en vigueur). C'est la **Cour suprême fédérale** qui garantit la cohérence du système en unifiant la jurisprudence.

Il faut signaler qu'une décision reconnaissant l'irrégularité d'une norme n'implique pas son annulation mais simplement sa non application. Elle demeure donc formellement en droit interne.

L'Europe résistera à l'adoption du modèle américain pur de contrôle de constitutionnalité pour des diverses raisons. Par exemple : les Etats Unis connaissent une sacralisation de la constitution inconnue en Europe, qui par ailleurs, craint de surcroît un pouvoir trop grand des juges.

Quant à l'Allemagne, l'art. 20, alinéa 3 de la Loi fondamentale traite de la primauté générale de la Constitution, à laquelle sont associés les droits de l'homme. Une **Cour constitutionnelle fédérale** créée en 1951 se voit confier la protection générale de la constitution, ainsi que celle des droits fondamentaux par le biais du recours constitutionnel<sup>76</sup>.

Lorsqu'une juridiction considère qu'une disposition législative est anti-constitutionnelle, elle devra surseoir à statuer et saisir la cour constitutionnelle. Conformément à la section 93a de la loi de 1985 portant sur son statut, toute demande devra au préalable être acceptée. Les motifs justifiant le refus de la Cour constitutionnelle de connaître d'une plainte sont énumérés aux sections 93 b et suivantes.

L'article 93 de la Loi fondamentale fédérale fixe les compétences de la Cour constitutionnelle. Parmi ses fonction se trouve celle d'apprécier les "recours constitutionnels qui peuvent être formés par quiconque estime avoir été lésé par la puissance publique dans l'un de ses droits fondamentaux ou dans l'un de ses droits garantis par les articles 20 al. 4, 33, 38, 101, 103 et 104" (art. 93, alinéa 1, numéro 4a de la LF).

La Cour constitutionnelle fédérale allemande exige, pour que le recours constitutionnel soit recevable, que l'acte de la puissance publique soit susceptible de léser le requérant *en personne*, de manière immédiate et actuelle, dans sa position juridique, protégée par ses droits

---

<sup>76</sup> Voir, à propos de ce recours, A. DITTMANN, "Le recours constitutionnel en droit allemand". *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 10, 2001, pp. 72-81.

fondamentaux<sup>77</sup>. Il faut alors noter que "c'est par une interprétation sévère de cette exigence d'être *immédiatement* concerné que la Cour constitutionnelle fédérale cherche à maintenir en des limites très étroites le recours constitutionnel contre les lois afin de pouvoir ainsi renforcer le principe de subsidiarité du recours constitutionnel par rapport à la protection juridique ordinaire. La Cour constitutionnelle fédérale n'acceptera un recours constitutionnel immédiatement contre une loi qu'au seul cas où l'exigence d'un détour par les juridictions ordinaires est incompatible avec une protection juridique efficace. Par cette jurisprudence restrictive, la Cour évite en général qu'il soit procédé au contrôle d'une norme, détaché du cas concret de l'espèce, esquivant l'examen préalable des faits et des questions de droit par les tribunaux ordinaires"<sup>78</sup>. Cette jurisprudence restrictive est contrebalancée par la simplification de l'accès à la Cour réalisée par la décision *Elfes* ayant interprété l'article 2, alinéa 1 de la Loi fondamentale comme la consécration d'un droit fondamental général de la liberté d'action<sup>79</sup>. Pourtant, une importante limitation de l'accès à la Cour constitutionnelle est réalisée par l'adoption du principe de la subsidiarité du recours constitutionnel (§90, al. 2, BverfGG – Loi sur la Cour constitutionnelle fédérale). La protection des droits fondamentaux doit être une attribution des tribunaux ordinaires en premier lieu.

L'Espagne connaît aussi un contrôle du respect des droits fondamentaux par la justice constitutionnelle. Le **Tribunal constitutionnel espagnol** est l'une des juridictions constitutionnelles européennes aux compétences les plus étendues<sup>80</sup>. Il exerce un contrôle de constitutionnalité *a priori* des traités internationaux (art. 95 de la Constitution). Ce tribunal exerçait un contrôle *a priori* des projets de lois organiques, qui a été supprimé en 1985<sup>81</sup>. Ce tribunal exerce également un contrôle de constitutionnalité abstrait *a posteriori* à travers les recours d'inconstitutionnalité qui peuvent être intentés contre les traités internationaux, les lois de l'Etat et des Communautés autonomes, les actes ayant force de loi de l'état et des Communautés autonomes, les règlements des *Cortes generales* et des Assemblées législatives des Communautés autonomes<sup>82</sup>. Outre ces contrôles abstraits, le Tribunal constitutionnel

---

<sup>77</sup>. BverfGE 53, p. 30 sqs. (48). Cf. A. DITTMANN, "Le recours constitutionnel en droit allemand". *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 10, 2001, p. 75. Les "actions populaires" ne sont donc pas admises et la possibilité de représentation processuelle n'est admise que très parcimonieusement.

<sup>78</sup>. A. DITTMANN, op. cit., p. 76.

<sup>79</sup>. A. DITTMANN, op. cit., p. 76.

<sup>80</sup>. Voir, notamment, P. BON, "Le Tribunal constitutionnel espagnol". *Les cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 2, 1997, pp. 38-53.

<sup>81</sup>. Loi organique n° 4/1985 du 7 juin 1985.

<sup>82</sup>. Voir, P. BON, "Le Tribunal constitutionnel espagnol", op. cit., p. 45.

exerce un contrôle concret *a posteriori* des normes<sup>83</sup> par le biais des questions d'inconstitutionnalité.

Enfin, il apprécie les recours en matière de protection des droits fondamentaux : les recours d'*amparo* constitutionnel (recours en protection constitutionnel)<sup>84</sup>, recours qui entraînent des conséquences importantes en matière procédurale pénale. Ce recours peut être intenté par toute personne physique ou morale invoquant un intérêt légitime de même que par le défenseur du peuple et le ministère public. L'existence d'un Tribunal constitutionnel aux compétences étendues et l'impact de deux de ses compétences - la question d'inconstitutionnalité et le recours d'*amparo* - constituent des facteurs importants de la constitutionnalisation du droit en Espagne<sup>85</sup>.

Un autre exemple de justice constitutionnelle dont les pouvoirs sont larges est celui du **Tribunal constitutionnel portugais**. Ce système est assez original. Il combine le contrôle diffus et concret américain avec le contrôle concentré et abstrait autrichien<sup>86</sup>. En résultent quatre différentes formes de contrôle de la constitutionnalité : un contrôle préventif de l'inconstitutionnalité par action (contrôle antérieur à l'introduction de la norme dans l'ordre juridique, contrôle abstrait par nature qui peut entraîner le refus de l'entrée de la norme dans l'ordre juridique), un contrôle successif abstrait de l'inconstitutionnalité par action (contrôle concentré abstrait effectué à la suite de la publication de la norme qui peut entraîner sa nullité avec force obligatoire générale), un contrôle successif concret de l'inconstitutionnalité par action (contrôle de constitutionnalité d'une norme appliquée à un cas concret qui peut entraîner sa non-application au cas concret) et un contrôle de l'inconstitutionnalité par omission (contrôle concentré relatif à l'absence de mesures législatives pour rendre la Constitution applicable et il peut entraîner la simple déclaration d'existence de l'omission ainsi que la communication de la décision à l'organe législatif compétent – art. 283 de la Constitution).

<sup>83</sup> Il faut noter que la terminologie de contrôle concret est considérée inappropriée. Pour plus de détails voir P. BON, "Le Tribunal constitutionnel espagnol", op. cit., p. 47.

<sup>84</sup> A propos de ce recours voir C.R. MIGUEL, "L'*amparo* constitutionnel en Espagne : droit et politique", *Les cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 10, 2001, pp. 90-98.

<sup>85</sup> Cf. P. BON, "La constitutionnalisation du droit espagnol", op. cit., pp. 47 à 53.

<sup>86</sup> A propos de la justice constitutionnelle et du contrôle de constitutionnalité au Portugal, voir V. MOREIRA, "Le tribunal constitutionnel portugais : le 'contrôle concret' dans le cadre d'un système mixte de justice constitutionnelle". *Les cahiers du Conseil constitutionnel*, n°10, 2001, pp. 21-34 et D. ROUSSEAU, "Entretien avec M. J.M. CARDOSO DA COSTA". *Les cahiers du Conseil constitutionnel*, n°10, 2001, pp.35-43.

Les organes de contrôle sont le Tribunal constitutionnel (qui a une compétence exclusive en matière de contrôle préventif, de contrôle successif abstrait et de contrôle de l'inconstitutionnalité par omission) et l'ensemble des tribunaux de droit commun (art. 204 et 280-1 de la Constitution). Selon l'art. 204 de la Constitution : "les tribunaux ne peuvent appliquer aux faits occasionnant un jugement des normes qui enfreignent les dispositions de la Constitution ou les principes qui y sont consignés". Tous les tribunaux sont ainsi des *agents de la justice constitutionnelle*<sup>87</sup>. Selon M. Moreira, "il s'agit de tirer toutes les conséquences du principe de la *primauté de la norme constitutionnelle*, principe qui conduit les tribunaux à préférer la norme de la loi fondamentale et à laisser inappliquées les normes infra-constitutionnelles incompatibles avec elle"<sup>88</sup>. Il faut pourtant noter que lorsque les tribunaux de droit commun apprécient une éventuelle inconstitutionnalité de la norme, il existe toujours la possibilité d'un recours devant le Tribunal constitutionnel.

Toutes les normes peuvent faire l'objet du contrôle de constitutionnalité, "quelle que soit leur nature, leur source, leur forme ou leur hiérarchie, pour autant qu'elles soient de nature juridique et appartiennent à l'ordre juridique portugais. En droit constitutionnel portugais, les 'actes normatifs dits primaires' (loi, traités internationaux) ne sont pas les seuls objets de contrôle, les 'actes normatifs secondaires ou tertiaires' (règlements de l'administration, règlements des assemblées, statuts et règlements de la fonction publique, normes publiques des organisations privées chargées de missions publiques, etc.) le sont aussi"<sup>89</sup>.

Il faut donc conclure que les décisions judiciaires en elles-mêmes ne sont pas susceptibles d'un tel contrôle. Selon M. Moreira, "il est possible de contester une décision judiciaire devant le Tribunal constitutionnel, lorsqu'elle applique une norme dont l'inconstitutionnalité a été soulevée lors du procès ou lorsqu'elle n'applique pas une norme pour motif d'inconstitutionnalité. Mais il n'est pas possible de déférer devant le Tribunal constitutionnel une décision judiciaire en ce qu'elle même violerait la Constitution pour quelque motif que ce soit"<sup>90</sup>.

---

<sup>87</sup> Cf. V. MOREIRA, op. cit., p. 25.

<sup>88</sup> Cf. V. MOREIRA, op. cit., p. 25.

<sup>89</sup> Cf. V. MOREIRA, op. cit., p. 26.

<sup>90</sup> Cf. V. MOREIRA, op. cit., p. 26

Même si le Portugal possède une justice constitutionnelle aux compétences étendues, le contrôle exercé en matière de droits fondamentaux par le Tribunal constitutionnel portugais demeure restreint en comparaison de celui exercé par les Cours allemandes et espagnoles.

Selon le Président du Tribunal constitutionnel portugais à propos des limites du contrôle exercé par cette juridiction, c'est le mode d'agir du législateur que le tribunal devra contrôler et non les décisions du juge. Pourtant, "la loi (...) est interprétée par le juge et appliquée par un juge. Et, donc, il faut avoir une décision juridictionnelle pour que – c'est la logique du système du recours concret – le Tribunal soit appelé à contrôler la loi qui a été appliquée dans la décision (...). On va contrôler la loi d'après l'interprétation que le juge en a fait. (...). On dit 'la loi, dans l'interprétation que le juge en a fait est contraire à la Constitution', et on peut même ajouter 'ce n'est pas l'interprétation correcte de la loi, l'interprétation correcte de la loi c'est précisément celle-ci'. Donc, dans cette dernière hypothèse, on renverse la décision, on dit au juge 'appliquez la loi qui n'est pas en elle-même inconstitutionnelle, avec cette interprétation'"<sup>91</sup>. Cette position du Tribunal constitutionnel limite l'impact de ses décisions<sup>92</sup>.

La **Cour Constitutionnelle italienne** fût créée par la Constitution de 1947 et a comme fonctions, entre autres, les contrôles «incident» et «principal» de constitutionnalité des lois. Le contrôle incident ou par «renvoi» absorbe trois quarts du travail de la Cour et constitue la plus importante de ses compétences. Le juge «*a quo*» procède au «renvoi» de la question à la Cour constitutionnelle. Les conditions sont les suivantes<sup>93</sup> :

a) l'ordonnance du renvoi doit être faite par le juge au cours d'un procès ;

<sup>91</sup> Cf. D. ROUSSEAU, "Entretien avec M. J.M. CARDOSO DA COSTA". *Les cahiers du Conseil constitutionnel*, n°10, 2001, pp.40 et 41.

<sup>92</sup> Un exemple d'affaire concernant la matière probatoire est cité par M. FERREIRA. Il s'agissait d'un recours obligatoire au Tribunal constitutionnel en raison de l'allégation d'inconstitutionnalité des normes relatives aux perquisitions domiciliaires. La juridiction constitutionnelle a confirmé l'inconstitutionnalité de telles normes. La Cour suprême portugaise a pourtant considéré que le moyen de preuve nul n'avait pas été pris en compte lors de la décision de condamnation et a maintenue celle-ci. Le condamné a fait un nouveau recours au Tribunal constitutionnel alléguant la violation des principes constitutionnels de présomption d'innocence, du principe du contradictoire, des garanties de la défense, ainsi que la violation de l'art. 6 de la CEDH et des articles 10 et 11 de la DUDH, entre autres. Le Tribunal constitutionnel a considéré que le demandeur faisait un recours contre la décision judiciaire et non pas en raison de l'inconstitutionnalité de la norme. Il s'est refusé de s'immiscer dans le domaine de compétence de la Cour suprême. Cf. P.M. FERREIRA, "La Convention européenne des droits de l'homme au Portugal (état 1996). <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/sis.../cons-europa-la-convention-paulo-marrecas.htm> (08/11/01).

<sup>93</sup> A. PIZZORUSSO, *Présentation de la Cour constitutionnelle italienne*. Les Cahiers du Conseil Constitutionnel n°6, p. 22, 1990. Ces conditions sont prévues à l'art. 1<sup>o</sup> de la loi constitutionnelle n° 1 de 1948 et de l'article 25 de la loi (ordinaire) n° 87 du 11 Mars 1953, et autres sont dégagées par la jurisprudence de la Cour.

- b) la norme contestée doit être une loi ou un acte ayant force de loi réalisé par l'État, par des Régions ou des Provinces de Trente et de Bolzano (art. 134 de la Constitution). Elle contrôle la «légitimité constitutionnelle» tant dans son aspect formel que substantiel, mais elle ne peut pas vérifier la question d'opportunité de l'acte ;
- c) la question doit porter sur des aspects importants. Il faut démontrer que le conflit posé devant le juge *a quo* doit être résolu par l'application de la loi dont la constitutionnalité est remise en cause, caractérisant un cas de « prejudicialité »<sup>94</sup> ;
- d) elle ne doit pas être manifestement infondée, c'est-à-dire, que le juge *a quo* doit éviter d'envoyer à la Cour, des questions dépourvues de motifs sérieux.

Le contrôle principal de constitutionnalité de la loi, présente des différences si la loi est d'origine régionale ou provinciale et est contestée par l'Etat ou si, à l'inverse, la loi provient de l'Etat et est contestée par la région ou province. Dans le premier cas, existe un contrôle préventif, l'État renvoyant la loi au Conseil Régional. Ce renvoi a un effet suspensif sur la procédure législative (art. 127 de la Constitution). Dans le deuxième cas, lorsque les lois de l'Etat sont contestées par les Régions ou par les Provinces de Trente et Bolzano ou de lois régionales du Trentin-Haut-Adige ou de la Province de Bolzano par un groupe linguistique (art. 56 du Statut du Trentin-Haut-Adige), le recours doit être introduit dans un délai qui commence à courir à partir de la date de publication de la loi et il s'agit d'un contrôle *à posteriori*.

Plus restreint est le contrôle de constitutionnalité en Belgique. Ce contrôle juridictionnel de constitutionnalité est assez récent. Pendant longtemps la Belgique a été attachée au « dogme de l'infailibilité du législateur »<sup>95</sup>. A l'origine, il n'y avait pas de contrôle juridictionnel des lois. Il était même interdit. Pendant presque un siècle, il n'y a eu que le contrôle juridictionnel des règlements. Ce n'est qu'à partir du 24 décembre 1970, avec l'instauration de certaines formes d'organisation d'un Etat fédéral, que le législateur fédéral a senti le besoin de créer des mécanismes de régulation des conflits de compétence normative entre l'Etat fédéral, les communautés et les régions. Un article 59bis a été inséré dans la Constitution pour permettre la mise en place de ce mécanisme, *a priori* délégué à une « section des conflits de compétence » au sein du Conseil d'Etat. Mais cette institution ne sera jamais mise en place et elle a été supprimée en 1983. Parallèlement à cette évolution, des mouvements

<sup>94</sup>. Le juge doit vérifier la validité des normes qu'il applique.

<sup>95</sup>. F. DELPERE, *Le Droit Constitutionnel Belge*, Bruxelles : Bruylant, 2000, p. 198.

jurisprudentiel<sup>96</sup> et doctrinal<sup>97</sup> se sont développés dans le sens de l'adoption d'un contrôle juridictionnel de constitutionnalité. La création d'une cour constitutionnelle – la **Cour d'Arbitrage belge** – n'est intervenue que le 29 juillet 1980.

Selon l'art. 142 de la Constitution belge la Cour doit statuer par voie d'arrêt sur les conflits entre lois, décrets et ordonnances et sur les excès de compétence du pouvoir législatif au niveau fédéral, communautaire ou régional. Elle statue également sur la violation par ces mêmes autorités législatives du principe de l'égalité (art. 10 de la Constitution), de non-discrimination (art. 11) et des normes constitutionnelles sur l'enseignement (art. 24).

La Cour d'arbitrage doit être saisie pour pouvoir exercer une des fonctions référées ci-dessus. L'art. 142 prévoit qu'elle pourra être saisie par les autorités désignées par la loi, par toute personne « justifiant d'un intérêt », ou « à titre préjudiciel, par toute juridiction ».

C'est la loi du 6 janvier 1989 qui précise les modalités d'introduction des recours :

- a) Le recours d'annulation (arts. 9 à 18) peut être introduit par les autorités exécutives et parlementaires ou par une personne physique ou morale justifiant son intérêt d'agir. Il s'agit d'un recours contre une règle de droit en vigueur, mais sans que le requérant n'ait besoin de faire état des difficultés ou préjudices concrets que la règle contestée aurait pu susciter. Il s'agit également d'un recours direct, la Cour pouvant être saisie directement. Les effets de la décision d'annulation peuvent être spécifiés dans la décision, ce qui ouvre la possibilité à la Cour de minimiser les effets radicaux qui peuvent résulter d'une décision d'annulation. Etant donné que cette décision retire de l'ordre juridique la règle de droit, elle a un effet *erga omnes*.
- b) La question préjudicielle (arts. 26 à 30). La Cour est saisie par une juridiction. Il s'agit d'un recours *concret* ayant son origine dans un conflit qui est en cours devant le juge. Il est en outre *indirect*, c'est l'autorité judiciaire qui saisit la Cour, mais ce sont les parties qui doivent soulever l'inconstitutionnalité de la règle. La Cour de Cassation et le Conseil d'Etat -- dont les décisions ne sont pas susceptibles de recours--, sont tenus par la loi précitée de saisir la Cour

<sup>96</sup>. La jurisprudence a été marquée par deux arrêts rendus par la Cour de Cassation et fondés sur les conclusions du procureur général W. J. GANSHOF VAN DER MEERSCH : l'arrêt *Ski* du 27 mai 1971 (Cass. 27 mai 1971, *Etat belge c. S. A. Fromagerie Franco-Suisse Le Ski*, J.T., 1971, p. 460, cité par F. DELPERE, *op. cit.*, p. 104), qui inaugure la possibilité de contrôle de lois, par la reconnaissance du droit et du devoir du juge belge de ne pas appliquer la loi qui est en conflit avec les textes internationaux d'application directe et un arrêt du 3 mai 1974 (Cité par F. DELPERE, *ibid.*, p. 105), par lequel la Cour admet implicitement le principe du contrôle par voie incidente de la constitutionnalité de lois.

<sup>97</sup>. A l'initiative d'Ecole de Droit Public de Louvain.

d'Arbitrage lorsqu'une question préjudicielle est soulevée par une partie. Les juridictions ayant posé une question préjudicielle sont tenues de suivre la décision prise par la Cour d'Arbitrage, ainsi que les autres juridictions confrontées à une situation similaire.

Très limitées sont les fonctions attribuées au **Conseil constitutionnel français**. Le contrôle porte presque exclusivement sur la loi nouvelle et non encore promulguée. Ce contrôle est déclenché essentiellement par les acteurs de la vie politique. Les tribunaux ordinaires ne peuvent pas contrôler la constitutionnalité des lois ni renvoyer la question à la Cour constitutionnelle, aucune voie de communication procédurale reliant le juge ordinaire au juge constitutionnel ne permet de régler des litiges d'ordre constitutionnel. Par conséquent, une partie de la doctrine de droit pénal considère que les normes constitutionnelles et la jurisprudence du Conseil constitutionnel n'ont qu'un intérêt théorique et soutient que l'utilité de l'affirmation de la primauté des normes constitutionnelles est réduite.<sup>98</sup>

Pourtant, la jurisprudence du Conseil constitutionnel a un rôle très important dans le développement de principes directeurs de la procédure pénale, étant donné les lacunes du texte de 58, qui n'a pas prévu une disposition similaire à l'article 6 de la CESDH. De nombreuses décisions du Conseil constitutionnel sont venues souligner la nécessité d'un procès juste et équitable impliquant le respect des droits de la défense<sup>99</sup> et de la présomption d'innocence<sup>100</sup>. Le Conseil a également affirmé le rôle primordial de l'avocat dans l'assistance des parties<sup>101</sup> et le caractère essentiel du double degré de juridiction<sup>102</sup>. L'exigence du respect des droits de la défense est également imposée par la jurisprudence constitutionnelle aux procédures suivies devant les autorités administratives répressives<sup>103</sup>.

<sup>98</sup> Cf. L. FAVOREU, "La constitutionnalisation du droit pénal et de la procédure pénale vers un droit constitutionnel pénal", *Droit pénal contemporain ; Mélanges en l'honneur d'André Vitu*. Paris : Cujas, 1989, p. 193.

<sup>99</sup> Déc. 76-70 DC, 2 décembre 1976, *Prévention des accidents du travail*, RDP 1978, p. 817, note L. FAVOREU. – 80-127 DC, 19 et 20 janvier 1981, *Sécurité et Liberté*, AJDA 1981, p. 278, note J. ROBERT.

<sup>100</sup> Déc. 79-109 DC, 9 janvier 1980, *Prévention de l'immigration clandestine*, AJDA 1980, p. 356, note C. FRANCK. – 80-127 DC, 19 et 20 janvier 1981, *Sécurité et Liberté*, AJDA 1981, p. 278. Toutefois, le Conseil autorise le législateur à imposer certaines limites à la présomption d'innocence : Déc. 99-411 DC, 16 juin 1999, *Sécurité routière*, D. 1999, jur., p. 589, note Y. MAYAUD.

<sup>101</sup> Déc. 80-127 DC, 19 et 20 janvier 1981, *Sécurité et Liberté*, AJDA 1981, p. 278, note J. ROBERT. – 93-326 DC, 11 août 1993, *Garde à vue*, RFDConstit. 1993, p. 849, obs. Th. RENOUX. – 93-334 DC, 20 janvier 1994, *Peines incompressibles*, RFDConstit. 1994, p. 353, obs. Th. RENOUX.

<sup>102</sup> Déc. 80-127 DC, 19 et 20 janvier 1981, *Sécurité et Liberté*, AJDA 1981, p. 278, note J. ROBERT.

<sup>103</sup> Déc. 88-248 DC, 17 janvier 1989, *Conseil supérieur de l'audiovisuel*, op. cit.. Cette décision énumère de nombreux droits inclus dans la notion de droits de la défense tels que le respect du contradictoire, l'accès au dossier, la motivation de la sanction et l'existence d'une voie de recours.

Le Conseil constitutionnel s'est efforcé, en outre, à judiciariser la procédure pénale. Il faut noter que selon sa jurisprudence "dans le cadre d'opérations de police judiciaire, il revient à l'autorité judiciaire conformément à l'article 66 de la Constitution d'exercer un contrôle effectif de forme et de fond des mesures qui touchent à la liberté individuelle"<sup>104</sup>. S'agissant du contrôle des pouvoirs coercitifs exercés dans une instance pénale, le Conseil a exigé le contrôle d'un magistrat en matière de garde à vue et de détention provisoire<sup>105</sup>. Dans le cadre des modes alternatifs aux poursuites, le Conseil a également exclu la possibilité pour les magistrats du Parquet de prononcer une sanction à l'encontre de la personne mise en cause<sup>106</sup>. Allant plus loin, il a exigé que toutes les fouilles, perquisitions et saisies dans des locaux d'habitation<sup>107</sup>, des locaux commerciaux<sup>108</sup> ou dans des véhicules particuliers<sup>109</sup> soient autorisées et contrôlées par un magistrat du siège. Il exige, en outre, l'intervention d'un magistrat du siège pour autoriser des perquisitions et saisies de nuit<sup>110</sup>. Cette exigence de garantie judiciaire était également prise en compte lorsque le Conseil a fait part de ses réticences à confier une partie du pouvoir répressif à certaines autorités non judiciaires<sup>111</sup>.

#### b) L'impact de la jurisprudence constitutionnelle

La jurisprudence constitutionnelle peut consacrer des principes non prévus initialement dans le texte constitutionnel et préciser ceux qui y figurent.

La jurisprudence du **Conseil constitutionnel français**, consacrant plusieurs principes en matière de preuve pénale, est un exemple de cette première fonction.

Dans la **jurisprudence constitutionnelle allemande** nous retrouvons des illustrations de ces deux rôles. Quant au premier, elle a, par exemple, comblé la lacune existante dans la Loi fondamentale allemande concernant le principe de la présomption d'innocence en se servant

<sup>104</sup> Déc. 97-389 DC du 22 avril 1997.

<sup>105</sup> Déc. 93-326 DC, 11 août 1993, *Garde à vue*, *RFDConstit.* 1993, p. 849, obs. Th. RENOUX.

<sup>106</sup> Déc. 95-360 DC, 2 février 1995, *Injonction pénale*, *RFDConstit.* 1995, p. 405, obs. Th. RENOUX. Cette décision est d'ailleurs prise en compte par le législateur qui soumet, dans la loi du 23 juin 1999, la composition pénale imposée à la personne mise en cause à l'approbation du président du Tribunal de grande instance.

<sup>107</sup> Implicitement déc. 99-281 DC du 27 décembre 1990, cons. 11 et 12.

<sup>108</sup> Implicitement déc. 90-281 DC du 27 décembre 1990, cons. 11 et 12.

<sup>109</sup> Déc. 97-389 DC du 22 avril 1997.

<sup>110</sup> Déc. 96-377 DC, 16 juillet 1996, *Perquisitions de nuit*, *AJDA* 1997, p. 86, obs. C. TEITGEN-COLY et F.

JULIEN-LAFERRIERE. Sur ce point, voir : Th. RENOUX, « Le Conseil constitutionnel et l'instruction pénale : juges ou magistrats ? », *Justices* 1998, n° 10, p. 75.

<sup>111</sup> Déc. 84-181, 10 et 11 octobre 1984, *Entreprises de presse*, *AJDA* 1984, p. 684, note J.-J. BIENVENU.

de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg. Quant au second, elle interprète, par exemple, la garantie de l'inviolabilité du domicile (art. 13, §1) de manière large en y englobant les locaux professionnels (Cour constitutionnelle, décision du 13 octobre 1971). Elle précise, en outre, que l'art. 103, §1 de la Loi fondamentale (droit d'être entendu devant les tribunaux) commande que toute décision judiciaire soit fondée uniquement sur les faits et les éléments de preuve qui ont pu faire l'objet d'observations par les parties. Il en est ainsi notamment dans les affaires où les personnes sont arrêtées et placées en détention provisoire. Le mandat d'arrêt et les décisions judiciaires qui le confirment doivent se fonder uniquement sur les faits et les preuves dont l'inculpé avait au préalable connaissance et sur lesquels il a été en mesure de formuler des observations (Cour constitutionnelle, décision du 11 juillet 1994).

La **jurisprudence constitutionnelle espagnole** ne cesse de préciser l'étendue des droits consacrés dans le texte constitutionnel. Le Tribunal constitutionnel espagnol est considéré "le juge du système probatoire"<sup>112</sup>. Il faut noter que le droit fondamental à une protection juridictionnelle effective (art. 24 de la Constitution espagnole), dont les composantes sont multiples, est le plus souvent invoquée lors des recours d'*amparo*<sup>113</sup>.

Le droit à la présomption d'innocence fait très souvent partie des motifs de recours d'*amparo* devant le Tribunal constitutionnel. Selon sa jurisprudence, "la présomption d'innocence est passée du statut de principe général du droit au statut de droit fondamental qui lie tous les pouvoirs publics et qui exige une recherche probatoire, minimum, entourée de toutes les garanties, et de laquelle peut se déduire la culpabilité de l'accusé"<sup>114</sup>. L'affirmation du principe de la présomption d'innocence fait notamment peser la charge de la preuve sur l'accusation<sup>115</sup>, de telle sorte que lorsque cette charge n'est pas assumée de manière valide, l'acquittement de l'accusé s'impose. Voir à ce propos, les décisions du Tribunal constitutionnel

---

<sup>112</sup> Cf. V. BÜCK, *L'influence des Cours constitutionnelles sur la politique pénale. Etude comparée France/Espagne*. Thèse de doctorat, Université de Paris I, direction M. DELMAS-MARTY, 14 janvier 2000, p. 285.

<sup>113</sup> Voir, à ce propos, P. BON, "La constitutionnalisation du droit espagnol", *Revue française de droit constitutionnel*, 1991, p. 48.

<sup>114</sup> Cf. 89/1985 du 19 juillet 1985, cité par V. BÜCK, *L'influence des Cours constitutionnelles sur la politique pénale. Etude comparée France/Espagne*, op. cit., p. 288.

<sup>115</sup> Voir STC 70/1985 du 31 mai 1985 et STC 140/1985 du 21 octobre 1985, cités par V. BÜCK, *L'influence des Cours constitutionnelles sur la politique pénale. Etude comparée France/Espagne*, op. cit., p. 289.

n° 62/1985, n° 109/1986 et 92/1987<sup>116</sup>. En outre, sont inconstitutionnelles les présomptions de culpabilité<sup>117</sup>.

En droit procédural espagnol, en vertu de l'article 24 de la Constitution, la confrontation de témoins avec la personne mise en cause est considérée comme un mode subsidiaire et exceptionnel de preuve. L'article 455 du CPP dispose qu'on "ne pratiquera de confrontation que si l'on ne connaît pas d'autre moyen de prouver l'existence de l'infraction ou de la culpabilité de l'un des inculpés". Pour le Tribunal constitutionnel, l'article 24 de la Constitution n'est pas violé lorsque la confrontation de témoins n'est pas nécessaire lors du jugement oral<sup>118</sup>. Pourtant, la jurisprudence constitutionnelle espagnole a réexaminé le problème des confrontations sous l'influence de l'article 6-3, "d" de la Convention européenne des droits de l'homme. Cet article prévoit, parmi les droits de l'accusé, celui d'interroger ou faire interroger les témoins à charge et d'obtenir la convocation et l'interrogation des témoins à décharge dans les mêmes conditions que les témoins à charge". C'est ainsi que "pour le Tribunal constitutionnel, la Constitution espagnole et l'art. 6-3 d) de la CESDH exigent que lorsqu'un témoin est en mesure de réitérer ses déclarations lors du jugement oral (et donc ne peut se prévaloir d'une impossibilité comme le danger, le refuge à l'étranger...), sa comparution et son interrogatoire public par les parties doivent être ordonnés"<sup>119</sup>.

Le droit à la défense consacré par la constitution espagnole "fait partie des droits les plus invoqués devant le Tribunal constitutionnel dans le cadre d'un recours d'*amparo*"<sup>120</sup>. Selon le Tribunal constitutionnel espagnol, ce droit doit être interprété dans le même sens que celui donné par la CEDH<sup>121</sup>.

---

<sup>116</sup> Cf. B. SANTOS, "Le rôle et l'impact du constitutionnalisme, des tribunaux constitutionnels et des Cours suprêmes sur l'évolution et le développement du système de justice criminelle. Perspective espagnole". *Nouvelles études pénales*, n°17, 1998, p. 251.

<sup>117</sup> Cf. STC 105/1988 du 8 juin 1988, cité par V. BÜCK, *L'influence des Cours constitutionnelles sur la politique pénale. Etude comparée France/Espagne*, op. cit., p. 290.

<sup>118</sup> Cf. STC 55/1984 du 7 mai 1984, citée par V. BÜCK, *L'influence des Cours constitutionnelles sur la politique pénale. Etude comparée France/Espagne*. Op. cit., p. 267.

<sup>119</sup> Cf. V. BÜCK, *L'influence des Cours constitutionnelles sur la politique pénale. Etude comparée France/Espagne*, op. cit., p. 268. L'auteur cite comme référence la décision STC 76/1993.

<sup>120</sup> Cf. V. BÜCK, *L'influence des Cours constitutionnelles sur la politique pénale. Etude comparée France/Espagne*. Op. cit., p. 250.

<sup>121</sup> Voir STC 37/1988 du 3 mars 1988, cité par V. BÜCK, *L'influence des Cours constitutionnelles sur la politique pénale. Etude comparée France/Espagne*, op. cit., p. 250.

La jurisprudence constitutionnelle consacre la place indispensable de l'avocat dans la procédure. Selon le Tribunal constitutionnel, "le droit à l'assistance d'un avocat est d'une importance décisive pour l'existence de l'Etat de droit. L'Etat social de droit et le mandat prévu à l'art. 9-2 de la CE exigent assurément une organisation de ce droit pour un exercice effectif. Et, ce droit fondamental ne peut être réduit à une condition de pure forme"<sup>122</sup>. Toujours selon la jurisprudence constitutionnelle espagnole, "l'avocat est une garantie de l'exercice des droits de la défense, du droit de recours et du droit à la liberté. A la différence du procès civil où l'avocat d'office est lié à une situation de pauvreté, dans le procès pénal, la désignation d'un avocat d'office est indépendante de la situation économique, notamment quand sa présence est indispensable pour certains recours"<sup>123</sup>. Le droit à l'assistance d'un avocat existe dès qu'il y a privation de liberté, indépendamment de l'existence d'une accusation. Des restrictions à ce droit existent néanmoins en matière de terrorisme, le Tribunal constitutionnel garantissant plus alors une communication libre avec l'avocat<sup>124</sup>.

La jurisprudence constitutionnelle apporte des précisions quant à l'article 18-3 de la Constitution qui se limite à affirmer le secret des communications, sauf décision judiciaire. Selon le Tribunal constitutionnel, "l'art. 18 de la CE s'oppose à toute intervention d'un tiers à la communication mais non à la divulgation du contenu de la communication par un des interlocuteurs"<sup>125</sup>. Les écoutes et l'enregistrement d'une communication téléphonique par la victime sont donc autorisés<sup>126</sup>.

Cette jurisprudence est d'une grande importance. Selon Mme Bück, "le recours individuel devant le tribunal constitutionnel lui a permis d'élaborer une doctrine détaillée sur la conformité du système probatoire aux droits fondamentaux qui a bouleversé les règles traditionnelles et surtout l'esprit inquisitoire de la procédure pénale espagnole (...)"<sup>127</sup>. L'influence de la jurisprudence constitutionnelle en Allemagne ou en Italie dans la

<sup>122</sup> Voir STC 42/1982 du 5 juillet 1982, cité par V. BÜCK, *L'influence des Cours constitutionnelles sur la politique pénale. Etude comparée France/Espagne*, op. cit., p. 271.

<sup>123</sup> Voir STC 216/1988 du 14 novembre 1988, cité par V. BÜCK, *L'influence des Cours constitutionnelles sur la politique pénale. Etude comparée France/Espagne*, op. cit., p. 272.

<sup>124</sup> Voir STC 199/1987 du 16 décembre 1987, cité par V. BÜCK, *L'influence des Cours constitutionnelles sur la politique pénale. Etude comparée France/Espagne*, op. cit., p. 273.

<sup>125</sup> Cf. STC 114/1984 du 29 novembre 1984, cité par V. BÜCK, *L'influence des Cours constitutionnelles sur la politique pénale. Etude comparée France/Espagne*, op. cit., p. 185.

<sup>126</sup> Cf. V. BÜCK, *L'influence des Cours constitutionnelles sur la politique pénale. Etude comparée France/Espagne*, op. cit., p. 185.

<sup>127</sup> Cf. V. BÜCK, *L'influence des Cours constitutionnelles sur la politique pénale. Etude comparée France/Espagne*, op. cit., p. 299.

transformation du droit pénal et de la procédure pénale est également notoire<sup>128</sup>. Selon M. Tiedemann la jurisprudence constitutionnelle allemande a "transformé la procédure allemande dans son esprit, surtout en introduisant partout le principe de proportionnalité et le droit – à première vue formel – d'être entendu en justice avant qu'une décision négative soit rendue"<sup>129</sup>. La Cour constitutionnelle italienne a, notamment dans ces dernières années, souligné l'importance de la garantie des droits de l'accusé, en étant inflexible en ce qui concerne les garanties du procès équitable, les droits de la défense et le droit de confronter l'autre partie<sup>130</sup>.

Est-ce que finalement les diverses formes de contrôle constitutionnel instaurées par les pays étudiés conditionnent l'ampleur du processus de constitutionnalisation ?

Un auteur a étudié deux systèmes juridiques qui se trouvent à l'opposée de l'échelle des pays étudiés en matière de contrôle constitutionnel : l'Espagne (pays connaissant un large contrôle constitutionnel) et la France (pays connaissant un contrôle constitutionnel limité). La comparaison révèle qu'en dépit des différences concernant l'ampleur des fonctions des respectives cours, "les cours constitutionnelles espagnole et française convergent dans la définition de principes directeurs communs de la politique pénale, fondées sur une même approche des libertés et droits fondamentaux"<sup>131</sup>.

Cette question soulève également un problème auquel sont confrontés les pays ayant prévu un large contrôle constitutionnel : celui de l'accès effectif de l'individu aux Cours constitutionnelles. M. Favoreu, analysant la pertinence de l'adoption d'un recours direct en inconstitutionnalité ouvert aux particuliers dans le système de justice constitutionnelle français met en exergue le pourcentage très réduit des cas appréciés par des Cours constitutionnelles étrangères saisies par des particuliers et exerçant un large contrôle de constitutionnalité<sup>132</sup>.

---

<sup>128</sup> Voir, à ce propos, Cf. L. FAVOREU, "La constitutionnalisation du droit pénal et de la procédure pénale vers un droit constitutionnel pénal", *Droit pénal contemporain ; Mélanges en l'honneur d'André Vitu*. Paris : Cujas, 1989, p. 195.

<sup>129</sup> Cf. K. TIEDEMANN, "La constitutionnalisation de la 'matière pénale' en Allemagne", *RSC*, 1994, p. 9.

<sup>130</sup> A. BALDASSARRE, "The impact of the constitutional court on the italian penal code and constitutional principles", *Nouvelles études pénales*, n° 17, 1998, p. 242.

<sup>131</sup> Cf. V. BÜCK, "Le Conseil constitutionnel et les réformes pénales récentes", *Les cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 10, 2001, pp. 112.

<sup>132</sup> Cf. L. FAVOREU, "Sur l'introduction hypothétique du recours individuel direct devant le Conseil constitutionnel", *Les cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 10, 2001, p. 99.

A ce sujet, prenons le significatif exemple américain. Même si les **Etats Unis** connaissent un large contrôle de constitutionnalité et même si l'individu peut contester la constitutionnalité d'une loi devant la Cour suprême, il n'a qu'une chance infime de voir son cas jugé, la Cour suprême fédérale "n'acceptant d'examiner qu'une quarantaine de cas constitutionnels sur les cinq mille affaires qui lui sont soumises chaque année".<sup>133</sup>

M. Favoreu affirme, en outre, que le **recours direct allemand** aboutit "très rarement à l'examen au fond de la constitutionnalité d'une loi et encore moins souvent à l'invalidation de la loi". Pourtant, "plusieurs milliers de recours, donnant lieu à des milliers de décisions, sont dirigés contre les actes juridictionnels"<sup>134</sup>.

M. Tiedemann confirme la prudence du juge constitutionnel allemand et M. Diettmann montre les effets pervers de l'ouverture des compétences de la Cour constitutionnelle à l'appréciation des recours constitutionnels visant la sauvegarde des droits fondamentaux.

Selon M. Tiedemann, "la jurisprudence constitutionnelle allemande a fait (...) avec assez peu d'exceptions, preuve de beaucoup de prudence en ne contrôlant en général le droit ordinaire qu'au vu des excès du législateur"<sup>135</sup>. M. Dittmann, affirme, à son tour, que le recours constitutionnel a reçu un accueil très favorable dans la population et que le risque d'un engorgement de la Cour constitutionnelle a été rapidement envisagé. Des conditions ont ainsi été prévues à l'admission de ce recours. Une procédure d'admission a été prévue aux paragraphes 93 "a" à 93 "d" de la loi sur la Cour constitutionnelle. La plupart des recours constitutionnels échouent à l'issue de cette procédure d'admission<sup>136</sup>. De plus, la décision de refus d'admission ne doit pas être motivée et est inattaquable.

Selon M. Dittmann, "l'idée de départ selon laquelle le recours constitutionnel devait être une voie de droit extraordinaire dans laquelle on ne s'engagerait qu'en tout dernier lieu afin de protéger les droits fondamentaux a aussitôt été dépassée par les événements. (...) De 1951 à 1999, 127.171 recours constitutionnels ont été inscrits au rôle, dont 124.301 ont été

---

<sup>133</sup> Cf. L. FAVOREU, op. cit., p. 99.

<sup>134</sup> Cf. L. FAVOREU, op. cit., p. 100.

<sup>135</sup> Cf. K. TIEDEMANN, "La constitutionnalisation de la 'matière pénale' en Allemagne", *RSC*, 1994, pp. 1 et 2.

<sup>136</sup> A. DITTMANN, "Le recours constitutionnel en droit allemand". *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 10, 2001, p. 77.

liquidés"<sup>137</sup>. Selon l'auteur, "le très faible pourcentage de succès, de seulement 2,6%, constitue un indice montrant clairement que cet instrument n'est pas utilisé uniquement en cas de grave violation de droits fondamentaux exigeant en guise d'ultime recours un remède émanant de la Cour constitutionnelle en tant que 'gardien de la Constitution', mais que la Cour est submergée par un tas de suppliques matériellement insignifiantes, comme une espèce d'*armoire des chagrins de la Nation*"<sup>138</sup>.

Le même problème peut être constaté en Espagne où le recours d'*amparo* a connu un succès tel<sup>139</sup> que des mécanismes de filtrage ont dû être mis en place (art. 50 de la LOTC)<sup>140</sup> et qu'il y a aujourd'hui des propositions de priver de ce recours les droits consacrés à l'article 24 de la Constitution espagnole qui en fondent le plus grand nombre des recours<sup>141</sup>.

De l'analyse de toutes ces données, ce n'est pas l'étendue des fonctions attribuées aux cours constitutionnelles par l'ordre juridique interne qui déterminera l'ampleur de la constitutionnalisation.

Les exemples du contrôle opéré par les Cours constitutionnelles européennes, ainsi que la force attractive des droits fondamentaux et la concurrence des instruments internationaux de protection des droits fondamentaux comme la Convention européenne des droits de l'homme poussent les cours constitutionnelles à statuer.

Quant à l'influence réciproque de la jurisprudence constitutionnelle de certains des pays étudiés, l'exemple du Tribunal constitutionnel espagnol est mentionné par Mme Bück. Selon l'auteur le tribunal "ressent souvent la nécessité de justifier ses décisions par une étude approfondie du droit comparé, de la jurisprudence de la CEDH, des Cours constitutionnelles américaine, allemande ou italienne. Cela s'explique par son besoin d'asseoir sa légitimité en

<sup>137</sup> A. DITTMANN, op. cit., p. 77.

<sup>138</sup> A. DITTMANN, op. cit., pp. 77 et 78.

<sup>139</sup> Nous sommes passés de 280 recours en 1980, première année de fonctionnement du Tribunal constitutionnel à 5.582 recours introduits en 1999. Voir, à ce propos, C.R. MIGUEL, "L'*amparo* constitutionnel en Espagne : droit et politique", *Les cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 10, 2001, p. 96.

<sup>140</sup> Voir, à ce propos, P. BON, "Le Tribunal constitutionnel espagnol". *Les cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 2, 1997, p. 50.

<sup>141</sup> Cf. C.R. MIGUEL, op. cit., p. 93. Il faut noter que 80% des recours présentés sont fondés sur l'article 24 de la Constitution (protection juridique effective), que l'origine des recours d'*amparo* est majoritairement judiciaire et parmi les recours d'origine judiciaire prédominent ceux émanant de la juridiction pénale (42%). Cf. C.R. MIGUEL, op. cit., p. 97.

s'insérant dans un contexte international et européen de protection des droits fondamentaux"<sup>142</sup>.

Nous traiterons ci-dessous de l'impact du contrôle exercé par la Cour européenne des droits de l'homme sur le droit interne des pays étudiés.

## 2°) Le contrôle exercé par la Cour européenne des droits de l'homme

Même si communément la valeur simplement déclaratoire des décisions de la Cour européenne des droits de l'homme est affirmée, l'impact de ses décisions sur les droits internes des pays membres est évident.

La récente adoption du *Human Rights Act* (HRA) par l'Angleterre, prévoyant la mise en conformité du droit anglais à la Convention européenne, représente un exemple très significatif de cet impact. Elle n'est pas sans rapport avec la multiplication des condamnations prononcées par la CEDH contre le Royaume-Uni<sup>143</sup>.

Le HRA impose aux autorités publiques de respecter la Convention et tout le droit qui s'est développé à partir d'elle. Selon l'article 2 (1) du *Human Rights Act*, il s'agit non seulement des arrêts de la CEDH, mais également des avis et des décisions de l'ancienne Commission européenne et des décisions du Comité des ministres se prononçant sur l'existence d'une violation de la Convention. Il faut ainsi noter que ce n'est pas seulement la Convention qui a été incorporé en droit anglais, mais "tout le corpus de règles et de précisions qui s'est développé depuis 1950 à partir des organes mis en place par le Conseil"<sup>144</sup>.

Les récentes réformes législatives françaises illustrent aussi l'ampleur de cette influence<sup>145</sup>. La loi du 15 juin 2000 est venue créer une nouvelle voie de recours extraordinaire – le réexamen à la suite d'une condamnation de la France par la CEDH (art. 626-1 et suivants du CPP) – qui

<sup>142</sup> Cf. V. BÜCK, *L'influence des Cours constitutionnelles sur la politique pénale. Etude comparée France/Espagne*, op. cit., p. 523..

<sup>143</sup> Cf. J.F. FLAUSS, "Human Rights Act 1998 : Kaléidoscope". *Revue française de droit constitutionnel*, n° 48, 2001, p. 697.

<sup>144</sup> Cf. M. BENILLOUCHE, "L'incorporation de la Convention européenne des droits de l'homme par le Royaume-Uni", *Revue de science criminelle*, 2000, p. 706.

<sup>145</sup> Voir, notamment, Cf. V. BÜCK, "Le Conseil constitutionnel et les réformes pénales récentes", *Les cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 10, 2001, p. 112.

permet la réouverture d'un procès pénal définitivement achevé mais ayant donné lieu à un constat de violation des stipulations de la CESDH par la Cour de Strasbourg. Un autre exemple est l'exclusion – faite par la loi du 15 novembre 2001 – d'une condamnation fondée sur un seul témoignage anonyme (art. 706-62 du CPP), en incorporant une solution dégagée par la CEDH dans son arrêt *Saidi c/ France* (20 septembre 1993). D'autres illustrations peuvent être trouvées dans l'abrogation de la procédure de mise en état par la loi du 15 juin 2000 suite à l'affaire *Khalfaoui c/ France* (14 février 1999) et le revirement de jurisprudence de la Cour de cassation (Ass. Plén., 2 mars 2001) quant à l'exclusion de la représentation par un avocat d'un prévenu non comparant et non excusé à la suite, notamment, de l'affaire *Van Pelt c/ France* (28 mai 2000).

La **jurisprudence constitutionnelle allemande** se fonde sur celle de la CEDH pour interpréter les droits fondamentaux et les principes consacrés par la Loi fondamentale ou pour combler des lacunes, comme celle du principe de la présomption d'innocence absent du catalogue constitutionnel.

L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme et de la jurisprudence de la Cour européenne sur la **jurisprudence constitutionnelle espagnole** a été mise en exergue par Mme Bück. Selon l'auteur, le Tribunal constitutionnel espagnol, a élaboré "une doctrine détaillée sur la conformité du système probatoire aux droits fondamentaux qui a bouleversé les règles traditionnelles et surtout l'esprit inquisitoire de la procédure pénale espagnole en invitant les parties accusatrices à développer leur accusation, en invitant les juges à se prononcer sur les seules preuves produites contradictoirement à l'audience sans attribuer de valeur supérieure aux procès-verbaux des policiers ou au dossier de la procédure élaboré pendant la phase antérieure au jugement"<sup>146</sup>. Le même auteur affirme que la jurisprudence constitutionnelle modifie le système traditionnel adopté par l'Espagne, en adaptant "le système inquisitoire encore intégré dans les institutions et les règles de procédure", autorisant une transition en douceur vers un système de plus en plus accusatoire par l'établissement de garanties d'un procès équitable"<sup>147</sup>. La jurisprudence constitutionnelle espagnole recherche la généralisation du système accusatoire. Cette jurisprudence définit le "procès pénal accusatoire

---

<sup>146</sup> Cf. V. BÜCK, *L'influence des Cours constitutionnelles sur la politique pénale. Etude comparée France/Espagne*, op. cit., p. 299.

<sup>147</sup> Cf. V. BÜCK, *L'influence des Cours constitutionnelles sur la politique pénale. Etude comparée France/Espagne* op. cit., p. 341.

comme étant public, contradictoire, avec toutes les garanties, caractérisé par un conflit entre deux parties opposées (accusateur/accusé) résolu par un organe neutre, indépendant et impartial"<sup>148</sup>. Or, le Tribunal constitutionnel espagnol "s'inspire bien évidemment du droit à un procès équitable reconnu à l'art. 6§1 de la CESDH"<sup>149</sup>.

Selon M. Coccozza, "le Tribunal constitutionnel, surtout pendant les examens des *recursos de amparo* a souvent fait appel à la jurisprudence de la CEDH que la doctrine espagnole n'hésite pas à qualifier de justice constitutionnelle"<sup>150</sup>.

Un important exemple de l'impact de la jurisprudence de la CEDH en droit interne espagnol est celui de l'affaire *Barberá, Messegué et Jabardo* (CEDH, 13 juin 1994) où l'Espagne a été condamnée pour plusieurs violations des garanties du procès équitable. A la suite de cet arrêt et malgré la gravité des infractions commises par les demandeurs, le Tribunal constitutionnel espagnol a annulé la décision nationale et a déterminé la libération des détenus comme forme d'exécution de la décision de Strasbourg<sup>151</sup>.

En ce qui concerne l'impact de la CESDH et de la jurisprudence de la CESDH sur le **droit interne portugais**, le Tribunal constitutionnel ne sanctionne pas une loi parce qu'elle est contraire à un traité. Selon le Président du Tribunal constitutionnel portugais, la Cour n'apprécie pas la conformité d'une loi à un traité international parce que la non-conformité ne serait qu'une inconstitutionnalité indirecte. Les cas d'inconstitutionnalité indirecte n'appartiennent pas à la compétence du Tribunal constitutionnel. Il n'y aurait pas violation directe de la Constitution portugaise, même si celle-ci pose le principe de la primauté du traité. Pourtant, lorsque le juge ordinaire refuse l'application de la loi nationale parce qu'elle est contraire à un traité international, il y a un renvoi obligatoire au Tribunal constitutionnel. Selon le Président de ce tribunal, il s'agirait d'une intervention pour défendre la loi. Selon lui, "décider de refuser d'appliquer la loi parce qu'elle est contraire à un traité international est une question constitutionnelle importante. Il faut donc que cette décision soit appréciée par la

<sup>148</sup> Idem.

<sup>149</sup> Cf. V. BÜCK, *L'influence des Cours constitutionnelles sur la politique pénale. Etude comparée France/Espagne* op. cit., p. 342.

<sup>150</sup> F. COCOZZA, "Les droits fondamentaux en Europe entre justice constitutionnelle 'transfrontière' de la CEDH et justice constitutionnelle". *Revue française de droit constitutionnel*, 1996, p. 720.

<sup>151</sup> Cf. - FERREIRA, Paulo Marrecas. "Portugal e a Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Execução das decisões das instâncias de Estrasburgo. <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/sis-euro.../cons-europa-conv-dh-paulo-marrecas.htm> (08/03/01).

Cour constitutionnelle"<sup>152</sup>. Néanmoins cette Cour apprécie seulement les questions de droit constitutionnel et celles de droit international. Le Président affirme que "dès lors que la Constitution établit la primauté du traité sur la loi, on va vérifier si le traité est en vigueur dans l'ordre juridique international et s'il oblige l'Etat portugais, mais on ne va pas examiner la question de la contrariété"<sup>153</sup>.

En ce qui concerne la CESDH, le Président du Tribunal constitutionnel, M. da Costa, affirme qu'elle "n'est pas, en principe et directement, un étalon de contrôle. Ce n'est donc pas une norme utilisée normalement comme paramètre, comme outil de travail" pour le Tribunal constitutionnel. Pourtant, il admet qu'elle peut jouer un rôle très important en tant "qu'élément auxiliaire". En outre, il affirme l'existence d'un mouvement dans la jurisprudence du Tribunal constitutionnel : "elle évite de dire, d'une façon claire, que la Convention européenne n'est pas un étalon de contrôle direct". M. da Costa justifie cette précaution de la manière suivante : "on évite de le dire parce que, peut-être, les choses, en ce qui concerne le jugement des lois au regard des droits fondamentaux, pourraient changer". Questionné sur les signes de ce changement, il avance comme exemple les références faites par juge-rapporteur des décisions de Strasbourg devant l'Assemblée<sup>154</sup>.

Il faut donc constater que l'impact de la jurisprudence de la CEDH dans la jurisprudence constitutionnelle existe, mais il est récent et encore timide. Pourtant, nous pouvons constater les efforts de ce pays pour éviter des nouvelles condamnations, notamment en raison des délais disproportionnés de procédure<sup>155</sup>.

\*\*\*

Une dernière question à être soulevée est celle de la relation existante entre constitutionnalité et conventionnalité. La CEDH n'est pas encore devenue une Cour constitutionnelle<sup>156</sup> mais

<sup>152</sup> Cf. D. ROUSSEAU, op. cit., p. 41.

<sup>153</sup> Cf. D. ROUSSEAU, op. cit., p. 41.

<sup>154</sup> Cf. D. ROUSSEAU, op. cit., p. 42.

<sup>155</sup> Voir, notamment, - J. MADUREIRA. "The impact of the European Convention on Human Rights in the legal and political systems of member states over the period 1953-1998 – Portugal. [http://www.gddc.pt/direitos-humanos/sis-europeu-d.../cons-europa-enropean-conv-dh.htm\(08/11/01\)](http://www.gddc.pt/direitos-humanos/sis-europeu-d.../cons-europa-enropean-conv-dh.htm(08/11/01)).

<sup>156</sup> Voir J.F. FLAUSS, "La Cour européenne des droits de l'homme est-elle une Cour constitutionnelle?" *Revue française de droit constitutionnel*. 1998, n° 36 pp. 711 à 728.

elle est susceptible de "se rapprocher davantage d'une Cour constitutionnelle européenne suprême que d'un juge international classique"<sup>157</sup>. Certes pour la Cour, le droit constitutionnel est soumis à la Convention, ne pouvant pas profiter d'aucune immunité, l'"exception constitutionnelle"<sup>158</sup> n'étant pas admise.<sup>159</sup>

La CEDH admet qu'il appartient au premier chef aux autorités internes d'interpréter et d'appliquer le droit interne ainsi que de se prononcer sur les questions de constitutionnalité.<sup>160</sup> Mais si la Cour ne se permet pas d'apprécier la constitutionnalité d'une loi, elle exerce un contrôle de constitutionnalité par ricochet par le biais d'un contrôle de conventionnalité des lois<sup>161</sup>.

Comme le précise M. Flauss, "force est, malgré tout, de convenir que la liberté d'action du constituant national est davantage encadrée... surtout pour les Etats confrontés à des arrêts de 'condamnation' sanctionnant l'inconventionnalité d'une norme constitutionnelle. En toute hypothèse, l'obligation d'exécuter l'arrêt rendu par la Cour impose en effet des révisions constitutionnelles, elles-mêmes sujettes à un contrôle européen"<sup>162</sup>.

Même si "dans la tradition juridique continentale, il est d'usage de distinguer entre contrôle de conventionnalité des lois et contrôle de constitutionnalité des lois", "l'opposition entre ces deux types de contrôle est loin d'être aussi tranchée qu'une partie de la doctrine continue encore à l'affirmer. *De facto*, en effet, le contrôle de constitutionnalité est susceptible de faire office

<sup>157</sup> E. LAMBERT. *Les effets des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme. Contribution à une approche pluralistes du droit européen des droits de l'homme*. Bruxelles : Bruylant, 1999, p. 57.

<sup>158</sup> Doctrine selon laquelle les Etats parties n'auraient entendu soumettre au contrôle de la Cour leurs institutions constitutionnelles et les principes qu'elles considèrent comme des conditions essentielles de leur existence, la CEDH ne pouvant pas devenir juge du "noyau dur" de la souveraineté constitutionnel d'un Etat.

<sup>159</sup> Voir, notamment, l'arrêt du 30 janvier 1998, *Parti communiste unifié de Turquie et autres c/ Turquie*. La Cour affirme que la Convention "ne fait aucune distinction quant au type de normes ou de mesures en cause et ne soustrait aucune partie de la juridiction des Etats membres" à son empire. Pour la Cour "c'est donc par l'ensemble de leur juridiction laquelle, souvent, s'exerce d'abord à travers la Constitution, que lesdits Etats répondent de leur respect de la Convention (...)". "Il importe peu (...) que se trouvent en cause des dispositions constitutionnelles (...) ou simplement législatives (...).

<sup>160</sup> Voir, notamment, CEDH, *Affaire ex-roi de Grèce et autres c/ Grèce*, requête n° 25701/94, §82, où la Cour se doit d'accepter la constitutionnalité d'une loi affirmée par un juge constitutionnel.

<sup>161</sup> A ce propos, voir J.F. FLAUSS, "Droit constitutionnel et convention européenne des droits de l'homme. Le droit constitutionnel national devant la Cour européenne des droits de l'homme (actualité jurisprudentielle 1997-1998-1999-2000)", *Revue française de droit constitutionnel*, n° 44, 2000, p. 853.

<sup>162</sup> Cf. J.F. FLAUSS, "Droit constitutionnel et convention européenne des droits de l'homme. Le droit constitutionnel national devant la Cour européenne des droits de l'homme (actualité jurisprudentielle 1997-1998-1999-2000)", *Revue française de droit constitutionnel*, n° 44, 2000, p. 844.

de contrôle de conventionnalité et inversement le contrôle de conventionnalité s'apparente à un contrôle de constitutionnalité »<sup>163</sup>.

En ce qui concerne le champ pénal, le rapport entre constitutionnalité et conventionnalité est très important. L'affirmation des principes directeurs en matière de preuve pénale dans les ordres juridiques nationaux et international, ainsi que l'existence de mécanismes de contrôle du respect de ces principes tant au niveau interne qu'international, assurent l'équilibre entre le monopole du droit de punir de l'Etat et le nécessaire respect des droits et garanties individuelles.

---

<sup>163</sup>. Cf. J.F. FLAUSS, "*Human Rights Act 1998 : Kaléidoscope*". *Revue française de droit constitutionnel*, n° 48, 2001, p. 700.

### 3/ La hiérarchie des preuves

Olivier BACHELET

Résumé :

Le principe de l'intime conviction s'appliquant dans les pays de tradition continentale ou de Civil Law, il apparaît qu'aucune hiérarchisation formelle des preuves ne peut être dégagée. C'est qu'en effet, le juge apprécie librement les différentes preuves (Codes français, belge, allemand, espagnol, portugais ...). Cependant, afin que la liberté laissée au juge ne mène pas à l'arbitraire, certaines limites sont prévues, reposant pour l'essentiel sur l'exclusion des preuves illégalement administrées. En particulier, l'emploi de procédés illégaux entraîne soit l'irrecevabilité de la preuve ou l'interdiction de son utilisation, soit la nullité de la procédure.

En revanche, dans les systèmes de *Common Law*, les tribunaux s'intéressent peu aux moyens employés pour obtenir une preuve. Toutefois, depuis une vingtaine d'années, la situation a évolué sous l'influence du Police and Criminal Evidence Act (PACE) anglais de 1984 qui admet certains cas d'exclusion des preuves dans des situations particulièrement graves (V. le rapport sur « La hiérarchisation des preuves », p.73).

Concernant l'administration de la preuve – entendue comme sa présentation et sa discussion devant le juge –, elle repose sur des principes identiques dans l'ensemble des systèmes juridiques étudiés, à savoir l'oralité des débats et leur caractère contradictoire.

En outre, la mise à l'écart formelle de certains modes de preuve s'accompagne d'une évolution récente conduisant à une distinction des preuves selon leur nature et leur valeur probante. Même si l'aveu n'a plus l'importance qu'il détenait sous le système des « preuves légales », il conserve incontestablement aujourd'hui une valeur de premier plan, et aucun autre moyen de preuve ne semble pouvoir s'y substituer (V. rapport précité, p.79). Enfin, le poids accordé par les magistrats aux conclusions des experts est particulièrement important. Il faut bien reconnaître qu'une telle situation menace de déboucher sur un retour implicite au système de preuves légales.

H.M.

Il est communément admis que le principe de la « *preuve morale* » gouverne et doit gouverner le régime en vigueur devant les juridictions répressives. Dans sa tâche d'appréciation des preuves, le juge n'est donc tenu d'obéir qu'aux suggestions de sa raison et de sa conscience. Il ne doit, toutefois, pas s'en remettre à ses sentiments personnels. Son devoir est de prendre en compte de manière objective chaque élément de preuve afin de parvenir à un verdict rationnel. Au regard de ce principe, il n'est donc pas possible d'affirmer l'existence d'une véritable hiérarchisation des preuves pénales. Néanmoins, afin que la liberté laissée au juge ne mène pas à l'arbitraire, certaines limites sont prévues reposant pour l'essentiel sur un système d'exclusion des preuves illégalement administrées (A).

Cette mise à l'écart formelle de certains modes de preuve s'accompagne, en outre, d'une évolution récente menant à une distinction des preuves selon leur nature et leur valeur probante. Cette dernière tendance est donc symptomatique de la résurgence d'une hiérarchisation matérielle des preuves pénales (B).

#### A) La libre appréciation de la preuve pénale : un principe encadré

Le principe de la « *preuve morale* », reconnu dans l'ensemble des législations étudiées, laisse au juge le soin de se prononcer sur la valeur démonstrative des preuves et de décider si un fait est tenu ou non pour établi. Ainsi, le juge demeure libre d'évaluer la fiabilité et la véracité des preuves recueillies, celles-ci n'obéissant pas à un système de hiérarchisation (1°). Toutefois, en principe, l'appréciation du juge ne peut porter que sur les preuves valablement collectées et discutées. La légalité apparaît donc comme une limite essentielle au principe de liberté (2°).

##### 1°) L'absence de hiérarchisation des preuves

Dans l'ensemble des législations nationales étudiées s'applique le principe de la « *preuve morale* ». Toutefois, pour poser la même règle, deux expressions distinctes sont employées. Pour condamner, le juge doit en effet être parvenu à une solution « *au-delà de tout doute raisonnable* » (a) ou emportant son « *intime conviction* » (b).

a) Une condamnation « *au-delà de tout doute raisonnable* »

Dans les pays de *Common Law*, il est établi que l'accusation en matière pénale doit prouver la culpabilité de l'accusé « *au-delà de tout doute raisonnable* » (« *beyond reasonable doubt* »). Cette expression est littéralement employée par la jurisprudence anglaise, alors que le droit américain fait référence à la « *due process clause* » ce qui revient au même puisqu'il s'agit de protéger l'accusé contre une condamnation qui ne serait pas fondée au-delà d'un doute raisonnable.<sup>164</sup>

En *Common Law*, il appartient donc au juge qui croit qu'un accusé est probablement coupable de l'acquitter s'il subsiste un doute à cet égard. Mais l'expression ainsi employée, en renvoyant à « *un état d'esprit indéfinissable* »<sup>165</sup>, demeure floue. Selon le juge anglais DENNING, « *il n'est pas nécessaire de parvenir à une certitude, mais il faut atteindre un haut degré de probabilité. Preuve au-delà d'un doute raisonnable ne signifie pas preuve sans l'ombre d'un doute. La loi ne protégerait pas la société si elle admettait que des probabilités imaginaires puissent détourner le cours de la justice. Si la preuve contre l'accusé est faite au point de ne laisser qu'une lointaine possibilité en sa faveur, qui correspond à la phase ' bien entendu c'est possible, mais ce n'est pas du tout probable', la cause est prouvée au-delà du doute raisonnable ...* »<sup>166</sup>.

Cette forte exigence en matière pénale doit être distinguée de la « *balance of probabilities* » gouvernant la matière civile. Dans ce dernier cas, en effet, est exigée une prépondérance des preuves ce qui signifie que « *si la preuve est telle que le tribunal puisse dire 'nous pensons que c'est plus probable que l'inverse', la partie s'est acquittée de son fardeau de persuasion, mais si les probabilités sont équivalentes, elle n'y a pas réussi* »<sup>167</sup>. Dès lors, contrairement au standard élevé prévu en procédure pénale, l'existence d'un doute n'est pas exclusive d'une décision de condamnation civile.

<sup>164</sup> Supreme Court, *WINSHIP v. Prosecution*, [1970] 397 US 358.

<sup>165</sup> J.H. WIGMORE, *WIGMORE on evidence*, 3<sup>ème</sup> édition, 1967, § 2497.

<sup>166</sup> *MILLER v. Minister of Pensions*, [1947] 2 All E.R. 372, 373. Traduction issue de : J. PRADEL, *Droit pénal comparé*, Dalloz, collection Précis, 1995, pp. 473-474.

<sup>167</sup> *MILLER v. Minister of Pensions*, *op. cit.*.

b) L'« *intime conviction* » du juge

Dans les pays de tradition continentale – ou de *Civil Law* –, le principe est également celui de la liberté du juge dans l'appréciation des preuves qui lui sont soumises. L'expression employée est toutefois différente de celle des pays de *Common Law* puisque l'on parle alors d'« *intime conviction* ». Cette règle est exprimée dans l'article 353 du Code de procédure pénale français relatif à l'instruction qui est lue aux jurés d'assises avant qu'ils ne se retirent pour délibérer. Dans son second alinéa, il énonce en effet ce qui est considéré comme l'un des fleurons de la littérature juridique de l'époque révolutionnaire<sup>168</sup> : « *La loi ne demande pas compte aux juges des moyens par lesquels ils se sont convaincus [...]; elle leur prescrit de s'interroger eux-mêmes dans le silence et dans le recueillement et de chercher, dans la sincérité de leur conscience, quelle impression ont faites, 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' ».*

Une formule identique se retrouve dans l'article 342 du Code belge d'instruction criminelle. De même, l'article 261 du StPO allemand prévoit que le tribunal se décide d'après sa conviction libre, celle-ci étant pour la Cour fédérale « *nécessaire pour la condamnation, mais aussi [...] suffisante* »<sup>169</sup>. Des formules proches existent en Espagne et au Portugal où le juge se décide « *selon les règles de l'expérience* ».

Le principe de la « *preuve morale* » s'appliquant indifféremment dans l'ensemble des systèmes étudiés, il apparaît qu'aucune hiérarchisation formelle des preuves pénales ne peut être dégagée. Ainsi, le tribunal qui est convaincu de la culpabilité de la personne mise en cause peut la condamner sans qu'il soit nécessaire qu'existe telle quantité de preuves, ou une preuve scientifique<sup>170</sup>. Le juge dispose donc de la liberté d'accorder à toute preuve la valeur et le poids qu'elle mérite à ses yeux, sachant que l'existence d'un doute doit toujours profiter à la personne mise en cause en vertu du principe unanimement reconnu de la présomption d'innocence.

Dès lors, qu'il s'agisse de faire référence à l'« *intime conviction* » ou à la certitude « *au-delà de tout doute raisonnable* » du tribunal, le principe de liberté demeure le même. Il faut ainsi

<sup>168</sup> M.-L. RASSAT, *Traité de procédure pénale*, P.U.F., collection Droit fondamental, 2001, p. 349.

<sup>169</sup> Cour fédérale de justice d'Allemagne, 9 février 1957, BGHSt 10, 208.

<sup>170</sup> Toutefois, certains systèmes européens conservent des vestiges de l'ancien principe des « preuves légales ». Ainsi, en droit néerlandais, le tribunal ne peut condamner, ni sur l'aveu de l'accusé, ni sur la déclaration d'un témoin, à moins qu'il y ait corroboration. Voir : M. DELMAS-MARTY (sous la dir.), *Procédures pénales d'Europe*, P.U.F., collection Thémis, 1995, p. 535.

admettre que « le niveau de certitude pour condamner ne diffère pas réellement en fonction de la formule qu'adopte un système pour l'exprimer, mais plutôt en fonction de la composition des tribunaux – et surtout du rôle qu'y jouent les jurés et les juges non professionnels »<sup>171</sup>.

Ce consensus autour de la liberté dans l'appréciation de la preuve pénale s'accompagne d'un autre principe généralement reconnu, celui de la légalité de la preuve sur laquelle s'appuie le raisonnement du juge.

## 2°) La légalité, limite à la liberté d'appréciation

L'exigence de légalité relative à la preuve pénale doit être soulignée en ce qu'elle renvoie à deux contresens à éviter.

D'une part, la nécessité de prendre en compte une preuve admissible légalement démontre que le principe de la « *preuve morale* » ne doit pas être considéré comme un mode de preuve, mais comme un mode d'appréciation des preuves produites devant le juge. Ceci signifie que « le juge pénal ne peut condamner, en l'absence de preuve, sur le seul fondement de son intime conviction de la culpabilité de l'accusé »<sup>172</sup>. La conviction du juge ne peut se suffire à elle-même, elle doit reposer sur un élément tangible de preuve.

D'autre part, la nécessaire légalité des modes de preuve employés ne doit pas être confondue avec le principe de la « *preuve légale* » qui renvoie également à un mode d'appréciation des preuves. Selon ce principe – en vigueur dans l'Ancien droit –, la force de chaque preuve est préalablement fixée au sein d'une hiérarchie et le verdict résulte nécessairement d'une opération arithmétique dans le cadre de laquelle le juge se trouve lié. Or, nous l'avons vu, le principe de liberté du juge dans l'appréciation des éléments de preuve s'applique dans l'ensemble des systèmes étudiés.

Il n'en demeure pas moins que le principe de la « *preuve morale* » se trouve nécessairement limité par le principe de légalité puisque le juge ne peut fonder sa conviction sur n'importe quel élément de preuve. En effet, celui-ci doit, en principe, tenir compte de la légalité, non seulement des modes de preuve qui lui sont soumis (a), mais aussi de leurs méthodes d'administration (b).

### a) La légalité des modes de preuve

---

<sup>171</sup> M. DELMAS-MARTY (sous la dir.), *Procédures pénales d'Europe*, P.U.F., collection Thémis, 1995, p. 522.

<sup>172</sup> M. DELMAS-MARTY, « La preuve pénale », *Droits*, 1996, p. 60.

Destinée à empêcher l'arbitraire et à protéger les droits fondamentaux de la personne mise en cause, la légalité de la preuve renvoie au souci de légitimité<sup>173</sup> de la preuve pénale. Néanmoins, cette exigence n'est pas perçue de la même manière selon les systèmes étudiés. La comparaison entre *Common Law* et *Civil Law* apparaît encore ici pertinente.

Ainsi, dans les pays de droit continental, la légalité est surtout exigée dans la recherche des preuves. C'est pourquoi l'utilisation de procédés illégaux entraîne, soit l'irrecevabilité de la preuve<sup>174</sup> ou l'interdiction de son utilisation<sup>175</sup>, soit la nullité de la procédure<sup>176</sup>. Dès lors, le juge ne peut en aucun cas fonder sa décision sur un élément de preuve obtenu de manière illégale, ce qui mène à une limitation du champ d'application de son appréciation.

En revanche, dans les systèmes de *Common Law*, les tribunaux s'intéressent peu aux moyens employés pour obtenir une preuve. Comme le notait le juge CROMPTON dans une phrase célèbre du XIX<sup>ème</sup> siècle : « *De quelle que façon que vous l'avez obtenue, même si vous l'avez volée, la preuve serait recevable* »<sup>177</sup>.

Néanmoins, depuis une vingtaine d'années, la situation a évolué sous l'influence du *Police and Criminal Evidence Act* (PACE) anglais de 1984 qui admet certains cas d'exclusion dans des situations particulièrement graves. En effet, selon l'article 76 de ce texte l'aveu obtenu par un policier doit être rejeté par le juge si le poursuivant ne peut pas établir qu'il a été obtenu librement<sup>178</sup>. En outre, l'article 78 PACE prévoit que le tribunal peut rejeter les preuves dont l'utilisation serait préjudiciable à la loyauté du procès.

Toutefois, ce dernier texte confère au juge un pouvoir discrétionnaire d'appréciation de la régularité de la preuve produite. Or, en pratique, les tribunaux sont généralement peu disposés à rejeter une preuve obtenue illégalement. Ainsi, la Cour d'appel a récemment approuvé l'utilisation de phrases enregistrées par un policier avec un magnétophone caché, alors qu'il s'agissait d'une provocation active.

Gageons que l'incorporation en droit anglais – par le *Human Rights Act* de 1998 – des stipulations de la Convention européenne des droits de l'Homme<sup>179</sup> mènera à une évolution

<sup>173</sup> M. DELMAS-MARTY, « La preuve pénale », *op. cit.*, p. 60.

<sup>174</sup> Article 91 du Code italien de procédure pénale.

<sup>175</sup> Article 136 A du StPO allemand.

<sup>176</sup> Article 170 et suivants du Code français de procédure pénale. La nullité de la procédure est toutefois limitée par la règle « *pas de nullité* [substantielles] *sans grief* » prévue par l'article 802.

<sup>177</sup> LEATHEM, 1861, 8 Cox CC 498.

<sup>178</sup> Ainsi, doit être écarté l'aveu obtenu alors que le mis en cause n'avait pas été informé de son droit au silence : SAMUEL, 1988, 87 CrApR 232.

<sup>179</sup> M. BENILLOUCHE, « L'incorporation de la Convention européenne des droits de l'Homme par le Royaume-Uni », *RSC* 2000, pp. 704-707.

de la jurisprudence sur ce point et à une limitation du large pouvoir d'appréciation conféré au juge.

b) La légalité dans l'administration des preuves

Contrairement à la notion de légalité dans l'obtention de la preuve pénale, l'administration de celle-ci – entendue comme sa présentation et sa discussion devant le juge – repose sur des principes identiques dans l'ensemble des systèmes étudiés, à savoir l'oralité des débats et leur caractère contradictoire.

Le caractère d'oralité de la procédure pénale d'audience découle du principe de la « *preuve morale* ». En effet, comme le souligne un auteur, cette garantie d'oralité « [...] est substantielle et [...] indispensable sous l'empire du système de la preuve de conviction. Car non seulement elle pose [...] une limite à l'immense liberté du juge en matière de preuves, mais encore elle lui assure les meilleures conditions pour former son intime conviction, en lui soumettant directement et sans intermédiaire les éléments même de cette conviction, dans leur source originaires et immédiates »<sup>180</sup>.

Le juge ne doit donc former son opinion que d'après les preuves qui ont été directement et immédiatement soumises au débat.

Au principe d'oralité s'ajoute son corollaire, à savoir le caractère contradictoire de la procédure. Ce dernier a pour objectif la sauvegarde des droits de la défense en permettant aux parties la libre discussion des preuves et en obligeant le juge, sous peine de nullité, à ne se prononcer qu'après le résultat des débats contradictoires, c'est-à-dire d'après les éléments que les parties en présence auront pu critiquer et discuter librement. Ainsi, le juge ne saurait fonder sa conviction sur des investigations ou des connaissances personnelles relative à l'affaire en cause.

Ce principe constitue donc une limite importante au pouvoir du juge, celui-ci ne pouvant exercer sa liberté d'appréciation que dans la limite des éléments de preuves recueillis et débattus contradictoirement à l'audience. De la sorte, le principe du contradictoire confère aux parties la possibilité de contrôler les éléments dans lesquels le juge puise sa conviction.

Le principe de la « *preuve morale* » conférant au juge une large liberté d'appréciation, il semblerait que la hiérarchisation des preuves pénales soit inexistante. Néanmoins, quelques rares exceptions au principe existent, notamment en France et en Belgique s'agissant des

---

<sup>180</sup> A. RACHED, *De l'intime conviction du juge*, Thèse Paris, éditions Pedone, 1942, p. 233.

procès-verbaux et rapports faisant foi jusqu'à preuve contraire ou jusqu'à inscription de faux. De plus, l'évolution récente des législations et des pratiques démontre l'émergence de preuves dont la valeur est préalablement définie. Alors, au-delà de la prise en compte des formes comme limite à la liberté d'appréciation du juge, apparaîtrait un véritable contrôle de la pertinence de la preuve tenant à sa nature même.

## B) Vers une hiérarchisation matérielle des preuves pénales

L'apparition d'une hiérarchisation des preuves pénales, non exclusivement fondée sur des considérations formelles, mais aussi sur des éléments tenant à la nature des preuves produites, va de pair avec un mouvement d'« *objectivisation* » (1°) et de standardisation de la preuve, en particulier au regard du concept de procès équitable (2°).

### 1°) L'« *objectivisation* » des preuves pénales

L'emploi d'un tel barbarisme a pour objectif avoué de contraster avec le principe de la « *preuve morale* », souvent qualifié de trop subjectif. Surtout, il tend à souligner le développement d'une théorie scientifique de la preuve pénale (b) destinée à supplanter l'ancestrale « *reine des preuves* », l'aveu (a).

#### a) La survivance de l'aveu

L'aveu peut être défini comme les déclarations par lesquelles la personne mise en cause reconnaît, en totalité ou en partie, le bien-fondé des accusations portées contre elle. Contrairement à l'Ancien droit, l'aveu n'est plus synonyme de vérité. Ainsi, l'article 428 du Code français de procédure pénale dispose que « *l'aveu, comme tout élément de preuve, est laissé à la libre appréciation des juges* ». De même, l'article 406 du Code espagnol de procédure pénale précise que « *l'aveu de l'inculpé ne dispensera pas le juge d'instruction d'effectuer tous les actes d'instruction nécessaires aux fins d'acquiescer la conviction de la sincérité de l'aveu et de l'existence du délit* ».

L'aveu n'a donc plus l'importance qu'il détenait sous le système des « *preuves légales* ». Il n'a plus sa force invincible. De ce fait, le juge peut repousser l'aveu chaque fois qu'il a des raisons plausibles de mettre en doute sa sincérité et sa véracité. Le principe de l'intime

conviction explicite, pareillement, qu'en matière pénale l'aveu est divisible, c'est-à-dire qu'il peut n'être retenu que partiellement. Le juge doit en effet se méfier de l'aveu autant que du témoignage. Il doit l'analyser, le peser : « *sincérité ne signifie pas toujours exactitude ; comme le témoin, le coupable est sujet à l'erreur* »<sup>181</sup>.

Pourtant, l'aveu reste une preuve importante dans la procédure pénale. Selon un auteur, l'aveu dispose d'une « *importance capitale [...] dans une procédure criminelle. S'il est une peine qui a sa récompense, c'est bien celle qu'un commissaire a prise pour obtenir l'aveu du coupable [...]. Pour n'être plus une preuve légale liant le juge, pour n'être qu'un élément de conviction parmi les autres, l'aveu reste de loin le plus puissant, le plus impératif des moyens de conviction et il s'impose au juge au même titre qu'une preuve légale* »<sup>182</sup>.

Cette affirmation se trouve relayée auprès des juges. Ainsi, d'après une étude récente réalisée en Suisse<sup>183</sup>, l'aveu demeure considéré par près des trois quarts des juges d'instruction comme la « *probatio probatissima* ». En outre, 49 % des présidents de tribunaux placent ce moyen de preuve en première position dans leur échelle de valeur. Sur l'ensemble, 57 % des magistrats accordent à l'aveu une importance plus grande qu'aux autres moyens de preuve.

L'aveu conserve donc incontestablement une valeur de premier plan et aucun autre moyen de preuve ne semble pouvoir s'y substituer. Dans cette perspective, le développement des preuves scientifiques aurait pour vocation de conforter la crédibilité de l'aveu ou d'en pallier l'absence.

#### b) Vers une théorie scientifique de la preuve pénale

En vertu du principe de la « *preuve morale* », le juge dispose d'un large pouvoir d'appréciation des éléments probatoires qui lui sont soumis. Ce système, s'il correspond le mieux à la fonction de juger, peut laisser place à un certain subjectivisme, voire à l'arbitraire. Afin de lutter contre cette tendance, quelques auteurs<sup>184</sup> proposent un recours plus abondant aux preuves dites scientifiques. La science et les expertises entretiennent alors l'espoir d'atteindre la certitude judiciaire avec de moindres chances d'erreurs.

<sup>181</sup> R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel, Tome II : Procédure pénale*, 4<sup>ème</sup> édition, Cujas, 1979, p. 229.

<sup>182</sup> L. LAMBERT, *Traité théorique et pratique de police judiciaire et de procédure policière*, édition 1945, n°207 et suivants, cité par H. LECLERC, « Les limites de la liberté de la preuve : Aspects actuels en France », *RSC* 1992, p. 27.

<sup>183</sup> A. GALLUSSER, « Recherche sur la perception par les magistrats de l'indice matériel comme moyen de preuve », *Revue pénale suisse* 1999, pp. 62-63.

<sup>184</sup> Voir notamment A. RACHED, *op. cit.*, pp. 283-304.

Dans ce cadre, les expertises font partie des preuves dites objectives en opposition aux preuves subjectives que sont l'aveu et le témoignage. Néanmoins, comme ces derniers éléments de preuve, l'expertise ne se voit pas conférer une place prépondérante dans l'appréciation que le juge doit en avoir. Le principe ici est généralement constant : « *Les juges du fond sont souverains pour ordonner une expertise et en apprécier la valeur* »<sup>185</sup>. Le juge n'est donc pas lié par les conclusions de l'expert, et demeure souverain quant à son appréciation<sup>186</sup>. Cette situation peut paraître paradoxale lorsque l'on sait que, le plus souvent, le juge n'a pas les compétences techniques suffisantes pour discuter d'un rapport d'expertise. Toutefois, le juge est là pour s'assurer que ce rapport d'expertise n'a pas été vicié dans sa réalisation. Il arrive en effet que, malgré un remarquable développement technique, le rapport soit entaché d'erreur dès l'origine par une mauvaise information reçue par l'expert. Or, « *l'expert n'est pas comme le juge guidé par la recherche de l'intime conviction, quant à la qualité et à la sincérité du témoignage* »<sup>187</sup>. Voilà pourquoi il est normal que le juge puisse, en général, apprécier librement les expertises.

Pour certains auteurs, la science et les expertises sont l'avenir de la justice car elles permettront « *enfin de vaincre le doute pour arriver à la certitude indispensable à la condamnation* »<sup>188</sup>. Pourtant, un recours trop important à ce genre de preuves peut représenter un danger. En effet, dans la pratique, le poids accordé par les magistrats aux conclusions d'expertises est particulièrement important<sup>189</sup>. Une telle situation, où le juge n'examine pas suffisamment d'un œil critique les conclusions des experts – au même titre que les témoignages et aveux –, menace donc de déboucher sur la consécration d'« *ordalies scientifiques* », c'est-à-dire sur un retour implicite au système de preuves légales.

Or, l'utilisation des preuves scientifiques n'est pas à l'abri de l'erreur. La fiabilité des résultats doit en effet être envisagée au regard des conditions de mise en œuvre du protocole scientifique : rigueur dans les prélèvements, dans le mode de conservation de ceux-ci, dans les

---

<sup>185</sup> Solution de la Chambre criminelle de la Cour de cassation française : Cass. crim., 28 octobre 1975, *Bull. crim.* n° 228.

<sup>186</sup> Le principe selon lequel le juge n'est pas lié par les conclusions de l'expert semble toutefois contredit au Portugal où la preuve par expertise est soustraite à la libre appréciation du juge (art. 163 du CPP). Néanmoins, cette règle connaît une atténuation lorsque les divergences du juge sont rationnellement fondées sur des considérations techniques ou scientifiques. Ceci rejoint donc le principe général puisque, si le juge démontre les négligences de l'expert, il pourra se départir de ses conclusions.

<sup>187</sup> L. ZOLLINGER, *L'intime conviction du juge*, in « L'innocence », édition Néret, 1977, p. 33.

<sup>188</sup> H. LECLERC, *Le doute, devoir du juge*, in « Le doute et le droit », Dalloz, 1994, p. 49.

<sup>189</sup> Ch. BYK, « Tests génétiques et preuve pénale », *RIDC* 1998, p. 686.

méthodes de travail des laboratoires concernés ... « *Faute de quoi, l'analyse et l'exploitation resteront hasardeuses et sources d'erreur* ».<sup>190</sup>

L'évolution des sciences ne doit donc pas influencer trop fortement la conscience des juges, au risque d'amener sa conviction à être faussée par les apparences à la fois trompeuses et attirantes de ces preuves scientifiques. En outre, la formation des magistrats, et encore plus des jurés, ne permet pas encore totalement de concéder à ceux-ci une connaissance suffisante pour utiliser et comprendre ce type de preuves. C'est pourquoi la tendance actuelle n'est pas à l'élaboration d'une hiérarchisation stricte des preuves pénales au sein de laquelle la preuve scientifique aurait une place prépondérante. Même si, en pratique, ce qui est scientifiquement établi influence grandement les juges, c'est essentiellement la notion d'équité de la procédure qui permet aujourd'hui d'admettre l'utilisation de tel ou tel élément de preuve.

## 2°) L'équité, nouvel étalon de la preuve pénale

Le concept de procès équitable, prévu et protégé par l'ensemble des textes relatifs aux droits de l'homme, « *participe d'un mouvement [...] d'internationalisation du droit procédural* ».<sup>191</sup> Dans cette mesure, la notion d'équité influence grandement la procédure pénale et son « *centre de gravité* ».<sup>192</sup>, à savoir la preuve pénale.

Cette influence est particulièrement perceptible dans le cadre du droit régional européen, grâce à l'interprétation évolutive et constructive<sup>193</sup> faite par la Cour européenne des Droits de l'Homme (CEDH) de la Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des libertés fondamentales (CESDH) (a). Les exigences européennes étant d'application directe dans l'ensemble des systèmes européens étudiés, les principes dégagés en matière de preuve y ont une influence primordiale (b).

### a) Droit de la preuve pénale et droit européen des droits de l'homme

<sup>190</sup> D. PIOT, « L'utilisation des empreintes génétiques en pratique judiciaire pénale », in Ch. DOUTREMEPUICH (sous la dir.), *Les empreintes génétiques en pratique judiciaire*, La Documentation française, 1998, p. 107.

<sup>191</sup> S. GUINCHARD, *ibid.*, p. 1155.

<sup>192</sup> R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel. Procédure pénale*, Cujas, 4<sup>ème</sup> édition, 1979, p. 151.

<sup>193</sup> CEDH, 9 octobre 1979, *AIREY c/ Irlande*, série A, n° 32.

La preuve pénale n'est pas une notion propre aux instruments internationaux. Ainsi, la Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme (CESDH) n'emploie à aucun moment le terme « *preuve* ». En outre, la Cour européenne des Droits de l'Homme (CEDH) a de nombreuses fois souligné les limites de sa compétence en affirmant que « *si la Convention garantit en son article 6 le droit à un procès équitable, elle ne régleme pas pour autant l'admissibilité des preuves en tant que telle* »<sup>194</sup>. C'est donc d'abord aux Etats qu'il incombe de réglementer leur système probatoire et d'établir la valeur à assigner à tel ou tel élément de preuve. Cette situation a même mené la Cour européenne à admettre le recours à des preuves obtenues de manière illégale<sup>195</sup>.

Toutefois, par l'intermédiaire du concept de procès équitable, la jurisprudence de la Cour de Strasbourg tend à dégager des lignes directrices communes menant à la neutralisation de certaines méthodes probatoires. De manière constante, ces principes communs sont fondés sur l'objectif de préservation des droits fondamentaux reconnus par la CESDH. Apparaît donc, ici, l'exigence d'équilibre inhérente à tout système de procédure pénale entre le souci de légitimité et celui d'efficacité. La recherche de la preuve ne doit pas, en effet, mener à la négation des libertés inaliénables de l'Homme et doit donc faire l'objet d'un double encadrement lié au respect des droits fondamentaux, non seulement « *substantiels* », mais aussi « *processuels* »<sup>196</sup>.

S'agissant des droits fondamentaux « *substantiels* », la Cour européenne réaffirme régulièrement que l'objectif d'efficacité de la répression ne doit pas porter atteinte à l'intégrité physique ou psychique des individus<sup>197</sup>, à l'intimité de leur vie privée<sup>198</sup>, ni à leur droit à la présomption d'innocence<sup>199</sup>. Quant aux droits « *processuels* », la jurisprudence européenne insiste sur les exigences liées au concept de procès équitable en termes d'administration de la preuve. Sur ce point, semble se dégager un principe général de contradictoire qui, s'il n'est

<sup>194</sup> Voir, notamment : CEDH, 12 juillet 1988, *SCHENK c/ Suisse*, série A, n° 140, § 46.

<sup>195</sup> CEDH, 12 juillet 1988, *SCHENK c/ Suisse*, précité.

<sup>196</sup> Cette distinction ne doit, toutefois, pas masquer l'évolution, soulignée en doctrine, du concept de procès équitable envisagé comme droit substantiel. Voir, notamment : S. GUINCHARD, « Vers une démocratie procédurale », *Justices*, n° 1, 1999, pp. 91-130 ; S. GUINCHARD, « Les métamorphoses de la procédure à l'aube du troisième millénaire », in *Clés pour le siècle*, Dalloz, 2000, pp. 1135-1211 ; S. GUINCHARD, M. BANDRAC, X. LAGARDE et M. DOUCHY, *Droit processuel. Droit commun du procès*, Dalloz, collection « Précis », 2001, pp. 583-593 ; P. TAVERNIER, « Le droit à un procès équitable dans la jurisprudence du Comité des Droits de l'Homme des Nations Unies », *RTDH* 1996, pp. 3-22.

<sup>197</sup> Par exemple : CEDH, 28 juillet 1999, *SELMOUNI c/ France*, RSC 1999, n° 4, pp. 891-904, note F. MASSIAS.

<sup>198</sup> Par exemple : CEDH, 24 juillet 1990, *KRUSLIN et HUVIG c/ France*, série A, n° 176, A et B.

<sup>199</sup> Par exemple : CEDH, 25 février 1993, *FUNKE c/ France*, série A, n° 256-A.

pas respecté, s'oppose à l'utilisation de la preuve non débattues comme fondement d'une condamnation<sup>200</sup>.

Néanmoins, malgré le développement de ces règles protectrices, l'appréciation portée par les juges de Strasbourg ménage la diversité des systèmes européens en n'envisageant la procédure que dans sa globalité. C'est notamment pour cette raison que la Cour a admis que l'illégalité dans la recherche d'une preuve n'est pas susceptible d'entraîner en elle-même la violation de l'article 6 de la Convention. De même, la Cour a jugé que les dépositions devant une Cour d'assises de deux experts-psychiatres, préjugant de la culpabilité de l'accusé, ne portaient pas atteinte aux stipulations de l'article 6 § 2 relatif à la présomption d'innocence dans la mesure où, au regard de l'ensemble de la procédure, elles ne semblaient pas avoir été à elles seules déterminantes dans le prononcé de la condamnation du requérant par la juridiction de jugement<sup>201</sup>. Dès lors, la Cour crée une « *marge nationale d'appréciation* »<sup>202</sup> là où l'article 6 de la Convention n'en prévoyait pas.

Ceci ne signifie toutefois pas que la Cour admette inconditionnellement l'utilisation de modes de preuve qui heurterait de front le concept de procès équitable. Bien au contraire, la Cour de Strasbourg ne l'admet pas « *lorsqu'une condamnation se fonde uniquement [...]* » sur des éléments de preuve portant atteinte aux droits de la défense, notamment s'agissant de témoignages anonymes<sup>203</sup>. De cette manière, pour certaines catégories de preuve lésant le concept de procès équitable, la Cour impose leur corroboration. Ceci mène donc implicitement à reconnaître une nature imparfaite à ce type de preuves, ne pouvant à elles seules fonder une décision de condamnation. Le juge interne n'est donc plus tout à fait libre dans son pouvoir d'appréciation.

## b) L'évolution des droits nationaux

Le concept de procès équitable exerce une influence considérable sur les droits nationaux. Ainsi, suite aux condamnations prononcées à Strasbourg, a été instauré, en Angleterre, un contrôle du juge sur les pièces considérées confidentielles par l'accusation et non

<sup>200</sup> Voir, récemment : CEDH, 16 février 2000, *FITT c/ Royaume-Uni* ; *JASPER c/ Royaume-Uni* ; *ROWE et DAVIS c/ Royaume-Uni*, *JDJ* 2001, pp. 168-170, obs. O. BACHELET.

<sup>201</sup> CEDH, 23 avril 1998, *BERNARD c/ France*, *Recueil* 1998-II.

<sup>202</sup> Sur la notion de marge, voir : M. DELMAS-MARTY et M.-L. IZORCHE, « Marge nationale d'appréciation et internationalisation du droit. Réflexions sur la validité formelle d'un droit commun pluraliste », *RIDC* 2000, pp. 753-780.

<sup>203</sup> Voir les arrêts : CEDH, 24 novembre 1986, *UNTERPERTINGER c/ Autriche*, série A n° 110, §§ 31-33 ; 20 septembre 1993, *SAÏDI c/ France*, série A n° 261-C, §§ 43-44 ; 23 avril 1997, *VAN MECHELEN et autres c. Pays-Bas*, *Recueil* 1997-III, p. 712, § 55.

communiquées à la personne mise en cause<sup>204</sup>. De même, l'Allemagne a dû modifier sa loi sur les frais de justice, suite à l'arrêt *ÖZTÜRK*<sup>205</sup>, afin de généraliser l'assistance d'un interprète, condition essentielle au plein exercice du principe du contradictoire.

Les incidences de ce concept dans le domaine de la preuve pénale apparaissent donc inévitables. En particulier, en France, la loi du 15 novembre 2001 relative à la sécurité quotidienne est venue entériner la jurisprudence européenne en matière de témoignages anonymes. Cette loi prévoit, en effet, certaines mesures de protection des témoins sensibles (art. 57 de la loi et articles 706-57 à 706-63 du CPP). Surtout, elle exclut la possibilité pour le juge de prononcer une condamnation « *sur le seul fondement* » de déclarations anonymes (art. 706-62 du CPP). Dès lors, le juge convaincu de la culpabilité de la personne mise en cause ne pourra entrer en voie de condamnation s'il ne dispose que de témoignages anonymes comme éléments à charge. Heurtant directement l'équité de la procédure, ces éléments de preuve se voient donc conférer une valeur inférieure dans une hiérarchie naissante des preuves pénales. L'évolution est ici saisissante puisqu'elle semble réintroduire un mécanisme propre au système des « *preuves légales* » : la corroboration. Néanmoins, il faut immédiatement souligner qu'il ne s'agit que d'une exception ne remettant pas en cause le principe de la « *preuve morale* » pour les autres éléments de preuve admissibles. Le juge demeure libre dans son appréciation des éléments de preuve légalement obtenus et équitablement produits. En d'autres termes, il est effectivement possible d'affirmer l'apparition d'une hiérarchisation des preuves qui empêchera le juge de condamner dans certaines hypothèses inéquitables, mais pour le reste aucune valeur particulière n'est attachée au modes de preuve admis. Il ne s'agit donc que d'un mécanisme d'exclusion de certaines preuves, comme il en existe dans l'ensemble des systèmes étudiés. Mécanisme reposant toutefois, non sur les méthodes d'obtention de la preuve – comme c'est généralement le cas –, mais sur la valeur intrinsèque présumée de celle-ci.

Cette situation n'est, en réalité, pas nouvelle. En effet, dans les pays de *Common Law*, en particulier l'Angleterre et les Etats-Unis, sont prévues de nombreuses règles complexes d'admissibilité entraînant l'exclusion systématique d'une preuve non recevable par sa nature. Ainsi, la preuve par oui-dire est, en principe, interdite, ce qui exclut la prise en compte par le juge des affirmations orales ou écrites des parties étrangères à l'événement relaté. Or, nous l'avons vu, jusqu'à récemment, les tribunaux anglais s'intéressaient peu aux moyens

---

<sup>204</sup> CEDH, 16 février 2000, *FITT c/ Royaume-Uni* ; *JASPER c/ Royaume-Uni* ; *ROWE et DAVIS c/ Royaume-Uni*, *op. cit.*

<sup>205</sup> CEDH, 21 février 1984, *ÖZTÜRK c/ Allemagne*, série A, n° 73.

employés pour obtenir une preuve alors que cette question apparaissait essentiel dans les pays de *Civil Law*. La pénétration en *Common Law* d'une hiérarchisation formelle des éléments de preuve et en *Civil Law* d'une hiérarchisation matérielle balbutiante est, à nouveau, symptomatique du rapprochement des systèmes contribuant à l'édification d'un véritable droit commun<sup>206</sup>.

---

<sup>206</sup> M. DELMAS-MARTY, *Pour un droit commun*, Seuil, collection « La librairie du XX<sup>ème</sup> siècle », 1994.

#### 4/ La participation des acteurs publics et privés du procès pénal à la recherche de la vérité

Lionel ASCENCI

Raphaëlle PARIZOT

##### Résumé :

Dans les pays de tradition continentale, la recherche de la preuve pénale est publique. En particulier, l'enquête est conduite à charge ou à décharge par le juge d'instruction (dans les pays qui connaissent encore telle figure : France, Espagne, Belgique) ou le ministère public (Allemagne, Italie). Cependant, il est permis de constater que les parties privées, longtemps à l'écart du procès pénal, bénéficient depuis quelques années d'un renforcement de leurs droits. On dit même qu'on assiste à une certaine « privatisation » dans la recherche de la preuve (droit d'accès aux pièces du dossier, droit de demander la réalisation d'actes d'enquête supplémentaires, renforcement des droits des victimes).

Dans le modèle accusatoire (anglais), ce sont, d'une part, la partie qui déclenche les poursuites (la police) et, d'autre part, la personne poursuivie qui recherchent les éléments de preuve. Dans une telle procédure, la défense manque largement de moyens financiers pour effectuer la moindre enquête. De plus, les mesures coercitives ne peuvent être prises que par la police, ce qui amène à une inégalité des justiciables. Pour remédier à ces inconvénients, la doctrine a encouragé la réforme du droit anglais qui affirme dorénavant le principe de la mise en état du procès pénal à charge et à décharge, et celui de la communication des éléments de preuve à décharge à la défense. Ainsi, aux termes du *Crown prosecution and investigation act* de 1996, il appartient à la police anglaise de rechercher les éléments de preuve à charge et à décharge. On peut donc parler, en ce cas, d'une certaine « publicisation » dans la recherche de la preuve.

H.M.

## A) Les acteurs publics

### Lionel ASCENCI

Lorsque l'on parle de privatisation dans la recherche de la preuve, on vise le mouvement par lequel les parties privées du procès (c'est-à-dire l'accusé et la partie civile) participent de plus en plus activement à la collecte de la preuve. Ce mouvement s'oppose à celui de publicisation, qui vise le processus donnant de plus en plus de prérogatives aux parties publiques du procès (c'est-à-dire le ministère public et, si l'on entend le mot « publique » de façon extensive, tout participant non privé au procès, ce qui vise aussi le juge).

Ces deux mouvements se rattachent logiquement aux deux grands systèmes procéduraux, à savoir le système anglo-saxon de type plutôt accusatoire et le système romano-germanique de type plutôt inquisitoire. Ainsi, si les parties privées ont toujours eu une importance considérable dans les premiers, ce n'est pas le cas dans les seconds.

Par rapport aux pays anglo-saxons étudiés (Grande-Bretagne, Etats-Unis, Canada), on ne peut donc parler de privatisation puisque les parties privées ont toujours joué un rôle clé dans la recherche de la preuve. En revanche, pour ce qui est des pays romano-germaniques étudiés (Allemagne, Belgique, Espagne, France, Italie, Portugal), on constate que les parties privées, longtemps à l'écart du procès pénal, bénéficient depuis quelques années d'un renforcement de leurs droits. On assiste donc dans ces pays à une certaine privatisation dans la recherche de la preuve. En voici quelques exemples qui concernent le droit d'accès aux pièces du dossier (A), le droit de demander la réalisation d'actes d'enquête supplémentaires (B) ainsi que le renforcement du droit des victimes (C)

#### 1°) Le droit d'accès aux pièces du dossier

Les parties privées, traditionnellement considérées comme des « parties passives » du procès pénal, n'ont jamais vraiment pu intervenir face au ministère public dans les pays de tradition romano-germanique. Leurs droits se sont cependant développés, notamment sous l'influence de la Convention européenne des droits de l'homme. Ainsi l'article 6-3 a) de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales prévoit que «

tout accusé a droit notamment à être informé, dans le plus court délai, dans une langue qu'il comprend et d'une manière détaillée de la nature et de la cause de l'accusation portée contre lui ». Sous cette impulsion, s'est développée dans beaucoup de pays l'ignorant jusqu'ici, un droit d'information et d'accès aux pièces du dossier.

En Allemagne, l'avocat dispose d'un accès au dossier. Cependant, jusqu'à la fin de l'enquête préliminaire, c'est le ministère public qui choisit d'accorder ou de refuser l'accès (le refus doit être motivé par le risque d'une compromission des objectifs de l'investigation en cours). Après l'enquête préliminaire, ce choix appartient au président du tribunal.

En Belgique, depuis la loi du 12 mars 1998, l'article 61ter du code d'instruction criminelle prévoit l'accès au dossier en cours d'instruction pour les parties. La demande de consultation peut être faite par l'inculpé non détenu et la partie civile qui adressent une demande en ce sens au juge d'instruction qui se prononce après que le procureur du Roi ait pris ses réquisitions. Le juge d'instruction peut refuser la communication du dossier ou de certaines pièces si la communication présente un danger pour les personnes ou porte gravement atteinte à leur vie privée, ou encore si la constitution de partie civile ne justifie pas d'un motif légitime à consulter le dossier. Lors de la phase de jugement, le dossier est remis aux parties préalablement à l'audience de jugement.

En France, ce droit d'accès au dossier a connu une évolution importante qui mérite d'être rappelée. Ce sont les lois du 8 décembre 1897 et du 22 mars 1921 qui ont respectivement consacré le droit de l'inculpé et le droit de la partie civile d'être assistés pendant leur interrogatoire et leur audition, d'un avocat qui a accès au dossier au cours de l'instruction préparatoire. Il a cependant fallu attendre la loi du 30 décembre 1996 pour que soit enfin généralisé le droit d'accès direct des parties au dossier.

Le droit d'accès au dossier des parties privées est très encadré, conformément à l'article 114 du code de procédure pénale, qui dispose de façon parallèle et équivalente du droit d'accès des avocats, tant de la personne mise en examen que celui de la partie civile. La procédure est mise à leur disposition quatre jours ouvrables au moins avant chaque interrogatoire ou chaque audition. Ultérieurement, les avocats ont accès au dossier chaque jour ouvrable sous réserve du bon fonctionnement du cabinet du juge d'instruction.

De façon spécifique, lors de l'interrogatoire de première comparution de la personne mise en examen, l'avocat peut consulter le dossier sur-le-champ.

Exceptionnellement, lorsque le juge d'instruction a procédé à la mise en examen par lettre recommandée (article 80-1 du code de procédure pénale) la procédure est mise à la disposition de l'avocat, sous réserve du bon fonctionnement du cabinet du juge d'instruction, quinze jours après l'envoi de la lettre recommandée, ou de la notification par procès verbal, s'il n'a pas été entre-temps procédé à la première comparution, auquel cas, la procédure de l'article 116 du code de procédure pénale s'appliquerait.

La communication doit en principe porter sur la totalité du dossier, qui doit comprendre toutes les pièces de police et d'instruction parvenues au juge au moment où il remet le dossier au conseil . Le non respect de cette formalité entraînerait la nullité de l'interrogatoire. Selon la Cour de cassation, « la communication d'un dossier incomplet équivaut au défaut de communication » .

En Italie, le nouveau CPP de 1989 a supprimé le secret qui prévalait jusque là dans la formation de la preuve à l'égard de l'accusé.

## 2°) Le droit de demander l'accomplissement d'actes d'enquête supplémentaires

Cette évolution est très sensible en France depuis les lois du 4 janvier et du 24 août 1993 qui accordent des droits aux parties privées lors de l'instruction préparatoire. Aux termes de l'article 82-1 du code de procédure pénale, les parties peuvent ainsi proposer au juge d'instruction leur audition ou leur interrogatoire, l'audition de témoins, la confrontation, le transport sur les lieux ou la production de pièces détenues par l'une ou par l'autre. La voie énumérative traduit une plus grande prudence du législateur vis-à-vis des droits des parties privées. De même, l'article 81 C.P.P. dispose que le juge peut prescrire un examen médical ou psychologique, et que les parties peuvent le saisir afin qu'il soit procédé à l'un de ces examens.

Les articles 156 et 167 du code de procédure pénale disposent encore du droit des parties de solliciter une mesure d'expertise, de contre-expertise ou de complément d'expertise. L'article

156 du code de procédure pénale dispose que les parties et le ministère public peuvent adresser au juge d'instruction ou à la juridiction de jugement des demandes d'expertise. Lorsque l'expertise a déjà été ordonnée, et que les conclusions des experts sont remises aux parties, le législateur a également prévu la participation des parties à la procédure. Le juge qui informera les parties des conclusions de l'expert leur accordera un délai pour formuler une demande de contre-expertise ou de complément d'expertise. La loi du 15 juin 2000 renforçant la présomption d'innocence et le droit des victimes a accentué cette évolution puisque dorénavant les parties peuvent préciser dans leur demande les questions qu'elles voudraient poser à l'expert.

Constatons surtout que l'innovation législative de 1993 consiste dans le fait que le juge d'instruction est tenu de répondre par ordonnance aux demandes d'actes qui lui sont adressées conformément aux articles 81, 82-1 et 156 du code de procédure pénale selon des délais qui varient. A défaut de réponse, il est d'ailleurs prévu que l'intéressé s'adressera directement à la chambre de l'instruction (article 81 du code de procédure pénale).

En Allemagne, l'accusé peut indiquer des preuves à décharge et demander qu'elles soient prises en considération. La loi prévoit l'obligation de satisfaire à ces demandes lorsque ces preuves sont d'importance mais ne prévoit pas de recours contre un éventuel refus.

En Belgique, ce droit est apparu avec la loi du 3 mars 1998 qui donne la possibilité aux parties de demander au juge la réalisation d'un acte d'instruction complémentaire (article 61 quinquies du code d'instruction criminelle).

En Italie, les défenseurs des parties peuvent attirer l'attention du ministère public et, selon l'article 367, lui présenter des mémoires et des requêtes écrits.

De plus, le défenseur est de plus en plus impliqué dans l'activité probatoire, puisque, selon l'article 327bis introduit en 2000, il peut faire des investigations pour rechercher et individualiser les éléments de preuve en faveur de celui qu'il assiste. Les modalités de ces investigations se font selon ce qui est prévu aux articles 391bis et suivants (formant un titre VI Bis du livre cinquième de la seconde partie du CPP consacré aux «enquêtes préliminaires et audience préliminaire»). L'article 327bis et ce titre VI Bis «Investigations défensives» ont été introduits par la loi n°397 du 7 décembre 2000. Les parties peuvent donc mener leur

propre enquête sous la surveillance néanmoins du ministère public qui peut interdire, par décret motivé, à certaines personnes de communiquer les faits dont elles ont connaissance, et ce, sous la menace de sanctions pénales (article 391-quinquies). Les éléments recueillis par les parties sont mis à la disposition du ministère public qui décide de s'en servir ou non à l'appui de sa décision de poursuivre ou pas. En tout état de cause, ces éléments sont utilisables par les parties pendant les débats de l'audience de jugement (article 391-decies).

En Espagne, en principe, ce sont les parties qui sollicitent du juge la réalisation de certains actes d'investigation et la production de certaines preuves (articles 311, I, 728, 790.5, II et 791.2 du CPP).

Au Portugal, les parties privées insatisfaites de la phase d'enquête et des conclusions du ministère public peuvent saisir le juge d'instruction dans le but de parfaire l'enquête. De plus, selon l'article 61 du CPP, l'accusé a le « droit d'intervenir lors de l'enquête et lors de l'instruction, en fournissant des preuves et en demandant des diligences qui lui semblent nécessaires ». En outre, l'accusé dispose du droit de contre-interroger les témoins. Introduction de la cross-examination dans les pays latins, ce dispositif existant aussi en Italie.

Ces droits à l'information et à une enquête plus poussée sont communs aux deux parties privées, la partie civile et l'accusé. A côté de ces deux droits, on a assisté, dans certains pays, à un changement du statut de la victime dans la recherche de la preuve.

### 3°) Le renforcement des droits de la victime

En Italie, un certain nombre de droits lui sont désormais reconnus (droit de participer aux vérifications techniques –article 360- ; droit de demander un incident probatoire –article 394- ; droit de demander la poursuite des enquêtes au GIP dans le cas où le ministère public veut classer –article 410- ; droit de demander l'examen de témoins pendant les débats –article 505-...). Cependant, la victime ne joue qu'un rôle qui reste secondaire, parce que, contrairement au droit français, elle ne peut déclencher l'action publique ; celle-ci appartient au ministère public.

Au Portugal, a été créé le statut spécifique de la « victime-assistante », c'est-à-dire qu'elle agit en tant que collaborateur du ministère public. Il lui incombe de présenter les preuves au cours de l'enquête et de l'investigation et demander les diligences nécessaires, porter une accusation indépendante de celle du ministère public.

Au travers ces quelques exemples, il semble que l'on assiste à une « dépublicisation » dans la recherche de la preuve chez les pays de tradition romano-germanique ; les pouvoirs du ministère public sont concurrencés par le développement de droits pour les parties privées. Reste à voir si ce mouvement coïncide avec une « déprivatisation » dans la recherche de la preuve chez les pays anglo-saxons.

## B) Les acteurs privés

### Raphaëlle PARIZOT

Dans les pays de tradition continentale, la recherche de la preuve pénale constitue traditionnellement une prérogative de l'Etat. L'inquisitoire fait de la vérité le résultat d'une décision : ce qui est vrai, c'est ce qui a été jugé comme tel au terme d'une procédure vouée à la préparation de l'exercice d'un pouvoir<sup>207</sup>, celui de juger.

Dans le cadre de la procédure pénale anglaise, l'affaire pénale est au contraire conduite selon le modèle accusatoire. D'un côté, la partie qui déclenche les poursuites, le plus souvent la police, et de l'autre la personne poursuivie, recherchent les éléments de preuve de nature à emporter la conviction du juge ou du jury, les parties étant théoriquement à « *égalité d'armes* ».

Une telle procédure se veut bien sûr protectrice des intérêts de la personne poursuivie mais, en pratique, la défense manque largement de moyens financiers pour effectuer la moindre enquête. De plus, un certain nombre de mesures coercitives ne peuvent être prises que par la police. Ce sont les justiciables qui disposent des moyens financiers les plus importants qui auront alors la possibilité de financer les meilleurs spécialistes - enquêteurs privés et avocats - qui leur assureront une conduite efficace des investigations. En théorie donc, la défense est

---

<sup>207</sup>. Ch. ATIAS, « Quelle procédure pénale pour quel droit ? », *R.I.D.P.* 1997, 1/2 trim., p. 40.

toujours libre de rechercher ses propres preuves, mais la réalité montre qu'elle ne dispose pas des moyens pour le faire, et qu'elle dépend en conséquence de la police pour l'information<sup>208</sup>.

Une telle inégalité des justiciables a toujours été repoussée en droit français. La France, des manufactures de Colbert à l'avènement de la Sécurité sociale, est attachée à l'idée que « *le bien commun est œuvre de l'Etat* »<sup>209</sup>. « *La justice est un service public parce que l'idée même de service public est liée à l'idée de justice* »<sup>210</sup> écrivait un ancien garde des Sceaux car la mission de justice est au cœur des activités régaliennes. Le service public de la justice doit ainsi remplir une mission d'intérêt général, dans des conditions de coût telles qu'il assure l'égalité des citoyens qui ont le droit légitime d'être jugés dans les mêmes conditions de défense de leurs intérêts.

En 1991, dans son rapport préliminaire, la Commission « *Justice pénale et droits de l'homme* » envisageait de façon très prudente et très réticente le recours à des enquêteurs privés, et donc à une mise en état des affaires pénales bâtie selon le modèle accusatoire. « *Un égal recours à des experts ou enquêteurs privés pourrait être envisagé, à condition qu'ils présentent toutes garanties de compétence et de moralité, et soient soumis à des règles déontologiques strictes* »<sup>211</sup>. A la suite d'une large consultation qui visait à établir le rapport définitif de la Commission, cette hypothèse a largement été repoussée. « *Toutefois, de façon presque unanime, l'hypothèse d'un droit pour la défense à faire appel à des enquêteurs privés est refusée* ». Et le rapport final poursuit : « *Ce serait s'exposer à de graves abus et à des inégalités accrues* »<sup>212</sup>.

Aussi, produit de tradition ou facteur d'égalité, il se généralise en Europe le principe d'un service public de la recherche de la preuve pénale, qui se manifeste au cours de la mise en état du procès pénal (1°), comme au cours de son jugement (2°).

### 1°) La recherche publique de la preuve au cours de la mise en état du procès pénal

Ce principe devient commun à l'ensemble des Etats européens où il constitue une obligation, tantôt de l'autorité publique de poursuite – dans l'ensemble des Etats étudiés –, tantôt du juge

<sup>208</sup> J.R. SPENCER, *La procédure pénale anglaise*, P.U.F., coll. « Que s'ai-je ? », Paris, 1998, p. 79.

<sup>209</sup> C. SAMET, « Le service public de l'instruction », *R.D.P.* 1990, n°1, p. 37.

<sup>210</sup> E. GUIGOU, « La justice au service du citoyen », in *Le service public de la Justice*, Editions Odile Jacob, 1998, p. 11.

<sup>211</sup> COMMISSION JUSTICE PENALE ET DROITS DE L'HOMME, *La mise en état des affaires pénales, Rapport*, La documentation française, Paris, 1991, p. 99.

<sup>212</sup> COMMISSION JUSTICE PENALE ET DROITS DE L'HOMME, *idem*, p. 121.

chargé de l'enquête dans les systèmes qui connaissent encore une telle figure – en France, en Belgique, et en Espagne.

Principe traditionnel du droit français, du droit belge et du droit espagnol, l'enquête est conduite à charge et à décharge. En France, aux termes de l'article 81 du code de procédure pénale, dans sa rédaction issue de la loi du 15 juin 2000 *renforçant la présomption d'innocence et le droit des victimes*, le juge d'instruction a l'obligation d'instruire à charge et à décharge.

Il en est de même au cours des enquêtes de police, qu'il s'agisse de l'enquête préliminaire ou de l'enquête de flagrance, même si le principe d'une conduite de l'enquête à charge et à décharge n'est pas affirmé en droit français, à la différence du droit belge notamment.

On peut toutefois induire ce principe de différentes dispositions du code de procédure pénale puisque l'on constate que les références à la notion de vérité sont omniprésentes dans les dispositions du code relatives aux enquêtes de police ce qui permettrait de tirer la conséquence que le policier doit enquêter sous la responsabilité du ministère public à charge et à décharge. L'article 54 du code de procédure pénale dispose en effet, en matière d'enquête de flagrance que « *l'officier de police judiciaire qui en est avisé, informe immédiatement le procureur de la République, se transporte sans délai sur le lieu du crime et procède à toutes constatations utiles. Il veille à la conservation des indices susceptibles de disparaître et de tout de ce qui peut servir à la manifestation de la vérité* ». On trouve encore une référence à la notion de vérité à l'article 56 du code de procédure pénale puisque « *le procureur de la République peut également, lorsque la saisie porte sur des espèces, lingots, effets ou valeurs dont la conservation en nature n'est pas nécessaire à la manifestation de la vérité (...)* ».

En droit belge, on déduit ce principe de l'article 37 du code d'instruction criminelle en ce qui concerne le procureur du Roi, puisqu'au terme de cet article « *s'il existe, dans le domicile (de l'inculpé) des papiers ou effets qui puissent servir à conviction ou à décharge, le (procureur du Roi) en dressera procès-verbal, et se saisira des dits effets ou papiers* ». L'acteur public pourra également être le juge d'instruction puisque l'article 56 du même code dispose que « *le juge d'instruction assume la responsabilité de l'instruction qui est menée à charge et à décharge* ».

En droit espagnol enfin, le juge a un rôle actif dans la recherche des preuves au cours de l'instruction préparatoire puisque le juge d'instruction peut pratiquer d'office tous les actes d'investigation qu'il trouve pertinents (article 315, II et 789-3 du code de procédure pénale).

On remarque ensuite que le principe de l'enquête publique à charge et à décharge a été conservé dans deux systèmes de procédure qui ne connaissent plus la figure du juge d'instruction, en Allemagne et en Italie.

Le ministère public allemand est en effet considéré comme un organe de justice qui a le devoir d'étendre ses recherches aux circonstances à décharge du prévenu. A l'effet de procéder aux recherches nécessaires à établir la matérialité des faits ou des éléments à décharge, le ministère public peut demander des informations à toutes les autorités publiques et procéder lui-même à toutes les investigations utiles ou les faire effectuer par les autorités et fonctionnaires des services de police, lesquels sont tenus de se conformer aux demandes et ordres du ministère public.

De même, le ministère public est le sujet majeur de la phase d'enquête préliminaire du droit italien et selon les articles 326 et 327 du code de procédure pénale, il dirige l'enquête préliminaire et recherche les éléments qui détermineront l'exercice ou non de l'action pénale avec l'aide de la police judiciaire dont il « *dispose directement* » (article 327 du code de procédure pénale). Le ministère public accomplit toute activité nécessaire pour les enquêtes préliminaires et réalise toutes les vérifications sur les faits et circonstances en faveur de la personne soumise aux enquêtes.

L'on aurait enfin pu écrire que cette présentation des droits continentaux tranche de façon fondamentale avec celle que l'on aurait pu faire du système anglais. Aucune autorité publique ne devait en effet prendre en charge l'administration de la preuve puisqu'il incombait aux parties de la rechercher par elles-mêmes. Pourtant, les situations d'inégalité étaient telles, que la doctrine a encouragé la réforme du droit anglais qui affirme dorénavant le principe de la mise en état du procès pénal à charge et à décharge et celui de la communication des éléments de preuve à décharge à la défense.

Ainsi, aux termes du Crown prosecution and investigation act de 1996, il pèse sur la police anglaise l'obligation de rechercher les éléments de preuve à charge et à décharge : « *in conducting an investigation, the investigator, should pursue all reasonable lines of inquiry, whatever these point towards or away from the suspect* ». Ce principe est d'ailleurs repris dans la définition que ce texte donne de l'enquête pénale : « *A criminal investigation is an investigation conducted*

*by police officers with a view to it being ascertained, whatever a person should be charged with an offence, or whatever a person charged with with an offence is guilty of it ».*

Nous noterons pour finir qu'aux termes de l'article 20§1 du *Corpus juris portant dispositions pénales pour la protection des intérêts financiers de l'Union européenne*, projet rédigé par un collège d'experts européens placés sous la direction de Mireille Delmas-Marty consistant notamment en une tentative d'harmonisation des règles de droit pénal matériel des Etats membres en matière de protection des intérêts financiers de l'Union, ainsi qu'en la création d'un ministère public européen., celui-ci « *conduit, à charge et à décharge, les investigations relatives aux infractions définies* » aux articles 1 à 8 du projet, « *afin de permettre la manifestation de la vérité et de mettre l'affaire en état d'être jugée* ». On constate ainsi, en dépit de l'absence de valeur juridique du texte, que lorsque qu'un collège de juristes européens pensent le rôle du ministère public, ils conçoivent celui-ci comme un enquêteur objectif et non comme un accusateur *stricto sensu*.

Tend ainsi à s'affirmer, dans l'ensemble des Etats étudiés, le principe de la mise en état du procès pénal à charge et à décharge, simultanément à celle de la conduite active du procès pénal par l'autorité publique.

## 2°) La recherche publique de la preuve au cours de l'audience de jugement

En France, le président de la juridiction a ainsi le pouvoir de diriger les débats, qu'il s'agisse du tribunal de police, du tribunal correctionnel ou de la Cour d'assises. Il peut faire procéder à un supplément d'information (article 463 et 538 du code de procédure pénale), ordonner une expertise (article 434 et 536 du code de procédure pénale) ou encore un transport sur les lieux (article 456 et 536 du code de procédure pénale). Le président peut enfin poser au témoin les questions qu'il juge nécessaires (article 454 du code de procédure pénale) et peut leur présenter les pièces à conviction et recevoir leurs observations, lorsqu'il juge ces actes utiles à la manifestation de la vérité.

Devant la cour d'assises belge, le président a le devoir de participer à la recherche de la vérité aux termes des articles 268 et 269 du code d'instruction criminelle. Celui-ci a notamment le

pouvoir d'entendre toute personne ou de se faire apporter toute nouvelle pièce pouvant contribuer à la découverte de la vérité.

Il en est de même en droit espagnol puisque le juge peut pratiquer d'office tous les actes d'investigations qu'il trouve pertinents (article 315, II et 789.3 du code de procédure pénale), le tribunal pouvant produire d'office des preuves (article 729-21 du code de procédure pénale).

De même, aux termes de l'article 385 du code de procédure pénale « *le juge, d'office ou à la demande du ministère public ou du plaignant particulier, fera déposer les personnes inculpées autant de fois qu'il le considère comme utile à l'établissement des faits, sans que l'accusateur privé, ni le demandeur civil puissent être présents à l'interrogatoire, lorsque le juge qui instruit en décide ainsi* » et l'article 451 du code de procédure pénale dispose que « *si les témoins ou les inculpés entre eux, ou ceux-ci avec ceux-là sont en désaccord au sujet d'un fait ou d'une circonstance qui importe à l'instruction, le juge pourra procéder à une confrontation entre ceux qui sont en désaccord, sans qu'il y ait lieu à un tel acte, en règle générale, entre plus de deux personnes à la fois* ».

Les conditions de la confrontation lors du jugement sont en revanche plus restrictives. Selon l'article 713 du code de procédure pénale, « *lors des confrontations du témoin avec les accusés ou des témoins entre eux, le président ne permettra pas les insultes ou les menaces ; il fera en sorte que les personnes se limitent à présenter les charges aux confrontés et à leur faire les observations qu'elles croient appropriées pour se mettre d'accord et parvenir à la découverte de la vérité. Les témoins qui sont mineurs ne sont pas confrontés, sauf si le juge ou le tribunal, après avis d'expert, considère la confrontation comme indispensable et qu'elle ne peut porter préjudice aux intérêts dudit témoin* ».

C'est enfin en droit anglais que l'évolution est la plus marquante. Il est commun de considérer que le juge anglais doit observer une stricte neutralité, se bornant à arbitrer les débats, et surtout n'ayant aucune responsabilité dans la production des preuves. C'est le principe fondamental du modèle de procédure accusatoire. Cette image du rôle du juge anglais correspondait, il est vrai, à une jurisprudence très affirmée en ce sens. Comme le précisait la jurisprudence anglaise, « *le juge qui interroge lui-même les témoins est considéré comme*

*descendant dans l'arène et est conduit à avoir une vision obscurcie par la poussière du conflit. Inconsciemment il se prive lui-même de l'apaisement et d'une observation dépassionnée »*<sup>213</sup>.

Cette présentation ne correspond pas à la réalité et il ne faudrait pas croire que le rôle d'investigation du juge soit nul. Le juge a tout d'abord le pouvoir de contraindre l'accusation à appeler un témoin. Dans l'arrêt *Olivia [1965] 1 WLR 1028*, Lord Parker CJ décide que s'il apparaît que l'accusation exerce son droit de ne pas appeler un témoin de façon impropre, le juge a la possibilité d'inviter l'accusation à l'appeler et, si l'accusation maintient son refus, le juge a la possibilité d'appeler lui-même le témoin. Le juge a également le droit d'appeler un témoin que ni l'accusation, ni la défense n'avaient choisi d'appeler (*Harris [1927] 2 K.B. 587 ; Wallwork (1958) 42 Cr App R 153*) lorsqu'il en va de l'intérêt de la justice (*Roberts (1984) 80 Cr App R 89*). Il a enfin le pouvoir de poser des questions au témoin de l'accusation ou de la défense (*Barnes [1991] Crim. L.R. 132*).

Ajoutons que l'une des recommandations de la *Royal Commission on Criminal Justice* de 1993 a été de « réactiver le pouvoir du juge d'entendre un témoin qu'il considère détenir une information importante à la manifestation de la vérité »<sup>214</sup>.

---

<sup>213</sup> Lord GREEN dans l'arrêt *Yuill c/ Yuill (1945)*, 1 All. E.R. 183, C.A., 189.

<sup>214</sup> Sur l'ensemble de cette question voir M. DELMAS-MARTY (sous la direction de), *Procédures pénales d'Europe*, Paris, Presses Universitaires de France, Collection Thémis, 1995, p. 541.

L'ouvrage vise ainsi l'arrêt *R. v. Wellingborough Magistrates' Court, ex pte François (1994)* 158 J.P. 158 et la recommandation de la *Royal Commission on Criminal Justice*, Cm 2263 (1993), p. 123.

## 5/ Terrorisme et criminalité organisée, un droit d'exception

Hervé ANCEL

### Résumé :

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

Tout d'abord, divers dispositifs sont mis en place pour faciliter la recherche des preuves dans ces domaines sensibles. En particulier, au niveau des investigations et des poursuites, les enquêteurs appartiennent souvent à des services spécialisés. A cet égard, il est utile d'indiquer qu'en Italie, il existe, au sein de chaque parquet, un procureur spécialisé dans la lutte contre la mafia.

Quant aux différents actes susceptibles d'être accomplis dans le cadre des enquêtes, ils obéissent à un régime largement dérogatoire. Ainsi, en Espagne, des perquisitions peuvent être effectuées, en matière de terrorisme, sans autorisation judiciaire. Des dispositions analogues sont aussi prévues dans d'autres pays (Portugal, Royaume-Uni ... etc. V. pour une étude détaillée, le rapport sur « Le terrorisme et la criminalité organisée, un droit d'exception », p. 111).

Par ailleurs, le recours à certains moyens techniques de preuve, telles que les écoutes administratives, est particulièrement fréquent (Espagne, Portugal, Allemagne, Royaume-Uni, France, Canada, Etats-Unis ...).

De nouvelles méthodes d'enquête sont également employées pour lutter contre la criminalité organisée. Il s'agit, en particulier, des méthodes dites « proactives », adoptées dans la plupart des pays étudiés (Allemagne, France, Portugal, Canada, ...) visant à identifier un auteur potentiel. Dans le cadre d'une enquête proactive, la provocation peut, dans certaines conditions, être admise par les tribunaux, ainsi que l'emploi des agents infiltrés.

En outre, le recours fréquent à la violence physique des organisations criminelles oblige à assurer une protection particulière des témoins, ainsi que des personnes impliquées dans la commission d'une infraction, qui souhaitent collaborer avec la justice. Aussi bien, certains systèmes juridiques prévoient un dispositif de protection des témoins à l'encontre desquels il existe un danger pour leur vie ou leur intégrité physique, en autorisant, sous certaines conditions, leur audition sous couvert de l'anonymat (V. pour la France, art. 706-58 à 706-62 C. proc. pén., insérés par la loi récente du 15 nov. 2001 ; cf. aussi : rapport précité, p.132 , concernant un projet de loi déposé en Belgique). Toutefois, un tel témoignage unique ne pourra fonder une déclaration de culpabilité. Il est encore utile de faire observer que les différentes législations instaurent, dans certaines circonstances, un régime en faveur des « co-accusés » qui collaborent avec la justice, en prévoyant des réductions ou exemptions de peine.

De plus, l'exercice des droits de la défense peut parfois être réduit ou différé pour les affaires relevant de la criminalité organisée (V. rapport précitée, p. 135). Enfin, la plupart des pays européens admettent, en raison du risque de pression élevé sur les membres du jury, de déférer le jugement des affaires impliquant une criminalité organisée à des juridictions composées de magistrats professionnels. Sur ce point, il est utile d'indiquer qu'aux Etats-Unis, un décret du 13 novembre 2001 a prévu la mise en place de tribunaux militaires pour juger des étrangers présumés terroristes, ainsi que la possibilité de garder certaines preuves secrètes.

H.M.

Le terrorisme et la criminalité organisée constituent une menace pour la démocratie, pour le libre exercice des droits de l'homme, et pour le développement économique et social d'un pays. Cette réalité, connue des spécialistes, est apparue aux yeux de l'opinion publique internationale au travers de l'onde de choc émotionnelle provoquée par les attentats du 11 septembre 2001.

Au-delà de l'horreur, ces événements ont certainement modifié la perception de la menace par les démocraties. En effet, la réaction face au terrorisme a souvent été l'objet d'hésitation de plusieurs pays en raison de l'existence d'un terrorisme régional (Corse, Pays basque etc). Cette lutte politique pour l'autonomie d'une région, faisait que l'on considérait que les infractions commises par ces groupes étaient politiques, et devait être résolue par le pays concerné, sans intervention de la communauté internationale. Les attentats de septembre 2001 ont montré qu'un terrorisme régional pouvait s'exporter, bénéficier de structures d'appui et de logistique dans de nombreux pays, pour ne pas évoquer de complicité. Le terrorisme international ou régional fait désormais partie des formes les plus dangereuses de la criminalité organisée, qu'il faut combattre par tout moyen. Il est nécessaire toutefois de concilier la légalité procédurale et l'efficacité de lutte contre le crime organisé et le terrorisme.

Les principes du procès équitable applicables en matière de droit commun doivent-ils être aménagés ou écartés en matière de lutte contre le terrorisme ou contre la criminalité organisée. L'ensemble des pays européens ont été confrontés au phénomène du terrorisme depuis les années 70 à des degrés divers. Certains, particulièrement touchés, garantissent à la lutte contre le terrorisme, un régime d'exception. Ainsi, l'article 55 de la Constitution espagnole prévoit expressément la possibilité de déroger au travers d'une loi organique, sous réserve d'intervention de l'autorité judiciaire et sous contrôle parlementaire, de suspendre à l'égard de certaines personnes, les règles fixant les délais de garde à vue ou les celles assurant l'inviolabilité du domicile ou des télécommunications.

Un consensus semble se dessiner pour octroyer aux policiers et magistrats des prérogatives nouvelles, les autorisant à recourir d'avantage aux nouvelles technologies et méthodes d'enquêtes y compris « ante delictum » (moyens de surveillance, emploi d'informateur, provocation, enquête proactive). En effet, pour faire face à ce type particulier de criminalité,

les enquêteurs et magistrats dans la plupart des pays, devront être dotés de pouvoirs dérogatoires au droit commun, justifiés par la difficultés accrue d'établissement des preuves et par la dangerosité de ces organisations criminelles. Les Etats-Unis peuvent apparaître comme pionnier dans l'utilisation de ces méthodes particulières d'investigation, qu'il convient désormais d'étendre dans la plupart des pays, au domaine de la criminalité organisée. La transposition de ces techniques à d'autres systèmes juridiques ne peut se réaliser sans modifier l'équilibre du procès. Dans quelle mesure peut-on aménager les principes fondateurs du procès pénal, sans pour autant renoncer à un procès équitable ?

Le projet de loi sur la criminalité organisée propose de réduire le nombre de saisine du juge d'instruction au profit du « couple » procureur de la République/juge des libertés et de la détention. Paradoxalement, le fait de renforcer la compétence de ces magistrats dans leurs prérogatives de contrôle de l'activité policière est préoccupant pour certains auteurs<sup>215</sup> : « d'une part, le parquet n'a pas la capacité de faire demain ce que le juge d'instruction ne peut plus faire aujourd'hui. D'autre part, son statut actuel ne lui donne pas l'indépendance nécessaire pour diligenter les enquêtes les plus lourdes ». Le texte devrait être débattu au Sénat dès le 1<sup>er</sup> octobre 2003.<sup>216</sup>

Les techniques traditionnelles d'enquêtes, fondées sur la réaction à la commission d'un délit ont montré leur inefficacité à lutter contre le terrorisme et la criminalité organisée en général. Les sociétés démocratiques ont cherché à se protéger contre la montée des phénomènes liés au crime organisé au travers de différents mécanismes : Extension du domaine d'application des conventions internationales au domaine de la criminalité organisée, concentration de leurs moyens de lutte, incrimination de la simple appartenance à l'organisation criminelle, renforcement des pouvoirs d'investigations des enquêteurs, participation accrue de la société civile, limitation des droits de la défense etc ...

Les difficultés particulières liées à l'établissement de la matérialité des preuves ont conduit les législateurs à adopter un régime dérogatoire du droit commun pour lutter contre la criminalité organisée. Il importera en conséquence de définir avec précision son champ

---

<sup>215</sup> N. BLOT: "Le parquet en danger", *Le nouveau pouvoir judiciaire*, n° 363, avril 2003, p. 4 et s.

<sup>216</sup> N. GUIBERT « Les sénateurs souhaitent modérer la loi Perben sur le crime organisé », *Le Monde*, 26 septembre 2003

d'application, avant d'en étudier les principales caractéristiques. L'ouverture des frontières au sein de l'espace Schengen a largement facilité les échanges et l'activité d'organisations criminelles transnationales. Le caractère transnational de cette forme de criminalité impose des contraintes particulières au niveau de l'administration des preuves. Il induit une transformation du droit international au travers un approfondissement des mécanismes de coopération et l'utilisation croissante de preuves obtenues à l'étranger.

#### A) Nécessité de définir les concepts

Le code pénal français qualifie d'acte terroriste, les infractions commises « intentionnellement en relation avec une entreprise individuelle ou collective ayant pour but de troubler gravement l'ordre public par l'intimidation ou la terreur ».<sup>217</sup> C'est donc essentiellement le mobile politique qui semble qualifier cette criminalité. Elle s'oppose ainsi à la criminalité organisée qui poursuit un objectif de profit.

Si la notion de « crime organisé » peut parfois être appréhendée par le criminologue<sup>218</sup>, le juriste rencontre les plus grandes difficultés à définir précisément cette notion.

Le « groupe criminel organisé » désigne dans le cadre de la convention des Nations unies contre la criminalité transnationale organisée, « un groupe structuré<sup>219</sup> de trois personnes ou plus existant depuis un certain temps et agissant de concert dans le but de commettre une ou

---

<sup>217</sup> Article 421-1 alinéa 1<sup>er</sup> du Code pénal.

<sup>218</sup> Le groupe « drogue et criminalité organisée » de l'union européenne, dans son rapport annuel en date du 18 décembre 1995, énumère onze critères permettant de déterminer si une structure relève de la criminalité organisée : une collaboration entre plus de deux personnes, des tâches spécifiques attribuées à chacune d'entre elles, sur une période de temps assez longue ou indéterminée, avec une forme de discipline et de contrôle, suspectées d'avoir commis des infractions pénales graves, agissant au niveau international, recourant à la violence ou à d'autres moyens d'intimidation, utilisant des structures commerciales ou de type commercial, se livrant au blanchiment d'argent, exerçant une influence sur les milieux politiques, sur les médias, l'administration publique le pouvoir judiciaire ou l'économie, agissant pour le profit et/ou le pouvoir. Un groupe relève ainsi de la criminalité organisée lorsque 6 critères sont relevés, dont obligatoirement celui de la collaboration entre plus de deux personnes, la commission d'infractions pénales graves, agissant pour le profit et/ou le pouvoir.

<sup>219</sup> un groupe qui ne s'est pas constitué au hasard pour commettre immédiatement une infraction et qui n'a pas nécessairement de rôles formellement définis pour ses membres, de continuité dans sa composition ou de structure élaborée;

plusieurs infractions graves.<sup>220</sup> ou infractions établies conformément à la présente convention, pour en tirer, directement ou indirectement, un avantage financier ou un autre avantage matériel; » Le crime organisé recouvre habituellement le commerce de drogue et d'armes, les trafics, le racket, la contrefaçon et l'usage généralisé de la violence.

Pour certains auteurs, le crime organisé inclut à la fois une criminalité de profit et une criminalité à but politique. Cette distinction explique en partie, les orientations données à la lutte contre ces formes de criminalité. Par exemple, la volonté d'obtenir le contrôle des profits réalisés par les activités illicites des organisations criminelles au travers des conventions internationales relatives au blanchiment d'argent. Comme le souligne le GAFI<sup>221</sup>, ces deux formes de criminalité ne sauraient toutefois être confondues dans la mesure où par exemple, le financement du terrorisme peut ne pas répondre à la définition actuelle du blanchiment de capitaux adoptée par certains pays. Cet organe recommande<sup>222</sup> à chaque pays d'ériger en infraction pénale le financement du terrorisme et s'assurer que les infractions liées au terrorisme sont désignées comme des infractions sous-jacentes au blanchiment de capitaux.

Au-delà, les méthodes employées initialement pour lutter contre l'une de ces formes de criminalité seront souvent transposées contre l'autre forme, opérant ainsi un rapprochement. Il nous paraît en conséquence plus opportun de distinguer cette criminalité organisée au « sens large » de la délinquance de droit commun, qui implique essentiellement une responsabilité individuelle.

Le principe de légalité des délits et des peines, reconnu par l'article 8 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen, mais également consacré par le droit interne<sup>223</sup>, recommande une définition précise des éléments constitutifs des infractions. Le Conseil Constitutionnel, à de nombreuses reprises<sup>224</sup> rappelé au législateur qu'il lui importait de définir les incriminations en termes « clairs et précis ». Il est probable que l'imprécision relative du concept de criminalité organisée a conduit le législateur à ne pas créer une

---

<sup>220</sup>. un acte constituant une infraction passible d'une peine privative de liberté dont le maximum ne doit pas être inférieur à quatre ans ou d'une peine plus lourde;

<sup>221</sup>. Groupe d'Action Financière sur le blanchiment de capitaux, rapport du 1<sup>er</sup> février 2002 sur les typologies du blanchiment de capitaux, chapitre 1 – Financement du terrorisme.

<sup>222</sup>. Les recommandations spéciales sur le financement du terrorisme, GAFI, 31 octobre 2001

<sup>223</sup>. article 111-3 du NCP

<sup>224</sup>. Conseil constitutionnel (Loi dite sécurité et liberté), 19 et 20 janvier 1981, décision n° 80-127, Loi dite sécurité et liberté, disponible: <http://www.conseil-constitutionnel.fr>

nouvelle incrimination d'appartenance à un groupe se livrant au crime organisé, mais plutôt de déterminer une série d'infractions pour lesquelles, un régime procédural particulier, dérogoire du droit commun pourrait être appliqué.

L'article 706-73 CPP établit une liste d'infractions particulièrement graves, toutes punies d'au moins dix années d'emprisonnement, relevant de la catégorie de la criminalité organisée au sens du titre XXV du CPP. Il recoupe un certain nombre de crimes ou délits commis contre les personnes<sup>225</sup>, les crimes aggravés commis contre les biens<sup>226</sup>, et les actes de terrorisme et autres délits commis en bande organisée<sup>227</sup>. L'association de malfaiteur au sens de l'article 450-1 du CP constituée pour la préparation des infractions énumérées à l'article 706-73 CPP entre également dans le champ de la criminalité organisée. Un amendement parlementaire inclus dans ce champ, les délits d'aide à l'entrée, à la circulation et au séjour irrégulier d'étrangers commis en bande organisée, et le blanchiment ou le recel des infractions relevant de la criminalité organisée.

#### B) Le renforcement des mécanismes de défense de la société

La Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée<sup>228</sup> est applicable aux infractions qui sont de nature transnationale<sup>229</sup> et qu'un groupe criminel organisé y est impliqué.

<sup>225</sup>. Entre par exemple dans cette catégorie, le meurtre commis en bande organisée prévu par l'article 221-4 7° CP, les actes de tortures et de barbarie commis en bande organisée prévus par l'article 222-3 11° CP, les actes constitutifs de trafic de stupéfiants incriminés et sanctionnés par les articles 222-34 à 222-42 CP, l'enlèvement et la séquestration prévus par les articles 224-1 à 224-5 CP, la traite des êtres humains aggravée prévus par les articles 225-4-2 à 225-4-7 CP, le proxénétisme aggravé prévu par les articles 225-7 à 225-12 CP.

<sup>226</sup>. Entre par exemple dans cette catégorie, vol commis en bande organisée prévu par l'article 311-9 CP, l'extorsion de fonds commise en bande organisée

<sup>227</sup>. Actes prévus par les articles 421-1 à 421-5 du CP

<sup>228</sup>. Ouverte à la signature de tous les États du 12 au 15 décembre 2000 à Palerme (Italie) entrera en vigueur le 29 septembre 2003. Elle a été ratifiée par la France

<sup>229</sup>. Article 3 : « Une infraction est de nature transnationale si :

- a) Elle est commise dans plus d'un État;
- b) Elle est commise dans un État mais qu'une partie substantielle de sa préparation, de sa planification, de sa conduite ou de son contrôle a lieu dans un autre État;
- c) Elle est commise dans un État mais implique un groupe criminel organisé qui se livre à des activités criminelles dans plus d'un État; ou
- d) Elle est commise dans un État mais a des effets substantiels dans un autre État. »

La réaction au plan national et international, est bien, au-delà du contrôle des profits, de démanteler l'organisation dans son ensemble. Le Parlement européen a récemment étendu le champ d'application de la directive n° 91/308/CEE du Conseil relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins de blanchiment de capitaux.<sup>230</sup> à la répression du blanchiment issu de tout type de participation criminelle à une infraction grave. Cette politique qui vise à s'attaquer au groupe est commandée par un souci d'efficacité mais également par la nécessité de faciliter l'administration de la preuve.

Les outils juridiques et bancaires destinés à la lutte contre le blanchiment ne sont pas pleinement efficaces pour lutter contre le financement du terrorisme. En effet, les mécanismes destinés à la détection de mouvements de fonds suspects ont pour objectif d'identifier des transferts de fonds importants. Les investigations menées à l'issue des attentats du 11 septembre 2001 ont mis en évidence la relative faiblesse des sommes destinées à ces actions. De plus, les mouvements de fonds interviennent en principe avant l'acte terroriste alors que les flux financiers sont postérieurs aux activités criminelles. C'est pourquoi l'efficacité de la lutte contre les financements des activités terroristes passe certainement plus par le développement de mécanismes d'échange de renseignements que par le domaine bancaire.

Tant au niveau des investigations que des poursuites, les enquêteurs appartiennent à des services hautement spécialisés en raison des connaissances particulière des techniques et du milieu, mais pour éviter certainement de trop nombreuses fuites d'informations. La structure du ministère public est en principe en Italie, décentralisée. Le contrôle est très limité, d'autant plus que les poursuites sont soumises au principe de légalité. La *Direzione Nazionale Antimafia* (DNA).<sup>231</sup>, créée par le décret-loi du 20 novembre 1991, instaure un procureur spécialisé dans la lutte contre la mafia est nommé au sein de chaque parquet et un parquet national coordonne toutes les actions au niveau local. En France, les enquêtes en matière de blanchiment sont confiés à des « pools économiques ».

Les enquêteurs font également partie d'organisations souvent centralisées. Le Décret-loi du 29 octobre 1991 a créé la *Direzione Investigativa Antimafia* (DIA) qui a « le devoir d'assurer le déroulement de façon coordonnée de l'activité d'investigation préventive touchant à la

---

<sup>230</sup> Directive n° 2001/97/CE du Parlement et du Conseil du 4 décembre 2001, J.O. n° L 344/76 du 28/12/2001.

<sup>231</sup> Voir article 11bis du CPP et article 76bis de l'organisation judiciaire

criminalité organisée mais aussi d'effectuer des enquêtes de police judiciaire relatives aux infractions d'associations de type mafieux ou proches de ce type d'association »

En effet, les études criminologiques menées sur ces groupes criminels ont démontré qu'ils étaient structurés et compartimentés, de sorte que s'il est très difficile d'imputer la réalisation d'une infraction à un membre du groupe, il est souvent impossible de mettre en cause la responsabilité des membres dirigeants. Ainsi, en Italie, La loi du 13 septembre 1982, n°646, introduit l'infraction d'appartenance à une association de type mafieux - article 416bis du code pénal<sup>232</sup>. C'est pourquoi, de nouvelles incriminations ont été créées pour sanctionner la simple appartenance à un groupe constitué à des fins criminelles. La responsabilité des dirigeants peut être engagées, sans même l'existence ou la preuve d'une infraction initiale. En élargissant le domaine des incriminations, les pays entendent également faire participer la société civile à la dénonciation d'opérations suspectes et en créant un « cordon sanitaire ». L'existence de ces incriminations « largement » définies entraîne des répercussions importantes pour l'établissement des preuves.

En France, le projet de loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité<sup>233</sup> qui sera soumis au débat au Sénat le 1<sup>er</sup> octobre 2003, prévoit des dispositions particulières de procédure pénale applicable aux différentes phases du procès pénal, « à la délinquance et à la criminalité organisée ». Ce projet de loi distingue en particulier, deux catégories d'infractions pour lesquelles, un régime procédural dérogatoire est envisagé. D'une part, « les formes les plus graves de criminalité et de délinquance organisée » sont énumérées à l'article 706-73 CPP nouveau. Il regroupe essentiellement des infractions d'atteintes aux personnes, le trafic de stupéfiants, la traite des êtres humains, les actes de terrorisme. D'autre part, l'article 706-74 CPP nouveau regroupe les autres infractions aggravées par la circonstance de bande organisée ainsi que l'association de malfaiteurs. Il envisage la création de juridictions inter-régionales spécialisées seront compétentes pour connaître de ces infractions. Elles disposeront

---

<sup>232</sup>. « Toute personne faisant partie d'une association de type mafieux par trois personnes ou plus est punie d'une peine d'emprisonnement de trois à six ans. Ceux qui promeuvent, dirigent ou organisent l'association sont punis pour cela d'une peine d'emprisonnement comprise entre quatre et neuf ans. L'association est de type mafieux quand ceux qui en font partie se prévalent de la force d'intimidation du lien associatif et des conditions d'assujettissement et d'omertà qui en dérivent pour commettre des délits, pour acquérir de façon directe ou indirecte la gestion ou le contrôle d'activités économiques, de concessions, d'autorisations, de marchés et de services publics ou pour réaliser des profits ou des avantages injustes pour soi ou pour d'autres ou bien pour interdire ou faire obstacle au libre exercice du vote ou pour procurer des votes à soi ou à d'autres à l'occasion de consultations électorales.... »

<sup>233</sup>. Projet de loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité", 2003, disponible: <http://www.assemblee-nationale.fr>

d'une compétence concurrente par rapport aux juridictions de droit commun. Les infractions de terrorisme continueront de relever de la compétence exclusive du TGI de Paris. Par ailleurs, la liste des infractions pour lesquelles la circonstance de commission en bande organisée peut être retenue, et élargi la possibilité de recourir à la collaboration des repentis.

Conformément à l'article 706-99 CPP nouveau, « le fait qu'à l'issue de l'enquête ou de l'information ou devant la juridiction de jugement la circonstance aggravante de bande organisée ne soit pas retenue ne constitue pas une cause de nullité des actes régulièrement accomplis en application des dispositions du présent titre ».

Pour lutter plus efficacement contre le crime organisé, la plupart des pays renforcent les cadres d'enquête attribuant, de larges prérogatives aux policiers. Lorsqu'un régime procédural dérogatoire spécifique à un type particulier de criminalité existe déjà, l'extension des pouvoirs attribués aux policiers s'effectue au travers de l'élargissement du régime dérogatoire aux activités du crime organisé en général. Parfois le législateur reconnaît de nouvelles prérogatives aux enquêteurs. En contre partie de cet accroissement des prérogatives, un contrôle renforcé est confié soit à un magistrat du siège, soit à un membre du parquet ou même parfois à un officier de police de grade supérieur.

En France, le projet de loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité permet la prolongation de la durée de garde à vue à quatre jours sur autorisation d'un magistrat. Par ailleurs, la durée des enquêtes de flagrance est portée de huit à quinze jours, sur autorisation du procureur de la République<sup>234</sup> pour les infractions liées à la délinquance et criminalité organisées<sup>235</sup>.

Dans le cadre d'une information, et afin de garantir le paiement des amendes encourues et confiscation, le juge des libertés et de la détention pourra, sur requête du parquet, ordonner la confiscation des biens de la personne mise en examen<sup>236</sup>.

---

<sup>234</sup>. amendement de la commission des lois du Sénat, F. ZOCCHETTO, Rapport du Sénat n° 441, fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale, enregistré à la présidence du Sénat le 24 septembre 2003,

<sup>235</sup>. article 26 du projet de loi

<sup>236</sup>. article 706-98 du CPP nouveau

Les articles 706-80 CPP nouveau et suivants du projet de loi français portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité élargissent ou attribuent de nouvelles prérogatives aux policiers, enquêtant dans le cadre d'infractions énumérées aux articles 706-73 CPP nouveau et 706-74 CPP nouveau. Les policiers et douaniers<sup>237</sup> pourront ainsi recourir à des mesures de surveillance<sup>238</sup>. Il faut noter que les enquêteurs bénéficieront, sous réserve d'une autorisation délivrée par le procureur de la République par tout moyen, d'une extension de compétence à l'ensemble du territoire national dès lors que ces surveillances porteront sur des personnes suspectées d'avoir commis une infraction entrant dans le champ de la criminalité organisée<sup>239</sup>. Les policiers pourront recourir à des infiltrations<sup>240</sup>, sonoriser dans le cadre

---

<sup>237</sup>. Les compétences des agents des douanes habilités à faire des enquêtes judiciaires prévues à l'article 28-1 CPP sont étendues également.

<sup>238</sup>. article 706-80 CPP « Les officiers de police judiciaire et, sous leur autorité, les agents de police judiciaire, après en avoir informé le procureur de la République et sauf opposition de ce magistrat, peuvent étendre à l'ensemble du territoire national la surveillance de personnes contre lesquelles il existe une ou plusieurs raisons plausibles de les soupçonner d'avoir commis l'un des crimes et délits entrant dans le champ d'application des articles 706-73 ou 706-74 ou la surveillance de l'acheminement ou du transport des objets, biens ou produits tirés de la commission de ces infractions ou servant à les commettre.

L'information préalable à l'extension de compétence prévue par le premier alinéa doit être donnée, par tout moyen, au procureur de la République près le tribunal de grande instance dans le ressort duquel les opérations de surveillance sont susceptibles de débiter ou, le cas échéant, au procureur de la République saisi en application des dispositions de l'article 706-76. »

<sup>239</sup>. cf rapport du Sénat n° 441 précité.

<sup>240</sup>. « Art. 706-81.- Lorsque les nécessités de l'enquête ou de l'instruction concernant l'un des crimes ou délits entrant dans le champ d'application de l'article 706-73 le justifient, le procureur de la République ou, après avis de ce magistrat, le juge d'instruction saisi peuvent autoriser, à titre exceptionnel, qu'il soit procédé, sous leur contrôle respectif, à une opération d'infiltration dans les conditions prévues par la présente section. « L'infiltration consiste, pour un officier ou un agent de police judiciaire spécialement habilité dans des conditions fixées par décret et agissant sous la responsabilité d'un officier de police judiciaire chargé de coordonner l'opération, à surveiller des personnes suspectées de commettre un crime ou un délit en se faisant passer, auprès de ces personnes, comme un de leurs coauteurs, complices ou receleurs. L'officier ou l'agent de police judiciaire est à cette fin autorisé à faire usage d'une identité d'emprunt et à commettre si nécessaire les actes mentionnés à l'article 706-82. A peine de nullité, ces actes ne peuvent constituer une incitation à commettre des infractions. »

d'une information judiciaire certains lieux ou véhicules<sup>241</sup> dès lors que les investigations visent des infractions énumérées à l'article 706-73 CPP nouveau. Comme l'a souligné le ministre de la justice lors des débats parlementaires, ces prérogatives ont un caractère fortement intrusif<sup>242</sup>. L'agent infiltré pourrait utiliser une identité d'emprunt et commettre, sous certaines conditions, des infractions dans la mesure où l'agent ne provoquerait pas à la commission d'infractions. Les enquêteurs pourront également recourir à d'autres personnes pour le déroulement de leur mission d'infiltration. S'inspirant des dispositions dont bénéficient les services des douanes, un amendement prévoit la possibilité de rémunérer les « indicateurs » de police<sup>243</sup>.

Au Royaume-Uni, la loi réglementant les pouvoirs d'investigations (« *Regulation of investigatory powers act* ») de 2000 encadre les pratiques des écoutes téléphoniques, mais également les pratiques de surveillance discrète et l'emploi des informateurs par les services

<sup>241</sup> L'article 706-97 du projet de loi avait été supprimé par la commission des lois de l'assemblée nationale. Il a été réintroduit par le Sénat dans une section intitulée : « Des sonorisations et des fixations d'images de certains lieux ou véhicules ». En raison du risque pour les libertés publiques souligné par le ministre de la justice lors des débats parlementaires, ce procédé fait l'objet d'un encadrement renforcé.

Article 706-97 : « Lorsque les nécessités de l'information concernant un crime ou un délit entrant dans le champ d'application de l'article 706-73 l'exigent, le juge d'instruction peut, après avis du procureur de la République, autoriser par ordonnance motivée les officiers et agents de police judiciaire commis sur commission rogatoire à mettre en place un dispositif technique ayant pour objet, sans le consentement des intéressés, la captation, la fixation, la transmission et l'enregistrement de paroles prononcées par une ou plusieurs personnes à titre privé ou confidentiel, dans des lieux ou véhicules privés ou publics, ou de l'image d'une ou plusieurs personnes se trouvant dans un lieu privé. Ces opérations sont effectuées sous l'autorité et le contrôle du juge d'instruction ».

« En vue de mettre en place le dispositif technique mentionné au premier alinéa, le juge d'instruction peut autoriser l'introduction dans un véhicule ou un lieu privé, y compris hors des heures prévues à l'article 59, à l'insu ou sans le consentement du propriétaire ou du possesseur du véhicule ou de l'occupant des lieux ou de toute personne titulaire d'un droit sur ceux-ci. S'il s'agit d'un lieu d'habitation et que l'opération doit intervenir hors des heures prévues à l'article 59, cette autorisation est délivrée par le juge des libertés et de la détention saisi à cette fin par le juge d'instruction. Ces opérations, qui ne peuvent avoir d'autre fin que la mise en place du dispositif technique, sont effectuées sous l'autorité et le contrôle du juge d'instruction. » Projet de loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, adopté par le Sénat le 8 octobre 2003, n° 1, disponible <http://www.senat.fr>

<sup>242</sup> « (...) l'Assemblée doit être bien consciente du caractère extrêmement intrusif de ce type de dispositif. Il s'agit de mettre en place dans des domiciles ou des bureaux, après s'y être introduit de manière subreptice, des moyens techniques dont l'existence n'est évidemment pas connue par les personnes. Nous discutons donc d'une mesure lourde de sens du point de vue des libertés publiques. En conséquence, je m'en remettrai dans l'immédiat à la sagesse de l'Assemblée, en espérant que notre réflexion se poursuivra au cours des navettes. Si le Gouvernement s'est volontairement abstenu de demander l'urgence sur ce texte, c'est précisément pour permettre une réflexion sereine sur des sujets aussi sensibles. (...) la plupart des grands pays démocratiques ont adopté – je le reconnais bien volontiers – ce type de dispositif. Je m'en suis entretenu avec mes collègues du G8 lors de la réunion qui a eu lieu il y a quelques jours à Paris. Effectivement, aussi bien la Grande-Bretagne que l'Allemagne ou les Etats-Unis ont mis en place de telles mesures dans leur législation. »

<sup>243</sup> La commission des lois du Sénat a modifié le dispositif de rémunération des indicateurs adopté par l'Assemblée nationale, en consacrant dans la loi la possibilité de rémunérer les indicateurs, selon un régime prévu dans la loi de finances.

d'investigations. La loi distingue l'observation, des surveillances avec intrusion dans la sphère privée<sup>244</sup>.

Les perquisitions opérées dans le cadre d'une enquête liée au crime organisé obéissent ainsi à un régime largement dérogatoire qui s'affranchit notamment des contraintes horaires. Le Tribunal constitutionnel espagnol a reconnu, dans le cadre d'enquêtes de terrorisme, que les visites et perquisitions dans un domicile peuvent s'effectuer sans autorisation judiciaire en cas "d'exceptionnelle et urgente nécessité, c'est-à-dire, lorsque pèsent sur la personne des soupçons raisonnables d'actes terroristes et lorsque la visite ou la perquisition est faite en vue de la détention de cette personne"<sup>245</sup>. Si la violation du domicile se justifie pour la détention de la personne, elle ne se justifie pas pour la simple saisie de documents<sup>246</sup>.

En principe, les fouilles et perquisitions sont autorisées au Portugal par l'autorité judiciaire compétente qui réalise les diligences. Toutefois, ces investigations seront conduites par dérogation, par la police ou le ministère public lorsqu'il s'agit d'infractions liées au terrorisme, de criminalité violente et organisée (article 174 – 4 du CPP). Dans ce cas, le juge devra intervenir pour valider les opérations réalisées. Conformément à l'article 251 du CPP, la police peut également de procéder à des perquisitions de locaux sans autorisation du juge lorsque l'individu en fuite est susceptible de s'y trouver. Par ailleurs, lorsqu'il existe des indices sérieux de l'imminence d'un crime mettant gravement en danger la vie ou l'intégrité d'une personne, dans une affaire de terrorisme ou de criminalité organisée, il est possible de déroger aux horaires imposés par l'article 177 du CPP.

L'article 1<sup>er</sup> du PACE au Royaume-Uni reconnaît à la police le pouvoir d'intercepter et de fouiller une personne – ou un véhicule – qu'elle soupçonne raisonnablement de détenir un objet volé ou un des « *objets interdits* » comme les armes, les objets destinés à être utilisés pour commettre certaines infractions, etc. Dans l'exercice de ce pouvoir, la police ne peut pas obliger une personne à enlever en public plus que son manteau, sa veste et ses gants. Le

---

<sup>244</sup> L'observation, opérée de manière discrète, ne conduit pas à des investigations dans des lieux privés. Elle est destinée à obtenir des informations de nature privée sur une personne identifiée ou non, autrement que celle s'obtiennent par une réponse immédiate à un événement ou des circonstances qui ne justifierait pas d'autorisation. (section 26 de la loi de 2000).

La surveillance avec intrusion dans une partie privative, est pratiquée de manière cachée, et implique la présence d'une personne ou de moyens de surveillance dans ces parties privées (locaux, voitures etc ...)

<sup>245</sup> Cf. STC 199/1987 du 16 décembre 1987, cité par V. BÜCK, op. cit., p. 179.

<sup>246</sup> Voir V. BÜCK, op. cit., p. 179.

*Misuse of Drugs Act* (loi contre l'abus des stupéfiants) accorde à la police un pouvoir parallèle de fouiller une personne soupçonnée d'être en possession d'une drogue.

Le projet de loi français portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité prévoit que des perquisitions pourront être conduites selon des règles dérogatoires au droit commun, en particulier au regard des contraintes horaires et de la nécessité de solliciter l'assentiment du propriétaire ou de l'utilisateur des locaux visés par la mesure<sup>247</sup>. Suivant le cadre d'enquête, il appartiendra au juge des libertés et de la détention ou au juge d'instruction d'autoriser ces dérogations, sur requête du procureur de la République.

Le recours à certains moyens techniques est particulièrement fréquent en raison de l'impossibilité de recourir à des techniques de surveillance traditionnelles. Les droits sont quasiment tous unanimes et admettent parfois la possibilité de recourir à des écoutes administratives. En Espagne, les interceptions sont en principe ordonnées par décision judiciaire. Toutefois, en cas d'urgence, ces écoutes peuvent être par dérogation, ordonnées par le Ministre de l'intérieur ou le directeur de la sûreté de l'Etat « si les investigations sont effectuées pour établir la preuve de délits ayant un rapport avec les agissements de bandes armées ou d'éléments terroriste ou rebelles (article 579-4 du CPP). Cette mesure est portée à la connaissance du juge qui devra infirmer ou confirmer la mesure dans le délai de 72 heures.

En France, le projet de loi portant adaptation de la justice face aux évolutions de la criminalité prévoit la possibilité d'étendre les mesures d'interceptions judiciaires des télécommunications au cadre de l'enquête préliminaire et de flagrance<sup>248</sup> pour les infractions entrant dans le champ d'application de l'article 706-73 nouveau du CPP. Le juge des libertés et de la détention autorisant cette mesure, sur réquisition du procureur de la République, pour une durée maximale de quinze jours renouvelable une fois.

Au Portugal, les interceptions de télécommunications peuvent être ordonnées par l'autorité judiciaire pour des infractions particulières punies d'au moins 3 années d'emprisonnement comme le trafic de stupéfiants, d'armes, etc (article 187 du CPP)

---

<sup>247</sup> articles 706-89 CPP nouveau

<sup>248</sup> article 706-96 CPP nouveau

Suite à la condamnation par la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Malone*<sup>249</sup>, le Royaume-Uni s'est doté d'une réglementation sur les écoutes téléphoniques : le *Interception of Communication Act* de 1985 récemment modifié par le *Regulation of Investigatory Powers Act* de 2000 suite aux insuffisances de la réglementation mises en évidence par les affaires *Halford* et *Khan*<sup>250</sup>. Les écoutes sont décidées par le Ministre de l'intérieur et contrôlées par un Tribunal spécifique ainsi que par un *commissionner* qui adresse un rapport annuel au Premier ministre et au Parlement. D'autres pays admettent les écoutes téléphoniques administratives comme la France pour lutter contre le terrorisme et la criminalité organisée (loi du 10 juillet 1991 - article 100 du CPP) et l'Allemagne (loi du 13 août 1968 (« G10 ») où la loi permet la mise sous écoute de personnes contre lesquelles il existe des indices laissant présumer (indices réels pour faire naître un soupçon exigés également pour l'ouverture d'une information judiciaire) que la personne visée a fait ou prévoit de faire une chose qui, si elle se réalisait, serait constitutive d'un acte énuméré dans le répertoire d'actes répréhensibles établit par l'article 1 § 2(1) de la loi de 1968 (« actes répréhensibles répertoriés »). Figurent dans cette liste : les crimes graves (assassinat, homicide volontaire), les délits relatifs à la sûreté de l'Etat.

Depuis 1986, l'Allemagne reconnaît la possibilité de constituer une base de données à partir des informations recueillies par la police des frontières lorsque des infractions relatives aux armes ou aux trafic de drogue sont suspectées (§ 163 d). Cette décision doit être prise par un juge. En cas d'urgence, le procureur pourra ordonner la constitution d'un tel fichier, sous réserve de validation de l'ordonnance par un juge dans les trois jours. La personne doit alors être informée de la mesure à posteriori sauf s'il est possible de penser que cette information pourra remettre en cause l'objectif des investigations menées ou la sécurité publique. En 1992, La loi de lutte contre le crime organisé a introduit des mesures d'investigations particulières : possibilité de comparer les données relatives aux personnes qui disposent des mêmes caractéristiques (§ 98 du StPO), la production de photos ou enregistrements vidéos (§ 100 c s1 ss1b du StPO), utilisation d'enregistrements clandestins placés dans des lieux publics (§ 100 c s1 ss2 du StPO).

<sup>249</sup> CEDH, *Malone c. Royaume-Uni*, 2 août 1984.

<sup>250</sup> CEDH, *Halford c. Royaume-Uni*, 25 juin 1997, *Recueil*, 1997-III ; CEDH, *Khan*, 12 mai 2000, M. BENILLOUCHE, thèse précitée, n° 700 ; *JDI* 2000, p. 205, obs. O. Bachelet.

Le Congrès américain a approuvé une loi antiterroriste le 26 octobre 2001 : « *The Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism* » dite *USA Patriot Act of 2001* « *to deter and punish terrorist acts in the United States and around the world, to enhance law enforcement investigatory tools, and for other purposes* », qui vise à accorder au gouvernement et à différentes autorités compétentes comme le FBI de nouveaux pouvoirs d'enquête, de surveillance et d'écoutes<sup>251</sup>.

La loi canadienne antiterroriste C36 adopté le 18 décembre 2001 qui incorpore dans la législation canadienne la convention des nations unies pour la répression du financement du terrorisme, étend au terrorisme, les mesures de surveillance à l'aide de moyens techniques, prévues dans le cadre de la loi C 24. Elle modifie également le régime des mesures de surveillance, en dispensant de justifier de l'inefficacité d'une technique d'enquête traditionnelle (principe de subsidiarité). Elle étend de soixante jours à 1 an, la durée maximale de placement sous écoute téléphonique. Le juge pourra également différer l'information de la personne qui a fait l'objet de surveillance pour une durée de trois ans. Elle inclut également les infractions terroristes dans la listes des infractions qui donnent lieu à l'alimentation de la base de donnée génétique.

Divers dispositif sont mis en place pour faciliter la recherche des preuves en matière de lutte contre la criminalité organisée. En effet, les difficultés liées à l'élaboration des preuves et les pressions exercées sur les témoins commandent en effet un réaménagement des principes du respect de la vie privée, de la loyauté des investigations et même du respect des droits de la défense.

La création d'un cadre juridique dérogatoire au droit commun, en vue de faciliter la preuve des infractions dans le cadre général de la criminalité organisée comporte par nature un risque important pour les droits de l'homme. Le législateur s'efforce de prévoir un certain nombre de garanties, en particulier en subordonnant certaines de ces investigations, à l'information – préalable – d'un magistrat. La nécessité de renforcer l'efficacité des investigations conduit de nombreux parlements à confier ce contrôle aux magistrats du parquet.

---

<sup>251</sup> Voir notamment le Titre 2 *Enhanced Surveillance Procedures*.

La CEDH admet la faculté pour un Etat membre d'aménager une « ingérence de l'autorité publique » dans l'exercice du droit au respect de la vie privée. sous réserve qu'elle soit nécessaire et prévue par une loi.

En Belgique, loi du 6 janvier 2003<sup>252</sup> concernant les méthodes particulières<sup>253</sup> de recherche et quelques autres méthodes d'enquête<sup>254</sup> octroie des prérogatives étendues aux enquêteurs, dès lors qu'ils agissent dans le cadre de la lutte contre la criminalité organisée<sup>255</sup>.

Plusieurs principes fondamentaux commandent la mise en place de ces techniques : le principe de subsidiarité et de proportionnalité: les méthodes particulières et les méthodes apparentées peuvent uniquement être utilisées si la recherche des faits l'exige et que les autres moyens de recherche ne semblent pas suffire (appréciation a priori et *in abstracto* par le magistrat qui autorise l'application de ces méthodes), interdiction de provocation et de commettre des crimes<sup>256</sup>. Ces principes étaient ceux retenus par la circulaire du Ministère de la Justice du 24 avril 1990 régissant les techniques particulières de recherche pour combattre la criminalité grave ou organisée, et complétée par la circulaire du 5 mars 1992 (non publiées). La loi ne prohibe pas *a priori* la commission d'aucune infraction.

---

<sup>252</sup> Loi (2003), Belgique, "Loi concernant les méthodes particulières de recherche et quelques autres méthodes d'enquête" du 6 janvier 2003, Moniteur belge, 12 mai 2003, p. 25351, disponible: [http://194.7.188.126/justice/index\\_fr.htm](http://194.7.188.126/justice/index_fr.htm)

<sup>253</sup> Ces méthodes considérées comme "particulières" en raison de leur caractère secret et de la violation de droits fondamentaux qu'elles peuvent entraîner.

<sup>254</sup> Ces méthodes apparentées sont considérées comme nécessaires par les professionnels et ont fait également l'objet de recommandations émanant de diverses commissions parlementaires.

<sup>255</sup> Loi (1999), publiée au moniteur le 26 février 1999, "relative aux organisations criminelles" du 10 janvier 1999, disponible: <http://www.poldoc.be/>, « Art. 324bis. - Constitue une organisation criminelle l'association structurée de plus de deux personnes, établie dans le temps, en vue de commettre de façon concertée, des crimes et délits punissables d'un emprisonnement de trois ans ou d'une peine plus grave, pour obtenir, directement ou indirectement, des avantages patrimoniaux, en utilisant l'intimidation, la menace, la violence, des manoeuvres frauduleuses ou la corruption ou en recourant à des structures commerciales ou autres pour dissimuler ou faciliter la réalisation des infractions. Article 90 ter §§ 2 à 4 du CIC énumérant les infractions pour lesquelles une construction téléphonique peut être mise en place.

Une organisation dont l'objet réel est exclusivement d'ordre politique, syndical, philanthropique, philosophique ou religieux ou qui poursuit exclusivement tout autre but légitime ne peut, en tant que telle, être considérée comme une organisation criminelle au sens de l'alinéa 1er.

<sup>256</sup> En ce qui concerne le dernier principe évoqué de non commission d'infraction, il convient de noter que le projet de loi aménageait des exceptions à ce principe en distinguant les infractions prévisibles qui doivent faire l'objet d'une évaluation préalable et d'un accord du procureur, des infractions imprévisibles pour lesquelles l'agent infiltré devra rendre compte sans délai.

Les méthodes particulières d'enquêtes sont l'observation systématique<sup>257</sup>, l'infiltration<sup>258</sup>, et le recours aux indicateurs<sup>259</sup>. Ces méthodes sont employées « dans le cadre d'une information [enquête de police] ou d'une instruction sous le contrôle du ministère public, en vue de poursuivre les auteurs de délits, de rechercher, de collecter, d'enregistrer et de traiter des données et des informations sur la base d'indices sérieux que des faits punissables vont être commis, ou ont déjà été commis, qu'ils soient connus ou non ». Ces méthodes ont une finalité exclusivement judiciaire et peuvent uniquement être appliquées par les fonctionnaires de police et sous le contrôle permanent de la magistrature. Elles relèvent du contrôle du procureur du Roi de chaque arrondissement judiciaire. Un officier de police est chargé au sein de l'arrondissement, d'assurer un contrôle permanent des méthodes employées. Dès lors que ces méthodes particulières seront employées au-delà du ressort de la compétence d'un arrondissement judiciaire, le contrôle sera exercé par le procureur fédéral. Les observations ordonnées dans le cadre de l'article 56 bis du CIC par le juge d'instruction sont soumises à l'autorisation d'exécution du procureur du Roi.

A peine de nullité, il n'est pas possible d'inciter au travers de ces méthodes particulières, un suspect à commettre d'autres infractions que celles qu'il avait l'intention de commettre. Les fonctionnaires peuvent être autorisés à commettre certaines infractions, en vue de la réussite de leur mission ou de garantir leur propre sécurité ou celle de tiers. Les infractions devront être préalablement autorisées par le procureur du Roi, et ne pourront être plus graves que celles poursuivies et devront être proportionnées à l'objectif visé. A défaut de demande préalable, le procureur du Roi devra être informé sans délai. L'autorisation du procureur du Roi pour recourir à ces méthodes sera motivée pour les nécessités de l'enquête et ne pourra

---

<sup>257</sup>. article 47 sexies § 1<sup>er</sup> : Elle consiste en l'observation systématique par un fonctionnaire de police, d'une ou plusieurs personnes, de leur présence, ou de leur comportement ou de choses, de lieux ou d'évènement déterminés. L'observation systématique au sens du présent article est :

- celle qui se prolonge au-delà de cinq jours consécutifs ou plus de cinq jours non consécutifs sur une durée d'une mois ;
- celle dans laquelle des moyens techniques sont employés ;
- celle revêtant un caractère international ;
- celle réalisée par des unités spécialisées de la police fédérale.

<sup>258</sup>. article 47 octies § 1<sup>er</sup> : C'est le fait pour un fonctionnaire de police, appelé infiltrant, d'entretenir sous une identité fictive, des relations durables avec une ou plusieurs personnes concernant lesquelles il existe des indices sérieux qu'elles commettent ou commettraient des infractions dans le cadre d'organisation criminelles visées à l'articles 324 du CP ou des crimes ou des délits visés à l'article 90 ter §§ 2 à 4 du CP.

<sup>259</sup>. Article 47 decies § 1<sup>er</sup> : C'est le fait pour un fonctionnaire de police, d'entretenir des contacts réguliers avec une personne, appelée indicateur, dont il est supposé qu'elle entretient des relations étroites avec une ou plusieurs personnes à propos desquelles il existe des indices sérieux qu'elles commettent ou commettraient des infractions et qui fournir à cet égard au fonctionnaire de police des renseignements et des données, qu'elles aient été demandées ou non. Le fonctionnaire de police est appelé fonctionnaire de contact.

être octroyée que si d'autres moyens ne semblent pas suffire à la manifestation de la vérité. – Principe de subsidiarité.

Le procureur qui a fait application dans l'enquête, de méthodes particulières de recherche doit requérir le juge d'instruction, s'il souhaite engager des poursuites<sup>260</sup>. A la suite de cette procédure, le juge d'instruction fait un rapport à la chambre du conseil. Afin d'assurer un contrôle de légalité étendu, tous les trois mois, « le procureur du Roi transmet au procureur général tous les dossiers dans lesquels il a pris la décision de ne pas engager les poursuites ». Le procureur général fait rapport de ce contrôle au collège des procureurs généraux.

Les observations systématiques ne peuvent excéder un mois. Les observations réalisées à l'aide de moyens techniques ne pourront être autorisées que s'il existe des indices sérieux que l'infraction suspectée est punie d'une peine d'emprisonnement minimale d'un an. Seul le juge d'instruction<sup>261</sup> est habilité à octroyer une autorisation d'observation à l'aide de moyens techniques, afin d'avoir une vue dans une habitation, et dès lors qu'il existe des indices sérieux que faits suspectés constituent des infractions commises dans le cadre d'organisation criminelles visées à l'article 324 du CP ou des crimes ou des délits visés à l'article 90 ter §§ 2 à 4 du CP. Les observations ainsi réalisées dans des locaux ou domiciles affectés à l'usage de médecins ou avocats sont soumis à l'information préalable d'un représentant de l'ordre concerné.

L'autorisation d'infiltration est octroyée pour une durée maximale de trois mois. Elle ne peut être délivrée que dans le cadre d'investigations relatives des infractions dans le cadre d'organisation criminelles visées à l'articles 324 du CP ou des crimes ou des délits visés à l'article 90 ter §§ 2 à 4 du CP. Le procureur du Roi peut autoriser certains services spécialisés, à appliquer certaines techniques dans le cadre légal de l'infiltration<sup>262</sup>. Ces techniques sont le pseudo-achat<sup>263</sup>, l'achat de confiance<sup>264</sup>, l'achat-test<sup>265</sup>, la pseudo-

vente<sup>266</sup>, la vente de confiance<sup>267</sup>, la livraison contrôlée<sup>268</sup>, la livraison assistée contrôlée<sup>269</sup>, et le *frontstore*<sup>270</sup>.

Un officier est chargé de la gestion nationale des indicateurs et agit sous l'autorité du procureur fédéral. Un gestionnaire local est chargé de la gestion quotidienne des indicateurs, agissant sous contrôle du procureur du Roi, assure le contrôle de la fiabilité des informations, la protection de l'identité et de l'intégrité physique et psychologique des fonctionnaires de contact. Selon le conseil d'état<sup>271</sup>, l'article 2 de l'arrêté royal qui prévoit la possibilité de recourir aux techniques d'enquête policières dans le cadre de l'infiltration « en collaboration avec des fonctionnaires compétents étrangers spécifiquement formés à cet effet » ne saurait constituer une base légale suffisante à défaut de mention précise de la possibilité de recourir à des agents étrangers dans la loi. Dans ces conditions, pour cette juridiction, ces dispositions ne sauraient être appliquées.

La loi belge du 6 janvier 2003 prévoit également la possibilité de recourir à d'autres méthodes de recherche, telles que l'interception de courrier, les contrôles visuels discrets et les écoutes directes.

<sup>260</sup> Article 47 undecies

<sup>261</sup> Article 56 bis du CIC

<sup>262</sup> Avis n° 35.115/2, "Avis de la section de législation du conseil d'état, relatif à l'arrêté royal relatif aux techniques d'enquête policières", 2003, p. 25370, 9 avril 2003, disponible: [http://194.7.188.126/justice/index\\_fr.htm](http://194.7.188.126/justice/index_fr.htm)

<sup>263</sup> article 3 al 1 : « Le pseudo-achat est la technique mise en œuvre par un service de police qui consiste à se présenter ou à être présenté à un individu comme un acheteur potentiel d'un service ou d'un bien visé à l'article 42, 1° à 3° CP, dont cet individu souhaite transférer la propriété pour son propre compte ou pour celui d'autrui »

<sup>264</sup> article 3 al 2 : c'est un pseudo-achat mais dans lequel le transfert de propriété a vraiment lieu. Il est destiné à gagner la confiance du vendeur ou de recueillir des informations complémentaires.

<sup>265</sup> article 3 al 3 : c'est un achat-test mais l'objectif est de contrôler les allégations du vendeur et l'authenticité du bien proposé.

<sup>266</sup> article 4 al 1 : « est la technique mise en œuvre par un service de police qui consiste à se présenter ou à être présenté à un individu comme un vendeur potentiel d'un service ou d'un bien. »

<sup>267</sup> article 4 al 2 : c'est une pseudo-vente mais où le transfert de propriété a vraiment lieu, et destiné à gagner la confiance de l'acheteur ou de recueillir des informations complémentaires.

<sup>268</sup> article 5 : « est la technique mise en œuvre par un service de police qui consiste à laisser se poursuivre, sous un contrôle policier permanent, un transport illégal de marchandises ou de personnes, connu des services de police, que les fonctionnaires de police transportent et livrent eux-mêmes ou auquel ils fournissent un appui, et où l'intervention policière est différée jusqu'au lieu de destination finale en Belgique ou à l'étranger. »

<sup>269</sup> article 6 : c'est techniquement une livraison contrôlée, sans intervention policière au lieu de destination finale. La livraison assistée contrôlée de personnes n'est pas autorisée.

<sup>270</sup> article 7 : est la « technique qui consiste à permettre aux services de police de créer ou d'exploiter réellement une ou plusieurs entreprises, le cas échéant à l'aide de données fictives, au moyen desquelles un appui est fourni au milieu criminel sous forme de biens ou de services. »

<sup>271</sup> Avis n° 35.115/2, "Avis de la section de législation du conseil d'état, relatif à l'arrêté royal relatif aux techniques d'enquête policières", 2003, p. 25370, 9 avril 2003, disponible: [http://194.7.188.126/justice/index\\_fr.htm](http://194.7.188.126/justice/index_fr.htm)

Le procureur du Roi peut ainsi procéder à l'interception et à la saisie des courriers destinés, provenant ou concernant un suspect s'il existe des indices sérieux que les infractions visées peuvent donner lieu à un emprisonnement supérieur à un an. En cas de flagrant délit, le procureur du Roi pourra ouvrir les correspondances. A défaut, seul le juge d'instruction peut autoriser l'ouverture du courrier et prendre connaissance du contenu. Les correspondances des médecins et avocats sont soumises à un avis préalable d'un représentant de l'ordre concerné.

Des contrôles visuels discrets<sup>272</sup> peuvent être ordonnés par le juge d'instruction par une ordonnance écrite et motivée communiquée au procureur du Roi. Ils ne peuvent être employés que s'il existe des indices sérieux que des faits constituent ou constitueraient des infractions dans le cadre d'organisation criminelles visées à l'articles 324 du CP ou des crimes ou des délits visés à l'article 90 ter §§ 2 à 4 du CP. Le recours à cette technique n'est possible que si d'autres moyens ne semblent pas suffire à la manifestation de la vérité. (principe de subsidiarité) En cas d'urgence, l'autorisation peut être octroyée verbalement.

Le juge d'instruction peut également ordonner, à l'insu ou sans le consentement de l'occupant, du propriétaire ou de ses ayants droits, de pénétrer dans un domicile ou dans un lieu privé en vue de permettre l'écoute, la prise de connaissance ou l'enregistrement direct de communications ou télécommunications privées à l'aide de moyens techniques<sup>273</sup>.

Le procureur du Roi peut autoriser<sup>274</sup> les services de police, dans l'intérêt de l'information [l'enquête de police] à « différer la saisie des auteurs présumés d'infractions et de toutes les choses visées à l'article 35 ». L'autorisation est donnée par écrit et motivée.

Le procureur du Roi peut enfin requérir<sup>275</sup> pour les nécessités de l'enquête<sup>276</sup>, s'il existe des indices sérieux que des infractions pouvant donner lieu à une peine d'emprisonnement d'un

---

<sup>272</sup> article 89 ter § 1<sup>er</sup> : Technique qui consiste « à autoriser les services de police à pénétrer dans des lieux privés à l'insu de leur propriétaire, de son ayant droit ou de l'occupant, aux fins d'inspecter les lieux et de s'assurer de la présence de choses qui font l'objet d'une infractions, qui ont servi ou qui sont destinées à en commettre une, ou qui ont été produites par une infraction, des avantages patrimoniaux tirés directement des infractions, des biens ou valeurs qui leur ont été substitués, et des revenus de ces avantages investis ». Elle peut également avoir pour objectif d'installer des moyens techniques d'observations.

<sup>273</sup> article 90 ter § 1<sup>er</sup> CIC

<sup>274</sup> article 40 bis CIC

<sup>275</sup> article 46 ter § 1<sup>er</sup> CIC

<sup>276</sup> article 46 quater § 1<sup>er</sup> CIC

an minimale, la liste des comptes bancaires, la désignation de leur titulaire, leur mandataire ou toutes données à ce sujet. Il peut également requérir tous les éléments relatifs à des transactions bancaires sur une période déterminée.

En France, le projet de loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité détermine deux catégories distinctes d'infractions déterminant l'application du régime particulier lié à la criminalité organisée. Le gouvernement entend, respecter le principe de proportionnalité par l'établissement de cette double catégorie, et marquer une certaine graduation de la gravité des infractions, pour ainsi adapter une réponse pénale. (articles 706-73 CPP et 706-74 CPP).

La procédure d'infiltration devra rester une mesure « exceptionnelle », subordonnée à l'autorisation préalable du procureur de la République ou du juge d'instruction. L'opération, se déroulant sous contrôle du magistrat, ne saurait excéder quatre mois. Suite à un amendement parlementaire, l'autorisation de procéder à l'infiltration ne sera pas versée au dossier. L'article 706-82 CPP nouveau qui encadre la procédure d'infiltration dans le domaine des infractions les plus graves liées à la criminalité organisée, élargi les prérogatives accordées à l'infiltrant en complétant la liste des infractions commises par l'infiltration dans le cadre de sa mission et pour lesquelles il bénéficiera d'une exemption de responsabilité pénale.

La police et les agents des douanes britanniques ont recours à des agents infiltrés<sup>277</sup>. Ce procédé atout d'abord été encadré par des directives du ministère de l'intérieur et de l'association des chefs de police, et de l'office des douanes et accises. Ces pratiques ont récemment bénéficié d'un encadrement législatif au travers de la loi sur la régulation des pouvoirs d'investigation de 2000 (*Regulation of investigatory Powers Act 2000 - RIPA*) (section 26, 29).

---

<sup>277</sup> Une personne est considérée comme agissant sous couverture lorsqu'elle établit ou maintient des relations personnelles ou d'autre nature avec une personne, aux fins d'obtenir des informations ou de disposer d'un accès à l'information. L'agent révélera les informations obtenues grâce aux relations qu'il a su entretenir. L'autorisation de procéder à des opérations d'infiltration est donnée par un chef de service du rang de «*superintendent*», et en cas d'urgence d'un fonctionnaire du grade d'inspecteur. Un informateur peut être autorisé à opérer un infiltration d'une organisation criminelle ou participer à la commission d'infractions dans les limites reconnues par la loi. Un informateurs qui outre passerait ces limites pourrait être poursuivi. La nécessité de protection en saurait altérer ces limites. Le ministre de l'intérieur (secrétaire d'état) peut en outre imposer des conditions particulières plus restrictives à l'emploi d'agent infiltré.

De nouvelles méthodes d'enquête sont également employées pour lutter contre la criminalité organisée. Par opposition aux techniques classiques qui visent, à partir de la commission de l'infraction à identifier son auteur à partir de constatations matérielles et des auditions, des méthodes dites « proactives » visent à identifier tout d'abord un auteur potentiel, pour permettre une intervention lors de son passage à l'acte. L'enquête proactive englobe le champ d'application des infractions commises ou sur le point de l'être, mais non encore connues.

L'enquête de police s'initie dans la plupart des cas sur la base d'une plainte ou d'une dénonciation. Parfois, le caractère occulte de certaines infractions prive les enquêteurs d'avoir la possibilité d'agir, faute d'en avoir eu connaissance. C'est le cas en particulier des infractions commises dans le cadre du trafic de stupéfiants ou des autres formes d'activités liées aux organisations criminelles. Les policiers peuvent alors être enclins à utiliser des procédés situés aux marges de la légalité pour empêcher les suspects de bénéficier d'une impunité. De surcroît, l'emploi de ruses ou stratagèmes peut entraîner le prononcé de la nullité des investigations.

L'adoption d'un cadre juridique à cette phase « avancée » de l'enquête est justifiée par le souci de permettre aux autorités judiciaires, de contrôler les investigations policières.

En 1998, l'enquête proactive s'est dotée en Belgique d'une base légale<sup>278</sup> au travers de la loi dite Franchimont, qui a inséré l'article 28 bis § 2 du CIC. L'article 28 bis § 2 du C.I.C. définit l'enquête proactive comme suit : « dans le but de permettre la poursuite d'auteurs d'infractions, la recherche, la collecte, l'enregistrement et le traitement de données et d'informations sur la base d'une suspicion raisonnable que des faits punissables vont être commis ou ont été commis mais ne sont pas encore connus et qui sont ou seraient commis dans le cadre d'une organisation criminelle, telle que définie par la loi, ou constituent ou constitueraient un crime ou un délit tel que visé à l'article 90ter, §§ 2, 3 et 4 ». Le législateur a cependant entendu encadrer et limiter le recours à ce cadre d'enquête, en subordonnant sa mise en œuvre à l'autorisation préalable du procureur du Roi.

---

<sup>278</sup> T. VAN DEN HENDE, Cour d'appel de Gand, 30 janvier 2002, *Vigiles - Revue du droit de la police*, 2002, n° 4

Trois conditions cumulatives sont imposées.<sup>279</sup> : Les enquêtes ont pour raison d'être l'infraction même, et devront avoir pour objectif de rechercher et poursuivre les auteurs d'infractions à l'exclusion de la collecte d'informations de nature générale. L'enquête devra par ailleurs reposer sur une suspicion raisonnable que des faits punissables vont être commis (ou l'ont été mais ne sont pas encore connus), et que les faits en question soient d'une particulière gravité. Le législateur énumérant par technique de renvoi, les infractions pour lesquelles une enquête proactive peut être envisagée.

L'enquête proactive porte sur le travail de recherche anticipée qui a pour objectif de procéder au moment voulu, dans une phase ultérieure, au démantèlement d'un réseau criminel ou d'une organisation criminelle ; dès qu'il y a une plainte, une constatation, une déclaration ou toute information sérieuse sur la commission de délits déterminés, il n'est plus question de travail de recherche anticipée ».

Plusieurs critères dégagés par la doctrine permettent de distinguer l'enquête proactive, de l'enquête réactive. L'enquête intervenant à la suite d'une plainte ou dénonciation est axée sur l'infraction alors que l'enquête proactive est plutôt axée sur le sujet criminel ou supposé. Le second critère dégagé est celui de la liberté d'action. Dès lors que les informations recueillies sont concrètes, les enquêteurs seront obligés de rédiger un procès verbal. L'enquête proactive ne pouvant être diligentée que pour autant que les renseignements obtenus sont vagues.

La jurisprudence adopte la même position. Ainsi, dans une affaire de trafic de stupéfiants, les policiers avaient obtenus des renseignements anonymes concernant une habitation déterminée. Les policiers avaient alors procédé à des observations sans avoir informé le parquet et procéder à l'interpellation du suspect. L'avocat de la défense, au soutien d'une requête en nullité, invoquait le fait que les investigations réalisées avaient un caractère proactif et auraient du faire l'objet d'une autorisation préalable du procureur du Roi. La Cour d'appel<sup>280</sup> a décidé qu'il s'agissait d'une enquête réactive, non pas parce que l'infraction avait déjà été commise, mais en raison du caractère concret des informations fournies. Le fait de fournir des « informations portant sur des faits encore à commettre, qui sont tellement

---

<sup>279</sup>. Circulaire n° COL12/98 du Collège des Procureurs généraux près les Cours d'appel en date du 1<sup>er</sup> octobre 1998

<sup>280</sup>. C. DE VALKENEER, C.A. de Bruxelles, ch. mises en acc., 17 décembre 1999, Vigiles - Revue du droit de la police, 2000, p. 17

concrètes que ces faits vont constituer une infraction définissable dans le temps et dans l'espace, ne sont pas en rapport avec le traitement de données visées à l'article 28 bis § 2 »<sup>281</sup>. Le critère distinctif entre la police proactive et réactive réside dans le degré de certitude dans la commission de l'infraction – consommée ou en préparation - et non pas dans le moment par rapport à celle-ci. La simple circonstance que des investigations portent sur une infraction qui n'est pas encore commise ne suffit pas à en déduire que l'enquête a un caractère proactif<sup>282</sup>. On parle alors de « suspicion raisonnable ».

La question qui demeure au-delà de la distinction police proactive et réactive, est de déterminer les circonstances qui autorisent la police à entamer des investigations. Une insécurité juridique découle de contours flous, induits par cette distinction.

L'infiltration d'un agent au sein d'une organisation criminelle pose, au-delà du problème de la sécurité physique, un certain nombre de difficultés juridiques. En particulier, l'agent infiltré pourra être incité, dans le cadre de sa mission, à commettre des infractions.

La loi belge du 6 janvier 2003, dès lors que les principes fondamentaux encadrant ces procédures d'enquêtes sont respectés<sup>283</sup>, ne prohibe pas la commission d'infraction. Elles devront toutefois être autorisées, au préalable par le procureur du Roi.

La loi canadienne C24, Chapitre 32 adoptée le 18 décembre 2001 instaure trois nouvelles infractions et les peines correspondantes, sanctionnant la participation à une organisation criminelle. Elle instaure également une immunité pour les agents chargés d'appliquer la loi, amenés à commettre des infractions dans le cadre d'une enquête relative à des activités criminelles ou à une infraction à la loi fédérale. « Le fonctionnaire public est ainsi justifié à commettre un acte ou une omission qui constituerait par ailleurs une infraction et qui entraînerait vraisemblablement la perte de biens ou des dommages importants à ceux-ci, ou d'ordonner la commission d'un acte ou d'une omission »<sup>284</sup>. Il devra, en principe, être personnellement autorisé par écrit par un supérieur hiérarchique à moins qu'il existe des motifs raisonnables de croire que l'acte ou l'omission est nécessaire pour soit préserver la vie

---

<sup>281</sup> C. DE VALKENEER, Cass. Belgique, 4 juin 2002, *Vigiles - Revue du droit de la police*, 2002, n° 5,

<sup>282</sup> Ibid.,

<sup>283</sup> cf ci-avant p. 132

<sup>284</sup> Article de la loi C 32

ou la sécurité d'une personne, soit éviter de compromettre la confidentialité de l'identité d'un fonctionnaire public ou d'un informateur ou celle d'une personne agissant sous la direction et l'autorité d'un fonctionnaire public. Cette habilitation pourra également être octroyée à un tiers agissant sous le contrôle et la direction d'un agent public. Toutefois, l'autorisation de commettre des infractions ne saurait inclure le fait de causer volontairement ou par négligence, des lésions corporelles ou la mort, de tenter d'entraver volontairement, de détourner ou de contrecarrer le cours de la justice, ou de porter à l'intégrité sexuelle d'une personne. Il ne saurait également être possible de justifier un agent public à commettre un acte ou une omission qui constituerait une infraction à une disposition de la loi réglementant certaines drogues.

L'Allemagne, sur la base de directives, reconnaît la possibilité d'employer des officiers de police agissant sous couverture durant une durée limitée. Ils pourront éventuellement être dotés, pour les besoins de leurs missions, nécessairement ponctuelles, de faux documents d'identités. Il est également possible sur la base de directives du ministère de la justice et du ministère de l'intérieur, de recourir à des informateurs à qui il sera possible de garantir l'anonymat. Les enquêteurs pourront également recourir à des experts de confiance qui pourront les aider dans leurs investigations. Leur identité restera en principe secrète. Le droit processuel allemand n'interdit pas aux autorités de recourir à des provocations à commettre des infractions. Néanmoins, une peine inférieure sera prononcée dans la mesure où le rôle de la personne qui a réalisé la provocation a contribué à la réalisation de l'infraction. Le code de procédure pénale oblige la police à lutter contre les crimes. Les agents opérant sous couverture ne sont pas autorisés à commettre des infractions sauf l'usage de faux documents dans la mesure où il est nécessaire à leur couverture.

La loi du 19 décembre 1991 relative au renforcement de la lutte contre le trafic des stupéfiants encadre la technique des livraisons contrôlées de stupéfiants et des livraisons surveillées, transposant ainsi la convention des Nations unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes, adoptée à Vienne le 19 décembre 1988.

La cour de cassation française s'est prononcée à de nombreuses reprises en matière de trafic de stupéfiants. L'action des policiers ne saurait avoir soumis le prévenu à une contrainte, caractérisée par une provocation à commettre l'infraction reprochée. La loi encadre par ailleurs l'autorisation de procéder à des les livraisons contrôlées qui ne peuvent être données

que pour des actes ne déterminant pas la commission des infractions ». La cour de cassation refuse de voir dans un enquêteur qui se présente faussement comme un acheteur potentiel de drogue, une provocation dès lors que « l'intervention n'a en rien déterminé les agissements délictueux du prévenu, mais a eu seulement pour effet d'en arrêter la continuation »<sup>285</sup>. Elle justifie également l'intervention policière par l'existence d'un trafic préexistant<sup>286</sup>.

L'utilisation de « moyens trompeurs de preuve » peut être utilisé au Portugal en matière de trafic de drogue (article 59 et 59-A du décret-loi n°15/93 du 22 janvier 1993). Un policier ou un tiers agissant sous couverture et sous contrôle de la police judiciaire pouvant ainsi se livrer à des actes de trafic. La CEDH a condamné le Portugal (affaire Teixeira de Castro C/Portugal 9 juin 1998) au motif que « l'activité des deux policiers a outrepassé celle d'un agent infiltré puisqu'ils ont provoqué l'infraction, et que rien n'indique que, sans leur intervention, celle-ci aurait été perpétrée ». Ces pratiques sont condamnées par une partie de la doctrine qui voit dans l'emploi de ces techniques, une violation de l'intégrité morale des personnes contraire à la Constitution.<sup>287</sup>

Le recours fréquent à la violence physique des organisations criminelles oblige à assurer une protection particulière des témoins, ainsi que des personnes impliquées dans la commission d'une infraction mais qui désirent collaborer avec la justice. Par ailleurs, il oblige également les pouvoirs publics à impliquer d'avantage la société civile dans la lutte contre le crime organisé. Néanmoins, cette protection doit être compatible avec le caractère contradictoire du procès qui octroie à la personne accusée, le droit d'être confrontée à son accusateur. Le particularisme du recours de collaborateurs de justice réside dans le fait que le témoignage pourrait ne pas être sincère dans la mesure où ils vont tirer, en principe, un intérêt substantiel de leur collaboration (réduction de peine etc ...)

Un appui important est réalisé dans le domaine des investigations et plus particulièrement du signalement, par des cellules de traitement du renseignement et d'action contre les circuits financiers. En effet, la législation relative à la prévention du blanchiment impose aux différents pays de signaler les opérations suspectes à des organismes nationaux comme le

---

<sup>285</sup> Cass crim 2 mars 1971, bull crim n° 71

<sup>286</sup> Cass crim 22 juin 1994, bull n° 247

<sup>287</sup> L'art. 32-8 de la Constitution dispose que « sont nulles toutes les preuves obtenues par la torture, la contrainte, l'atteinte à l'intégrité physique ou morale de la personne, l'immixtion abusive dans la vie privée, dans le domicile, la correspondance ou les télécommunications ».

TRACFIN en France. Ces organismes échangent au quotidien des informations dans ce domaine. La mobilisation de tous les secteurs de la société doit être en effet réalisée pour faire diminuer la demande de biens et de services illicites et pour empêcher la criminalité organisée de s'infiltrer dans la société. L'union européenne encourage « les Etats membres à examiner dans quelle mesures des tâches de prévention et de contrôle de la criminalité organisée pourraient, dans le respect des principes fondamentaux de leur ordre juridique et de leurs politiques internes, être exécutées, au niveaux national, régional et local par des organismes non publics ».

Divers mécanismes de protection de témoins peuvent être envisagés. En France, la loi relative à la sécurité quotidienne du 15 novembre 2001 prévoit un dispositif de protection des témoins pour lesquels il est à craindre un « danger pour la vie ou l'intégrité physique de la personne, des membres de sa familles ou de ses proches » (articles 706-58 à 706-62 du code de procédure pénale), instaurant un statut juridique de l'anonymat défini par des règles de procédure pénale précises et spécifiant un certain niveau de gravité (infractions punies d'au moins cinq ans d'emprisonnement);

Le décret du 16 mai 2003<sup>288</sup> prévoit la possibilité pour les témoins d'élire domicile dans un commissariat ou une gendarmerie, sous réserve de l'autorisation donnée par le procureur de la République ou du juge d'instruction. Il encadre également la procédure prévue à l'article 706-57 du CPP, qui permet à un témoin de déposer de manière anonyme. L'article R 15-63-61 du CPP prévoit que la requête motivée aux fins de déposition anonyme est formée par le juge d'instruction, et adressée au juge des libertés et de la détention, après avis du ministère public. Le dossier est alors conservé par le parquet, qui ne pourra être consulté que par le juge d'instruction ou le juge des libertés et de la détention. Dès lors que la requête est acceptée, les déclarations seront recueillies en faisant apparaître un numéro d'ordre.

En application de l'article 707-71 du CPP, l'article R 53-33 du CPP prévoit la possibilité de recourir à des moyens de télécommunications sonores ou audiovisuels pour procéder à l'audition des témoins, experts, et mis en causes, pour éviter les contraintes comparutions en

---

<sup>288</sup>. Décret (2003), France, "n° 2003-455 modifiant le code de procédure pénale et relatif à la protection des témoins et à l'utilisation de moyens de télécommunications" du 16 mai 2003, n° 2003-455, JO du 23 mai 2003, p. 8818, disponible: <http://www.legifrance.gouv.fr>

personne devant les magistrats. Toutefois, lors de la prolongation d'une mesure de garde à vue, il ne pourra être recouru qu'à un moyen audiovisuel de communication.

Il est ainsi possible d'envisager la possibilité d'une confrontation de la personne mise en examen ou renvoyée devant la juridiction de jugement avec le témoin, par l'intermédiaire d'un procédé technique permettant l'audition à distance qui préserve l'anonymat et la sécurité du témoin ou de la victime (vidéo masquée).

En France, l'audition d'un témoin sous couvert d'anonymat peut être autorisée par le juge des libertés et de la détention, saisi par une requête motivée du procureur de la République ou du juge d'instruction. Il n'est toutefois pas possible de retenir le témoignage anonyme comme élément déterminant de la déclaration de culpabilité. En effet, même si la Cour européenne admet que « la convention n'empêche pas de s'appuyer, au stade de l'instruction préparatoire sur des sources telles que des indicateurs occultes, l'emploi ultérieur de déclarations anonymes comme preuves suffisantes pour justifier une condamnation soulève un problème différent.<sup>289</sup> Elle admet que le témoignage anonyme puisse fonder une condamnation dans la mesure où de l'existence d'autres preuves, de l'intervention d'un juge lors de l'audition du témoin anonyme de telle sorte que le magistrat puisse se faire une idée sur la crédibilité du témoin.<sup>290</sup> Le témoignage anonyme d'un policier ne pourra être admis qu'à la condition supplémentaire que des mesures soient prises pour compenser de manière suffisante, l'atteinte aux droits de la défense ainsi réalisée.<sup>291</sup> Au cours des discussions relatives au projet de loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, la commission des lois du Sénat a rétabli l'interdiction supprimée par l'assemblée nationale, de condamner une personne sur le seul fondement des déclarations anonymes d'un agent infiltré.

Un projet de loi relatif à la protection des témoins menacés<sup>292</sup> envisage d'instaurer en Belgique, des mécanismes de protection à destination des témoins qui ont fait des déclarations en rapport avec une affaire, et lorsque ceux-ci sont disposés à témoigner en justice. Le témoin ne pouvant bénéficier de ces mesures que dans la mesure où il est objectivement en danger, que sa déposition est rendue nécessaire par l'examen des faits et que le danger encouru par le

---

<sup>289</sup> CEDH 20 novembre 1989, *Kostovski c/ Pays-Bas* § 44, RTDH 1990, chronique J. Callewaert

<sup>290</sup> CEDH 29 mars 1996, *Doorson c/ Pays-Bas*, RSC 1997, obs R. Koering-Joulin, p. 484 et s.

<sup>291</sup> CEDH 23 avril 1997, *Van Mechelen et alii c/ Pays-Bas*, JCP 1998, I, 107, obs Sudre.

<sup>292</sup> Document n° 1483/001, Chambre des représentants de Belgique, 31 octobre 2000

témoin n'est pas disproportionné au regard de l'importance de l'affaire. Un mécanisme de protection spécial est également envisagé pour des affaires relatives au trafic de stupéfiants, ou impliquant une organisation criminelle. A l'initiative du procureur ou du juge d'instruction, une commission de protection des témoins pourra décider de mesures spécifiques de protection (changements d'adresse, d'identité etc ...).

Dans les systèmes de droit accusatoire, la preuve par ouï-dire est formellement interdite (*Myers v. DPP* (1965) AC 1001). Cette notion est large et, en principe, inclut non seulement les affirmations orales des parties tierces, mais aussi toute affirmation par écrit. Elle comprend donc les écritures informelles aussi bien que les procès-verbaux des interrogatoires entrepris par la police. Néanmoins, de nombreuses exceptions à cette règle existent. La plus importante repose sur l'aveu extra-judiciaire de la personne mise en cause qui a toujours été considéré comme recevable. Les *Criminal Justice Act* de 1925 et de 1988 permettent au tribunal de lire ce procès-verbal lorsque l'absence du témoin est due, notamment, à son décès, sa démence, une maladie sérieuse qui l'empêche de se déplacer ou en cas de pressions exercées sur lui par la personne mise en cause. Pour se prévaloir de ces dispositions, l'autorisation du président tribunal doit être obtenue, qui peut refuser s'il considère qu'il n'est pas de l'intérêt de la justice d'accorder ce droit.

En outre, la loi reconnaît un concept de *public interest immunity* qui permet à un témoin de refuser de répondre à une question si la réponse peut aboutir à la publication d'un secret dont la révélation irait à l'encontre de l'ordre public. Ainsi un policier peut-il refuser de donner le nom de son indicateur (*Rankine* (1986) QB 461). Mais selon la jurisprudence le président du tribunal peut, et doit, exiger une réponse à une telle question, si elle est susceptible de démontrer l'innocence du défendeur (*Hennessey* (1978) 68 CrApR 419).

L'audition d'un co-accusé pose le problème, au-delà de sa protection, du caractère sincère des déclarations recueillies en échange d'un avantage accordé par l'accusation. Néanmoins, le caractère très fermé des organisations criminelles rend très difficile leur infiltration, et nécessite le recours à ces collaborateurs de justice.<sup>293</sup> Il peut ainsi être envisagé, sous certaines conditions strictes, et dans certaines circonstances, d'instaurer un régime en faveur des personnes qui collaborent avec la justice. Toutefois, tout collaboration avec des criminels

---

<sup>293</sup>. Résolution du Conseil de l'Union européenne, du 20 décembre 1996 relative aux collaborateurs à l'action de la justice dans le cadre de la lutte contre la criminalité organisée, JO n° c010 du 11/01/1997, p. 1 et s.

ne peut être autorisée qu'à titre exception, et doit être limitée à la criminalité grave et au crime organisé. Trois niveaux d'intervention du collaborateur de justice, correspondant à trois phases du procès pénal peuvent être distingués. Au niveau de l'action publique (phase de l'instruction - Les révélations du collaborateur peuvent ne pas être en relation avec l'infraction commise par ce dernier.), au niveau du taux de la peine (phase de jugement), et enfin au niveau de l'exécution de la peine. Pour être efficace, le régime d'emploi des collaborateurs de justice doit être employé le plus tôt possible dans le procès pénal, et en particulier dès la phase d'enquête.

Le procureur de la république, au travers de son appréciation des poursuites, peut décider d'ordonner un classement sans suite en raison de révélations faites ou de réduire les charges. Cet accord ne saurait en aucun cas lier le juge du siège, et il serait alors possible de revenir sur celui-ci à tout moment dans le cadre de la limite de la prescription pénale.

Il existe actuellement dans les différentes législations, de nombreuses excuses atténuantes ou absolutoires de responsabilité. Néanmoins, ces dispositions sont d'application peu fréquente au raison de l'absence de possibilité de négociation préalable entre le ministère public et le collaborateur, une insuffisance de garanties juridiques accordées, une grande sévérité des exigences imposées par la loi (ex doit être réalisée avant toute poursuite) et l'absence de mesures complémentaires destinées à assurer la sécurité physique des collaborateurs.

En Italie, après la réforme du code de procédure pénale de 1989, par dérogation au droit commun, les repentis et les témoins n'avaient pas à réitérer leurs déclarations en principe à l'audience de jugement. Toutefois, ces dispositions ont fait l'objet d'une vive critique dans la mesure où elles ne respectaient pas le principe du contradictoire imposé par la constitution (article 111) et la CESDH. Elles ont fait l'objet d'une première retouche au travers la loi n° 267 en 1997, qui prohibait la possibilité de recourir à des preuves non soumises au contradictoire. L'article 190bis, tel que modifié par la loi du 1<sup>er</sup> mars 2001<sup>294</sup> assure un compromis entre la nécessité de respecter le principe du contradictoire et la protection des

---

<sup>294</sup>. Le nouvel article 190bis dispose désormais que dans les procès touchant à la criminalité organisée, «*quand est requis l'examen d'un témoin ou d'une personne indiquée à l'article 210 – personnes accusées dans un procès connexe- et que ces personnes ont déjà fait des déclarations pendant l'incident probatoire ou pendant les débats, dans le respect du contradictoire avec la personne contre qui les déclarations seront utilisées ou bien des déclarations répondant aux conditions de l'article 238 – déclarations dans des procès connexes-, l'examen sera admis seulement s'il concerne des faits ou circonstances différents de ceux objets des précédentes déclarations ou bien si le juge ou l'une des parties le considère nécessaire sur la base d'exigences spécifiques* ».

personnes impliquées dans un procès de criminalité organisée. Le juge peut rejeter les demandes des parties au motif que la demande est superflue, notamment lorsqu'elles ont pour objectif de réitérer des déclarations faites pendant l'incident probatoire, réalisée au cours du même procès et de façon contradictoire, ou dans un autre procès dès lors qu'ils auront été soumis au contradictoire. Le réexamen des personnes qui ont déjà déposé sera désormais possible uniquement s'il «*concerne des faits ou circonstances différents de ceux objets des précédentes déclarations ou bien si le juge ou l'une des parties le considère nécessaire sur la base d'exigences spécifiques*».

En Belgique, une proposition de loi<sup>295</sup> envisage d'instaurer un régime pour les collaborateurs de justice. Les conditions d'emploi de collaborateurs de justice doivent être clairement déterminées et doivent répondre à quatre principes : Légalité du dispositif qui doit également s'efforcé de garantir les droits des autres parties au procès. Subsidiarité de l'emploi de collaborateurs - Les informations ne pouvant être obtenues au moyen d'autres techniques d'investigations. Proportionnalité des avantages accordés au regard de la gravité de l'infraction commise par le collaborateur, et au regard de l'infraction révélée par l'intervention du collaborateur de justice. Il peut ainsi être nécessaire de fixer certaines limites en excluant certaines mesures (classement sans suite) ou d'instaurer une limitation des avantages.

La valeur du témoignage ainsi recueilli ne saurait avoir un degré important, pour être limité à celle de «*preuve minimale*», ne permettant pas une condamnation fondée exclusivement sur des révélations obtenues en échange d'un avantage. C'est pourquoi le juge du siège devra être informé de l'accord conclu avec le procureur par la production du mémorandum, détaillant l'accord au jugement. La déposition du collaborateur doit être révélatrice, et dans la limite de ses connaissances, sincères et complète. Elle se rapporte à des auteurs ou des faits inconnus ou dont on manque de preuve pour engager des poursuites.

Le projet n'exige pas que la déposition soit faite avant tout poursuite, mais le collaborateur ne doit pas informer les auteurs des révélations qu'il a opérés pour prétendre bénéficier du dispositif. Les poursuites engagées grâce aux révélations effectuées, peuvent ne pas être

---

<sup>295</sup>. Document n° 1645/001 en date du 21 février 2002, chambre des représentants de Belgique

couronnées de succès. Il envisage d'accompagner les témoignages de mesures spécifiques destinées à la protection physique du collaborateur de justice ou de sa famille.

L'exercice des droits de la défense peut parfois être différé ou réduit pour les affaires impliquant la criminalité organisée.

L'attribution de nouvelles prérogatives aux policiers a conduit le législateur, par souci d'équilibre, à renforcer les droits de la défense en prévoyant la possibilité pour une personne qui a été placée en garde à vue dans le cadre d'une enquête ayant fait application de ces nouvelles dispositions dérogatoires, d'interroger le procureur de la République dans le délai de six mois pour connaître des suites qu'il entend donner au dossier. Si le procureur entend poursuivre l'infraction, il devra en aviser le mis en cause, et lui donner accès au dossier<sup>296</sup>.

La pierre angulaire du procès pénal est le respect de la présomption d'innocence. Edicté dans de nombreuses codes procéduraux, constitutions, et reconnu par les textes internationaux<sup>297</sup>, « toute personne accusée d'une infraction est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie ». Le respect de ce principe fait partie intégrante des composantes du procès équitable<sup>298</sup>. Ce principe emporte plusieurs conséquences et conduit tout d'abord à attribuer à la partie poursuivante, la charge de la preuve. Le droit commun admet, à titre exceptionnel des dérogations à ce principe.

La jurisprudence de la CESDH admet une interprétation particulière dans le domaine de la lutte contre la criminalité organisée. Face à l'existence de charges écrasantes, le juge peut, en matière de terrorisme, tenir compte du silence opposé par l'accusé tout au long de la procédure. En effet, le silence de l'accusé est alors considéré comme une forme d'aveu implicite de culpabilité. Le droit à ne pas s'auto-incriminer ne saurait toutefois « fonder la condamnation exclusivement ou partiellement sur le silence du prévenu ou sur son refus de répondre aux questions »<sup>299</sup>. Il faut remarquer que la cour admet, en droit commun, également que ce droit « ne s'étend pas à l'usage de données que l'on peut obtenir de l'accusé

---

<sup>296</sup> article 706-10 CPP nouveau

<sup>297</sup> article 6 § 2 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

<sup>298</sup> CEDH, 23 avril 1998, *Bernard c/ France*

<sup>299</sup> CEDH 8 février 1996, *John Murray c/ Royaume-Uni*, § 47

en recourant à des pouvoirs coercitifs, mais qui existent indépendamment de la volonté du suspect, par exemple ... les prélèvements de sang et d'urine »<sup>300</sup>. La cour admet de surcroît les présomptions légales de culpabilité à condition qu'elles soient contenues dans les limites raisonnables, qu'elles ne soient pas irréfragables, et que soient sauvegardés les droits de défense.<sup>301</sup>

En matière de criminalité organisée, certains pays n'accueillent pas de telles présomptions comme l'Allemagne. La doctrine estime que le délit d'appartenance à une organisation criminelle (§ 129 du code pénal) suppose l'« appartenance active » l'intégration, c'est-à-dire, la subordination et l'exécution d'activités permettant la poursuite des activités criminelles de l'organisation. L'appartenance purement passive n'est donc pas suffisante, mais il n'est pas nécessaire qu'un membre actif participe effectivement à des délits. La jurisprudence exige par ailleurs qu'il soit prouvé que la personne concernée soit subordonnée aux volontés du groupe pris dans son ensemble. La loi de lutte contre le commerce illicite et les autres formes de crime organisé de 1992 prévoit en cas de condamnation pour plusieurs infractions caractérisées de la criminalité organisée, de saisir les avoirs de la personne condamnée, lorsque qu'il est possible de penser que ces derniers ont été acquis de manière illégale. (§ 73d C.P.) Il s'agit pour le moins d'une preuve allégée. La cour constitutionnelle a interprété les peines du § 73d du C.P. de manière restrictive au regard de la présomption d'innocence, dans la mesure où le juge doit être convaincu de l'origine frauduleuse des biens. Toutefois, il n'est pas nécessaire d'établir le lien entre le bien et une infraction en particulier.

D'autres pays européens admettent l'édiction de présomptions de culpabilité en matière de criminalité organisée. Ainsi l'article 225-6 du code pénal français prévoit une présomption de proxénétisme pour les personnes qui vivent habituellement avec une personne qui se livre à la prostitution ou étant en relation avec une ou plusieurs personnes se livrant à la prostitution ne peut justifier des ressources correspondantes à son train de vie. Des présomptions en matière douanières également admises (article 418 du code des douanes) relatives à l'introduction en contrebande de marchandises prohibées.

Au Royaume-Uni, le « *gardé à vue* » dispose du droit à un défenseur. En 1984, l'article 58 du PACE accorda définitivement au suspect ce droit. Cet article, complété par le Code C, prévoit

---

<sup>300</sup> CEDH 17 décembre 1996, *Saunders c/ Royaume-Uni*

<sup>301</sup> CEDH 7 octobre 1988, *Salabiaku c/ France*

que l'accusé peut consulter un *solicitor* à tout moment dès le début de sa détention au commissariat, qu'il doit être informé de ce droit, et que le *solicitor* peut être présent pendant son interrogatoire. Toutefois, pour les *infractions de terrorisme, liées au trafic de stupéfiants* ou prévues par la *Part VI* du *Criminal Justice Act* de 1988, la sous-section 8A prévoit qu'un officier peut autoriser un retard dans l'exercice du droit d'avoir un entretien avec un avocat lorsqu'une *serious arrestable offence* est reprochée à la personne en détention. Le retard est également possible lorsque l'officier a des motifs raisonnables de penser que le profit tiré de l'infraction risque d'être dispersé. En outre, l'entretien a lieu devant un officier en uniforme<sup>302</sup>.

De même, le droit de prévenir un proche de la mesure peut être retardé. En outre, la sous-section 5A facilite le retard dans l'exercice de ce droit lorsque la *serious arrestable offence* est une infraction de trafic de stupéfiants ou une infraction prévue par la *Part VI* du *Criminal Justice Act* de 1988 et que l'officier a des sérieux motifs de penser que les profits tirés de l'infraction risquent d'être dispersés<sup>303</sup>. De plus, la possibilité de retarder l'information des tiers prévue par la section (2) (a) est possible aux termes de la section 11 pour *toutes les infractions terroristes* et non limitée aux seules *serious arrestable offences*. La durée maximale de cette mesure est cantonnée à la période de détention hors prolongation décidée par le *Secretary of State*.

Toutefois, ces possibilités de retarder l'exercice de ce droit n'est que temporaire. Elle prend fin soit à l'issue du délai de trente-six heures, c'est à dire le temps maximal au cours duquel la police peut garder la personne à sa disposition sans que la *Magistrates' Court* ne soit intervenue pour prolonger la mesure, soit dès que la cause interdisant la prise d'une telle mesure a pris fin, soit enfin, selon le Code C annexe B dès que la personne est officiellement accusée. En outre, un réexamen de la décision est rendu nécessaire en cas de prolongation de la mesure de détention<sup>304</sup>. En France, aucun délai butoir n'est prévu par les textes.

---

<sup>302</sup>. Section 58 (15).

<sup>303</sup>. "Subject to subsection (5A) below an officer may only authorise delay where he has reasonable grounds for believing that telling the name person of the arrest

- (a) will lead to interference with or harm to evidence connected with a serious arrestable offence or interference with or physical injury to other person; or
- (b) will lead to the alerting of other persons suspected of having committed such an offence but not yet arrested for it; or
- (c) will hinder the recovery of any property obtained as a result of such an offence"

<sup>304</sup>. Section 42 (9), Article 43 (8).

En Angleterre, les auditions réalisées en garde à vue sont entièrement enregistrées par magnétophone. L'enregistrement n'est donc que sonore. Toutefois, certains lieux de détention sont aujourd'hui équipés de modes d'enregistrement audiovisuels. L'enregistrement est imposé dans tous les cas, mais l'individu peut y renoncer. L'avocat y assiste, il doit toutefois demeurer passif. Toutefois les interrogatoires réalisés dans les *affaires de terrorisme* ou d'espionnage<sup>305</sup> peuvent ne pas faire l'objet d'un enregistrement<sup>306</sup>. Ces exceptions s'expliquent par la crainte de voir ces enregistrements tomber entre les mains d'organisations terroristes ou d'espionnage.

Après avoir prêté serment – ou, s'il est non croyant, avoir « *affirmé de dire la vérité* », le témoin est interrogé par l'avocat pour la partie qui l'a cité, puis contradictoirement (*cross-examination*) par l'avocat de son adversaire. Il est obligé de répondre à toute question qui est pertinente quant aux faits ou à sa crédibilité. Il a cependant le droit ("*privilege*") de ne pas répondre à une question dont la réponse pourrait engager sa responsabilité pénale (*privilege against self-incrimination*) ou à une question qui porte sur le secret professionnel. Traditionnellement, le droit anglais ne respecte ce *privilege* que pour un avocat. Depuis 1981, une loi accorde un *privilege*, assez restreint, aux journalistes (*Contempt of Court Act*, 1981, art. 10). Les membres des autres professions peuvent, en principe, être obligés de répondre aux questions concernant leurs clients, mais les juges généralement persuadent les avocats des parties de ne pas insister sur une réponse qui compromette secret professionnel

Lorsqu'il s'agit d'un « délit public » le juge d'instruction peut en Espagne, sur proposition du ministère public, de l'une des parties qui se sont constituées ou bien d'office, déclarer (par décision motivée) la procédure totalement ou partiellement secrète pour toutes les parties. Cette mesure ne peut pas être d'une durée supérieure à un mois et le secret devra être levé dix jours au moins avant la clôture de l'instruction (art. 302-2).

Le Tribunal constitutionnel espagnol garantit une communication libre avec l'avocat, sauf en cas de terrorisme<sup>307</sup>. L'accusé, en matière de terrorisme, ne peut être assisté d'un avocat pour son interrogatoire devant le juge d'instruction.

<sup>305</sup> Section 1 de l'*Official Secrets Act* de 1989.

<sup>306</sup> Code E 3.2.

<sup>307</sup> Voir STC 199/1987 du 16 décembre 1987, cité par V. BÜCK, op. cit., p. 273.

La plupart des pays européens admettent, en raison du risque de pression élevée sur les membres du jury, de déférer le jugement des affaires impliquant une criminalité organisée à des juridictions composées de magistrats professionnels.

Le Président George W. Bush, suite à sa déclaration d'urgence nationale (§1621(b) (50 *United States Code* 33)), a même prévu par décret du 13 novembre 2001 la mise en place de tribunaux militaires pour juger des étrangers présumés terroristes (*Military Order : Detention, Treatment and Trial of certain Non-Citizens in the War Against Terrorism – 1665 Federal Register*), provoquant la colère des associations de défense des libertés civiles aux Etats-Unis ainsi que des juristes et journalistes.

Selon la Constitution, il existe un principe fondamental qui veut que toute accusation pénale soit examinée par un grand jury, en suivant les règles de preuve, à l'occasion d'un procès public, et en respectant les autres protections fondamentales inscrites dans la Constitution. Dans l'histoire américaine, les principes qui garantissent la protection de l'accusé constituent le noyau dur de la Constitution. Cependant, il existe quelques exceptions qui justifient un procès militaire sans jurés ; elles sont inscrites dans le V<sup>e</sup> *Amendment* de la Constitution : « à l'exception des poursuites engagées à l'occasion d'actes commis dans les forces armées terrestres ou navales ou dans la milice, dans le cadre d'un service actif en temps de guerre, ou de péril public ».

Aujourd'hui, le décret prévoit des poursuites contre une catégorie bien précise de personnes, à savoir tous les membres de Al-Qaida et tous les étrangers soupçonnés d'actes ou d'assistance à des actes de terrorisme internationaux<sup>308</sup>. Ces deux catégories de personnes contre lesquelles il suffit d'avoir des raisons de croire qu'elles appartiennent à des organisations terroristes pourront être jugées devant des tribunaux militaires, sans jurés, sans règles de preuve<sup>309</sup>. Le gouvernement qui mène l'accusation a prévu également de garder certaines preuves secrètes, des preuves qui ne seront pas dévoilées, ni débattues publiquement. Même l'accusé ignorera les preuves qui seront produites contre lui, et le juge pourra condamner sur la base de preuves secrètes. Sont prévus par ailleurs exclusivement des juges militaires et la

---

<sup>308</sup>. Section 1 *Findings, Military Order : Detention, Treatment and Trial of certain Non-Citizens in the War Against Terrorism – 1665 Federal Register*.

<sup>309</sup>. Section 4 *Authority of the Secretary of Defense Regarding Trials of Individuals Subject to this Order, Military Order : Detention, Treatment and Trial of certain Non-Citizens in the War Against Terrorism – 1665 Federal Register*.

majorité des deux tiers suffira pour prononcer la peine de mort. Il n'y aura pas d'appel. Il est en outre indiqué dans le décret que le seul recours possible sera de faire appel au président Bush en personne.

Pour protéger certaines sources ou techniques d'enquête, il est parfois admis que certains actes de procédure ne soient pas versés au dossier. Ainsi, la loi belge commande aux OPJ de rédiger, d'une part, un rapport confidentiel relatant précisément leurs investigations, adressé au procureur du Roi, qui sera versé dans un dossier séparé. Ce dossier confidentiel peut également être consulté par le juge d'instruction. Les OPJ rédigent d'autre part, des procès verbaux relatant leurs investigations, en veillant à ne pas inclure aucun des éléments susceptibles de compromettre les moyens techniques et les techniques d'enquête policière utilisés ou la garantie de la sécurité de l'anonymat de l'indicateur et des fonctionnaires de police chargés de l'exécution des opérations.

#### C) Le renforcement des mécanismes de coopération

Le caractère transnational de la criminalité organisée oblige les enquêteurs et les magistrats à utiliser les preuves obtenues à l'étranger. Le droit international leur reconnaît parfois la faculté de recueillir directement les preuves à l'étranger.

La Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale<sup>310</sup> organisée dispose tout d'abord que les états parties s'engagent à incriminer la participation à un groupe criminel organisé, la corruption, le blanchiment du produit du crime, la corruption, entrave au fonctionnement de la justice et toutes les infractions établies par les protocoles additionnels. Au travers de l'harmonisation des incriminations, cette convention renforce les mécanismes de coopération.

Parmi les mesures destinées à la lutte contre le blanchiment, elle dispose que les états parties ne peuvent invoquer le secret bancaire au vue de faire échec à une demande de production ou la saisie de documents bancaires, financiers ou commerciaux. En outre, elle instaure des mécanismes de protection des témoins, victimes et repentis. Elle incite également les états

---

<sup>310</sup> qui entrera en vigueur le 29 septembre 2003

partie à se doter de législation encadrant les techniques spéciales d'enquêtes telles que les livraisons surveillées.

La convention vise également à mettre en place une entraide judiciaire « la plus large possible lors des enquêtes, poursuites et procédures judiciaires concernant les infractions visées dans la convention », visant à l'identification des personnes et des mouvements. Cette coopération peut donner lieu à des échanges spontanés, sans demande préalable. Tout refus d'entraide devant être motivé. Cette coopération est étendue à l'identification, au gel et à la saisie des produits du crime.

La résolution n° 1873 en date du 28 septembre 2003<sup>311</sup>, prise par le conseil de sécurité de l'ONU demande aux états membres de collaborer pour prévenir et réprimer le financement et la préparation de tout acte terroriste. Cette résolution, adoptée en vertu du chapitre VII de la charte des Nations unies, est d'application directe et il pourra être recouru à la force armée si elle n'était pas appliquée par un état.

Classiquement, la coopération entre les différents membres de l'Union européenne, et en particulier la circulation des preuves se réalise au travers de la Convention du Conseil de l'Europe relative à l'entraide judiciaire en matière pénale de 1959. Tous les Etats membres de l'Union européenne l'ont ratifié<sup>312</sup>.

Des difficultés liées à la réalisation des actes d'enquêtes conformément au droit du pays requis ont conduit les Etats membres à établir une nouvelle Convention<sup>313</sup>. Dans le cadre des demandes d'entraide judiciaire, l'Etat requis devra respecter les formalités et les procédures expressément indiquées par l'Etat membre requérant, sous réserve que ces formalités et procédures ne soient pas contraires aux principes fondamentaux du droit de l'Etat requis<sup>314</sup>. (article 4 de la convention). Cette convention prévoit en outre, la possibilité de recourir à la vidéo conférence pour les auditions de témoins ou d'experts appartenant à un autre Etat

---

<sup>311</sup>. disponible : <http://www.un.org>

<sup>312</sup>. Note du groupe multidisciplinaire sur la criminalité organisée, Conseil de l'Union européenne, n° 8648/01 du 10 mai 2001.

<sup>313</sup>. Acte du Conseil du 29 mai 2000, établissant, conformément à l'article 34 du traité sur l'Union européenne, la convention relative à l'entraide judiciaire en matière pénale entre les Etats membres de l'Union européenne, JO n° C197/01 du 12/7/00

<sup>314</sup>. Le projet de loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité incorpore enfin en droit interne, la convention du 29 mai 2000 relative à l'entraide judiciaire en matière pénale entre les Etats membres de l'Union européenne, ainsi que la décision du 28 février 2002 instituant Eurojust.

membre. (article 10). Elle prévoit également la possibilité de recourir à des opérations de livraisons surveillées dans le cadre général d'enquêtes pénales relatives à des infractions susceptibles de donner lieu à extradition (article 12) et de créer des équipes communes d'enquête (article 13) aux fins de détecter des infractions, et d'effectuer des enquêtes difficiles et impliquant la mobilisation d'importants moyens. Les membres composants cette équipe pourront effectuer des investigations quelque soit le pays concerné. Lorsque des mesures d'enquête devront être prises, les membres pourront demander à leurs autorités compétentes de prendre ces mesures qui seront alors considérée par l'Etat en question, comme une mesure demandée dans le cadre d'une enquête nationale. (article 13-7). La convention de 2000 prévoit enfin la possibilité de recourir à des « enquêtes discrètes » ou infiltration (article 14) qui devront être réalisées en faisant application du droit national du territoire sur lequel elles ont lieu.

L'adoption de conventions multilatérales de coopération en Europe a substitué aux pratiques informelles de coopération policière, une coopération qui est désormais largement encadrée. La Convention de Schengen de 1990 établit clairement que les autorités de police assisteront toute autre autorité afin de prévenir et de détecter des activités criminelles dans la mesure où la loi nationale ne prévoit qu'une requête doit être adressée aux autorités compétentes. Cette coopération ne saurait toutefois impliquer l'exécution de mesures coercitives (article 39 de la Convention de Schengen). « Les informations écrites qui sont fournies par les parties contractantes requises en vertu des dispositions du § 1<sup>er</sup>, ne peuvent être utilisées par la partie contractante requérante aux fins d'apporter la preuve des faits incriminés qu'avec l'accord des autorités judiciaires compétentes de la partie contractante requise ». Cette disposition protectrice des droits de la défense permet néanmoins d'utiliser directement les preuves obtenues à l'étranger. Elle laisse toutefois la possibilité aux enquêteurs de continuer à échanger des informations oralement, et de manière informelle. Dans ce cas, ces éléments ne pourraient être utilisés qu'à titre de renseignement permettant d'orienter par exemple une enquête.

Au travers de la Convention de Schengen et la Convention de l'Union européenne sur la coopération douanière de 1997, les Etats autorisent leurs services à s'engager dans une coopération opérationnelle par l'admission des observations transfrontières, des poursuites transfrontalières mais également par la possibilité de recourir à des techniques de livraisons surveillées. Les observations transfrontalières doivent être réalisées avec l'accord préalable

des autorités du pays concerné sauf en cas d'urgence. Ces observations sont en principe limitées dans le temps et ne peuvent s'appliquer qu'en cas d'infraction grave.<sup>315</sup> Le droit de poursuite transfrontalier ne peut être engagé par des officiers de police que dans le cadre d'un flagrant délit d'une infraction visée par la convention. Les policiers doivent faire application de la loi de la partie contractante sur laquelle a lieu la poursuite et ne peuvent pas en principe, pas interpellé les fuyard. Ils ne peuvent accéder aux habitations privées et aux lieux inaccessibles au public. Ils sont tenus en outre d'obéir aux injonctions des autorités locales.<sup>316</sup>

La convention relative à l'assistance mutuelle et à la coopération entre les administrations douanières<sup>317</sup> prévoit également expressément la possibilité de recourir à des échanges spontanés de renseignements entre autorités douanières en particulier dans la lutte contre les organisations criminelles qui commettent des actes contraires à la réglementation douanière nationale ou communautaire, ainsi que pour lutter contre le blanchiment de l'argent provenant de ces infractions. Des mesures spéciales de surveillance peuvent opérées contre « toute personne au sujet de laquelle on peut sérieusement croire qu'elle a commis, qu'elle commet ou qu'elle a accompli des actes préparatoires en vue de la commission des infractions aux réglementations douanières communautaires ou nationales. Des formes particulières de coopération sont prévues au titre IV « formes particulières de coopération » de cette convention. Les agents de l'Etat requérant peuvent ainsi être autorisés par l'Etat requis à intervenir sur son territoire en vue de la prévention, de la recherche et de la répression d'un certain nombre d'infractions comme le trafic de stupéfiants, d'armes. Les autorités devront au préalable solliciter l'accord du pays dans lequel vont s'effectuer les investigations. La convention de 1997 prévoit également la possibilité de procéder à des livraisons surveillées (article 22) et des « enquêtes discrètes » (infiltration) (article 23) sur le territoire de l'Etat requis. Les infiltrations auront une durée limitée les devront être réalisées en conformité avec la législation de l'Etat sur le territoire duquel, elles sont réalisées. Il est possible enfin de créer des équipes communes d'enquête spéciales aux fins de réaliser des « enquêtes difficiles, qui impliquent la mobilisation d'importants moyens pour détecter des infractions précises et qui exigent une action simultanée et concertée des les Etats membres participants » (article 24-1

---

<sup>315</sup>. article 40 de la Convention Schengen

<sup>316</sup>. article 41 de la Convention Schengen

<sup>317</sup>. Acte du Conseil du 18 décembre 1997, J.O. n° C 024 du 23/01/1998, p. 1 et s.

al 2). Ces équipes d'enquête ne sont mises en place que dans un but déterminé et pour une durée limitée<sup>318</sup>.

Le Parlement européen a adopté le 5 septembre 2001, une résolution concernant le rôle de l'Union européenne dans la lutte contre le terrorisme, en invitant le Conseil à arrêter une décision-cadre pour supprimer la procédure d'extradition formelle, à adopter le principe de reconnaissance mutuelle des décisions en matière pénale, y compris des décisions préparatoires en matière pénale concernant les infractions terroristes, à mettre en œuvre « le mandat de perquisition et d'arrête européen ».

La reconnaissance mutuelle des décisions de justice des différents pays de l'union européenne semble acquise. Toutefois, elle ne saurait être étendue à d'éventuels accord conclus avec des repentis concernant une dispense de peine ou un classement sans suite. L'individu ayant bénéficié d'un tel accord ne pouvant être assuré que cet accord sera respecté par les autorités des autres pays membres.

Des investigations peuvent être menées par des membres d'organisations supranationales. Les rapports ainsi rédigés par les inspecteurs de l'UCLAF constituent des preuves admissibles dans des procédures administratives ou judiciaires se déroulant sur le territoire d'un Etat membre. Ils ont obligation de rédiger un rapport et porter à la connaissance des autorités du pays concerné, lorsqu'ils constatent une irrégularité<sup>319</sup>.

La convention Europol attribue à ses membres la faculté participer et coordonner à des enquêtes opérées sur différents Etats membres. Les membres d'Europol et officiers de liaisons sont tenus à une obligation de discrétion et de confidentialité. Ils ne peuvent témoigner devant une instance judiciaire ou faire une déposition de faits ou relative à des informations venant à leur connaissance dans l'exécution de leur mission sans être au préalable autorisés par le directeur d'Europol, ou lorsqu'il s'agit du directeur, par le conseil d'administration. De surcroît, ces agents bénéficient d'une immunité et ne pourraient être poursuivis en cas de fausse déclaration devant une juridiction par exemple.

---

<sup>318</sup> Ces équipes communes d'enquête peuvent également être constituées dans le cadre de la convention Europol.

<sup>319</sup> Règlement n° 2185/96 du 11 novembre 1996, JO n° L292 du 15 novembre 1996

Il est parfois possible aux enquêteurs d'agir en dehors de leur Etat, spécialement en matière de criminalité organisée. La Convention de Vienne du 20 décembre 1988 relative au trafic illicite de stupéfiants prévoit dans son article 17 § 3 et 4, prévoit qu'un Etat qui a des motifs raisonnables de soupçonner qu'un navire naviguant en haute mer se livre au trafic illicite de stupéfiants, de demander à l'Etat dont le navire bat pavillon, l'autorisation d'arraisonner ce navire et de procéder à une visite de celui, y procéder éventuellement à des saisies. Des accords bilatéraux de coopération peuvent également prévoir l'intervention des agents d'un Etat sur le territoire d'un autre.

La loi n° 2001-1062 du 15 novembre 2001 relative à la sécurité quotidienne permet l'audition, l'interrogatoire ou la confrontation de plusieurs personnes à distance. Applicable aux témoins, aux personnes gardées à vue et aux interprètes, a été adopté peu après les événements survenus aux Etats-Unis le 11 septembre 2001, pour lutter plus efficacement contre le terrorisme. Ces règles transitoires avaient vocation à s'appliquer jusqu'au 31 décembre 2003. La loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002 d'orientation et de programmation pour la justice les a pérennisées et confortées.

En parallèle, la convention européenne relative à l'entraide judiciaire en matière pénale du 29 mai 2000 définit un cadre légal permettant aux enquêteurs, de réaliser des actes d'investigations sur le territoire d'un autre état membre. Cette convention favorise l'utilisation de moyens modernes de communication à distance particulièrement adaptés au cadre de l'Union européenne. Elle permet ainsi aux Etats membres de l'Union européenne de présenter une demande d'audition d'un témoin ou d'un expert par vidéoconférence. Il est également possible de procéder à l'audition par vidéoconférence d'une personne poursuivie pénalement, sous réserve de son consentement avant la tenue de l'audience. Le projet de loi français portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, propose de transposer une partie des dispositions de la convention du 29 mai 2000 pour les faire figurer sous le chapitre premier du titre X du livre IV du code de procédure pénale applicable à tout Etat étranger<sup>320</sup>.

## Propositions

---

<sup>320</sup> Ce qui témoigne d'une volonté d'unifier les régimes d'entraide en appliquant les mêmes règles à tous les Etats, y compris non-membres de l'Union européenne.

Le Conseil européen de Tampere a noté son attachement à renforcer la lutte contre les formes graves de criminalité organisée et transnationale. Un niveau élevé de sécurité dans l'espace de liberté, sécurité et de justice suppose une approche efficace et globale de la lutte contre toutes les formes de criminalité. Il faut parvenir à mettre en place de manière équilibrée à l'échelle de l'Union des mesures de lutte contre la criminalité tout en protégeant la liberté des particuliers et des opérateurs économiques et les droits que leur reconnaît la loi. La menace représentée par la criminalité organisée exige une action concertée de la part des Etats membres de l'Union européenne ainsi que de la part de l'Union européenne elle-même.<sup>321</sup>

L'état de droit commande que le respect du droit à un procès équitable soit assuré y compris dans la lutte contre la criminalité organisée et le terrorisme. Toutefois, l'emploi systématique de la violence physique nécessite des aménagements procéduraux destinés à faciliter l'administration des preuves. Il ne saurait être pour autant dérogé à la nécessité de confronter les preuves obtenues à charge et à décharge, au débat contradictoire.

La réaction des sociétés face à cette forme particulière de criminalité évolue. Les difficultés liées à l'élaboration des preuves d'activités illicites a conduit à incriminer l'existence même de ces organisations structurées. La dissimulation de ces structures derrière des façades respectables de sociétés économiques, ou même d'organisation caritative, obligeant alors les législateurs nationaux et la communauté internationale, à tenter de s'appropriier les biens issus des activités illicites de ces organisations au travers d'une législation relative à la prévention du blanchiment de capitaux. Limitée tout d'abord au blanchiment des profits du trafic de stupéfiants, elle a été étendue progressivement à l'ensemble des activités criminelles et de la répression du terrorisme au travers de convention internationale adoptée sous l'égide des Nations unies et du Conseil de l'Europe.

Se pose désormais le problème de l'identification de l'origine criminelle des fonds. La forte implantation de ces organisations criminelles au sein de l'économie officielle conduit désormais à chercher à appréhender l'ensemble des biens des personnes ou d'organisations impliquées, sans démontrer l'origine frauduleuse des biens. Est-il légitime d'appréhender des biens acquis légalement, au seul motif qu'ils appartiennent à une organisation impliquée dans des activités illicites ? Ce débat a largement été occulté depuis les « attentats de septembre

---

<sup>321</sup> Note du Comité de l'article 36, prévention et contrôle de la criminalité organisée, Conseil de l'Union européenne, n° 6611/00 du 3 mars 2000.

2001 ». Cette question se pose avec d'autant plus d'acuité que ces mesures peuvent être souvent ordonnées à titre conservatoire. Ainsi, la loi française du 15 novembre 2001 insère ainsi un article 706-24-2 du CPP qui prévoit la possibilité pour le juge des libertés et de la détention, de procéder pour les infractions terroristes, sur requête du parquet, d'ordonner des mesures conservatoires sur les biens de la personne mise en examen, dans le but de garantir le paiement des amendes et peines prévues par le code pénal.

Pour faire face à cette criminalité, la police est amenée à employer de nouvelles méthodes d'investigations. En effet, l'enquête de police « réactive » telle qu'elle est conçue traditionnellement, a montré ses limites dans la lutte contre le crime organisé. C'est pourquoi, les enquêtes visent désormais les individus et les organisations criminelles pour ensuite tenter de mettre en évidence la commission d'une infraction. Ces méthodes « proactives », nécessitent l'emploi de nombreux moyens modernes d'écoute et de surveillance. Elle nécessite également le recours parfois à la provocation et à l'infiltration. En raison du caractère « *ante delictum* » de ces ingérences, le recours à ces techniques spéciales investigations doivent faire l'objet d'un encadrement renforcé. Il doit être prévu par loi, soumis au contrôle du juge, et n'être employé qu'à titre subsidiaire dans la mesure où les techniques traditionnelles d'enquête seront vouées à un échec.

La production de preuve obtenue par la police à l'étranger doit s'accompagner d'une possibilité de débat contradictoire et de contrôle de l'administration des preuves. A défaut, les enquêteurs pourraient à leur tour utiliser les failles du système et par exemple révéler l'existence d'un élément de preuve dans un pays donné parce que la jurisprudence des tribunaux de ce pays admet de manière plus souple une preuve irrégulièrement obtenue. Cette pratique est communément appelée le « *forum shopping* ».

**MODALITES DE LA PREUVE ET TRANSFORMATIONS DANS LE RECUEIL ET  
L'ADMINISTRATION DE LA PREUVE**



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

Ces thèmes marquent *l'évolution des modes de preuve* sous l'influence des progrès scientifiques ou technologiques. C'est indéniablement le cas de la preuve biologique et de la preuve technologique, et donc en partie celle de la preuve « cybernétique », voire de la preuve par témoignage. Ils marquent encore *l'évolution de la criminalité* qui appelle des modalités de recueil ou d'administration nouvelles. C'est le cas de la cybercriminalité ou de certaines infractions qui imposent la protection des témoins ou des méthodes proactives d'enquête par exemple. Ils marquent enfin que *l'objectif d'efficacité et/ou de célérité* peut conduire à cantonner le recueil de la preuve ou son administration au motif notamment de la gravité ou de la simplicité de l'infraction.

Comme pour la première partie, et dans le même souci de lisibilité et de clarté, l'étude de chaque thème est précédée d'une synthèse rédigée par Haritini Matsopoulou.



## 1/ La preuve biologique

Hervé ANCEL

### Résumé :

L'analyse d'ADN permet d'identifier un individu, par comparaison de son empreinte génétique avec les substances prélevées sur la scène d'un crime. Le recours à un tel moyen permet souvent de faire le lien entre plusieurs affaires criminelles et d'aboutir à l'identification d'un criminel en série. L'ADN prélevé sur une même personne présente la caractéristique d'être identique, quel que soit le type de prélèvement réalisé (sang, tissus, etc ...). L'utilisation des techniques, mettant en œuvre l'ADN, a évolué depuis le début de leur emploi dans le cadre de la criminalistique. Désormais, une faible quantité de cellules suffit à procéder à une analyse. Les praticiens reconnaissent que, dans le cadre d'une enquête judiciaire, l'ADN s'impose comme un indice précieux. Mais quelle est la valeur probante qu'on doit attacher à ce mode de preuve (1°) ?

Par ailleurs, il est permis de s'interroger sur les différentes conditions auxquelles doit être soumis un prélèvement ADN. A cet égard, il est utile de rappeler que le développement souhaitable d'un recours à la preuve scientifique dans la procédure pénale doit répondre à une double exigence<sup>322</sup> : D'une part, assurer les garanties de fiabilité et connaître les limites particulières de ce mode de preuve. D'autre part, assurer le respect du principe de la légalité dans l'administration des preuves. Ainsi, il est nécessaire de définir avec précision les cas dans lesquels cette technique peut être employée (2°).

A vrai dire, pour assurer l'intégrité des prélèvements et prévenir une pollution accidentelle, de nombreuses précautions doivent être prises dans les laboratoires où l'analyse de ces prélèvements doit s'effectuer (3°). Les échantillons de matériel comportant l'ADN doivent être impérativement conservés dans des conditions appropriées (4°), pour permettre une contre expertise éventuelle (5°) ou se donner, dans l'avenir, la possibilité de soumettre les échantillons à de nouvelles techniques ou examens.

Enfin, la méthode d'analyse par comparaison de profils d'ADN ne développe son plein potentiel que par la constitution de bases de données génétiques généralisée à un grand nombre d'individus. L'existence d'un fichier centralisé des empreintes génétiques offre aux enquêteurs un outil déterminant qui permet de lutter contre la récidive, de procéder à des rapprochements entre les différentes affaires criminelles et de confondre leur auteur à partir de traces non résolues, dès lors que celles-ci auront été préalablement intégrées dans la base. Mais, selon quels critères, doit-on constituer ces bases de données génétiques (6°) ?

Il convient, dès lors, de répondre à chacune de ces questions.

### 1° La valeur probante de la preuve biologique

La grande majorité des pays étudiés ont consacré, au travers de lois spécifiques, la comparaison génétique comme mode de preuve admissible devant les juridictions civiles et pénales. Toutefois, l'Espagne, l'Italie et le Portugal n'ont pas adopté de textes spéciaux et considèrent le mode de preuve par comparaison ADN comme un procédé soumis aux règles de droit commun. Quant à la France, trois textes législatifs édictés en juillet 1994 précisent les conditions d'exécution, de traitement et d'exploitation des tests et empreintes génétiques.

Même si, dans la majorité des pays, la loi pénale n'établit pas de hiérarchie entre les différents moyens de preuve, la valeur de conviction attribuée par les scientifiques et les médias à l'expertise ADN

---

<sup>322</sup>.. Commission Justice pénale et droits de l'Homme, *La mise en état des affaires pénales*, juin 1990, Doc. française, Paris, 1991, p. 201.

conduit certains praticiens à placer ce mode de preuve au sommet d'une hiérarchie imaginaire. Dans le cadre du procès pénal, l'objectif de la recherche de la vérité est privilégié. La preuve issue de la comparaison génétique doit permettre d'assurer le prononcé d'une condamnation, mais doit également être employée pour rectifier les éventuelles erreurs judiciaires. Les nouvelles techniques appliquées permettent d'obtenir le résultat d'une comparaison en quelques heures.

La preuve par comparaison ADN apporte aux acteurs du procès des éléments d'une force de conviction bien supérieure à n'importe quel autre moyen de preuve. C'est pourquoi, aux Etats-Unis, le recours systématique à l'expertise ADN est encouragé dans de nombreux Etats pour les post-condamnations. On comprend aisément l'intérêt que peut revêtir cette technique, lorsque la sanction prononcée est la peine capitale ou la peine de réclusion criminelle à perpétuité. Un rapport de l'Institut fédéral de justice de 1997 établit que 26 personnes ont été libérées de prison à la suite de la preuve de leur non-culpabilité établie grâce à une expertise ADN postérieure à leur condamnation. Il est à noter que, dans les Etats de New-York, de l'Illinois et de l'Ohio, les condamnés à mort ont la possibilité d'exiger des autorités judiciaires un test génétique destiné à prouver leur innocence. Depuis 1987, soixante-seize personnes condamnées à mort ont été innocentées grâce à leur empreinte génétique.

Cependant, la preuve génétique ne doit pas se substituer à l'enquête. En effet, l'enquête de police traditionnelle, fondée sur des auditions, témoignages, reconstitutions, confrontations permettra de cibler de manière efficace les personnes qui feront l'objet d'un test comparatif. Le recours à un tel moyen de preuve doit donc intervenir en complément d'autres investigations. Aussi bien, dans certains pays (Pays-Bas), une telle technique n'est admise que lorsqu'elle est le seul moyen pour établir la vérité. En pratique, aucun prélèvement ne doit être effectué en cas d'aveux.

Au surplus, il ne faut pas négliger le fait que l'expertise ADN n'est pas toujours infaillible (ADN dégradé, pollution accidentelle ou volontaire des lieux ...). C'est pour cette raison que l'équipement destiné au prélèvement doit être méticuleusement choisi pour éviter tout risque de pollution ; en outre, un certain nombre de précautions devront être prises lors de l'analyse dudit prélèvement en laboratoire. A défaut de respecter les conditions de prélèvement et de conservation, il est permis de douter de la fiabilité de la technique de comparaison d'ADN. Dès lors, on peut comprendre la position de la Cour de cassation française dans l'affaire *Omar X*<sup>323</sup>. En l'espèce, plusieurs analyses d'ADN ont mis en évidence la présence de traces de sang appartenant à un tiers non identifié. Malgré l'impossibilité de caractériser plus précisément le profil en cause, la Commission de révision a estimé que la présence d'un ADN masculin différent de celui de Omar X constituait «un élément nouveau de nature à faire naître un doute sur la culpabilité du condamné». Cependant, la Haute juridiction française a rejeté la demande de révision, au motif que toutes recherches complémentaires seraient privées de pertinence, dès lors qu'il était impossible de dater l'origine des échantillons, et à défaut de prise de précautions destinées à conserver les lieux avant et après la commission des faits<sup>324</sup>.

## 2° Les conditions du prélèvement ADN

Plusieurs textes internationaux ont participé à l'élaboration de principes généraux relatifs à l'utilisation de la méthode de comparaison génétique dans le domaine pénal.

Le Comité des ministres du Conseil de l'Europe, à l'instar des autres instances européennes, a mis en garde contre l'utilisation abusive des tests et empreintes génétiques, ainsi que contre celle des données recueillies. Le Comité des ministres rappelle la nécessité de prendre en compte les principes de dignité intrinsèque de l'individu, le respect du corps humain, les droits de la défense, et le principe de proportionnalité dans l'administration de la justice pénale. Il recommande, en outre, le recueil du consentement de l'intéressé préalablement à tout prélèvement. Quant à la recommandation R 92, elle prévoit aussi que les prélèvements effectués, malgré l'opposition de l'intéressé, doivent être réglementés par la loi et limités à une stricte nécessité. Mais les principes y énoncés sont-ils pris en considération par les différents pays ?

Il est vrai que le principe de l'inviolabilité du corps humain, reconnu par de nombreux textes internationaux et protégé par la plupart des textes constitutionnels, recommande le recueil du

<sup>323</sup> Cour cass., Commission de révision, 25 juin 2001, *Bull. crim.* n° 157.

<sup>324</sup> Crim. 20 nov. 2002, *JCP* 2002, G, act. n° 47.

consentement de la personne qui doit faire l'objet d'un prélèvement de tissus biologiques. Toutefois, ce principe doit être concilié avec la nécessité de réaliser des investigations criminelles. Quelle est l'attitude à adopter, lorsqu'un individu refuse de se soumettre à un prélèvement ADN ?

En théorie, trois systèmes sont concevables. Une première option est de sanctionner le refus d'une peine d'emprisonnement et/ou d'une amende (c'est la solution qui a été retenue en France pour sanctionner le refus de se soumettre à un prélèvement biologique aux fins d'expertise ADN). Une deuxième solution consiste à laisser le juge libre de tirer les conséquences d'un éventuel refus, au regard de la preuve de l'infraction. Enfin, une troisième solution consiste dans la possibilité de recourir à la force pour obtenir un prélèvement, la contrainte devant être, dans ce dernier cas, proportionnelle à l'objectif poursuivi. Les solutions adoptées par les différents pays ne sont pas identiques, mais aboutissent souvent à un résultat identique.

Il est permis de constater que les différentes législations, qui réglementent expressément le recours à la preuve biologique, posent comme principe que tout prélèvement doit être opéré avec le **consentement de l'intéressé**. Ainsi, en Belgique, le consentement de l'« inculpé » à un prélèvement corporel, pouvant servir de preuve contre lui, doit être donné de manière certaine, libre et éclairée ; ce qui évite tout recours à la ruse ou à tout autre procédé déloyal pour extorquer le consentement de l'intéressé. Cependant, les législateurs des différents pays prévoient des dérogations à ce principe général. C'est qu'en effet, des prélèvements forcés peuvent être effectués souvent sur autorisation de l'autorité judiciaire (par exemple, en Allemagne ou aux Pays-Bas, v. aussi art. 706-47-1 C. proc. pén. français, qui prévoit l'autorisation du juge d'instruction ou du procureur de la République). Dans d'autres pays, seule l'autorisation de l'autorité policière suffit, dans certains cas, à légaliser une opération de prélèvement. Tel est le cas du Royaume-Uni où ledit prélèvement peut être réalisé, malgré l'opposition de la personne mise en cause, avec l'autorisation d'un policier de grade *superintendent* au minimum, dès lors que l'officier de police aura un motif raisonnable de suspecter l'implication de l'individu dans une « *recordable offence* » et que le prélèvement sera en mesure de confondre ou d'innocenter le suspect. Tel est aussi le cas de la France, le nouvel article 55-1 C. proc. pén. (inséré par la loi du 18 mars 2003) conférant aux officiers de police judiciaire le droit de procéder ou de faire procéder, sur toute personne susceptible de fournir des renseignements ou sur toute personne à l'encontre de laquelle il existe une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis ou tenté de commettre l'infraction, aux opérations de prélèvements externes nécessaires à la réalisation d'examen techniques et scientifiques de comparaison avec les traces et indices prélevés pour les nécessités de l'enquête.

Dans les pays où ce moyen de preuve n'est pas expressément réglementé, il est admis que l'autorité judiciaire est seule habilitée à l'autoriser éventuellement, dès lors que les textes constitutionnels ne s'y opposent pas. A cet égard, on peut citer l'exemple de l'Espagne où la décision judiciaire, autorisant une telle mesure, doit être motivée. Cette exigence est, sans aucun doute, nécessaire pour évaluer la proportionnalité de la mesure prescrite.

Il est, en outre, permis de relever que de nombreux pays ont établi des sanctions lourdes contre les personnes refusant de subir un prélèvement et ont même autorisé, sous certaines conditions, à contraindre ces personnes à se soumettre à une expertise, en ayant recours à la force publique. Tel est notamment le cas au Canada, aux Pays-Bas, au Royaume-Uni et en Belgique. Le juge d'instruction peut ainsi faire procéder de force à un prélèvement aux fins d'expertise ADN, lorsque l'infraction est punie de cinq ans au moins d'emprisonnement. Quant au droit français, il sanctionne le fait de refuser de se soumettre aux opérations de prélèvement d'une peine d'emprisonnement d'un an et de 15 000 euros d'amende (v. art. 55-1, 76-2, 154-1, 706-47-1 C. proc. pén. ; v. aussi : art. 706-56).

S'agissant des **infractions susceptibles de justifier le recours à des prélèvements ADN**, il est possible de classer les pays soumis à l'étude en deux catégories. Les pays anglo-saxons admettent, en principe, l'échantillonnage pour un grand nombre d'infractions. On pourra faire observer qu'aux Etats-Unis, le « *Patriot Act* », en octobre 2001, élaboré pour donner une réponse aux attentats du 11 septembre 2001, a étendu, de manière significative, la liste des infractions qui pouvaient, au niveau fédéral, donner lieu à la réalisation d'un profil ADN et son intégration dans la base fédérale. Désormais, tous les actes de terrorisme et toutes les infractions impliquant l'usage de la violence peuvent faire l'objet d'un échantillonnage. Quant aux autres pays, ils entendent, en principe, limiter la comparaison génétique aux infractions les plus graves (Allemagne, Belgique, Pays-Bas) et notamment aux infractions sexuelles. La limitation aux seules infractions à caractère sexuel est fondée sur

l'hypothèse d'un fort taux de récidive pour les délinquants sexuels. Tel était le cas initialement en France, puisque les lois récentes du 15 novembre 2001 et du 18 mars 2003 ont considérablement élargi la liste des infractions pouvant faire l'objet d'un signalement dans la base de données (atteintes volontaires à la vie de la personne, actes de torture et de barbarie, violences volontaires, trafic des stupéfiants, proxénétisme, exploitation de la mendicité et de mise en péril des mineurs, vols, escroqueries, actes de terrorisme, atteintes aux intérêts fondamentaux de la nation, recel et blanchiment ...), la loi du 18 mars 2003 ayant, par ailleurs, autorisé largement les opérations de prélèvements externes pouvant être effectuées dans le cadre d'une enquête (art. 55-1, 76-2, 154-1 C. proc. pén.).

Quant aux **personnes susceptibles d'être soumises à des prélèvements ADN**, certaines législations n'autorisent ces opérations que sur les seuls individus sur qui pèsent de fortes présomptions d'avoir commis les faits délictueux (Belgique). A cet égard, on pourra citer l'exemple du Royaume-Uni où le *Police and criminal evidence act (PACE)* de 1984 limitait le prélèvement d'échantillons aux personnes suspectées d'être les auteurs d'infractions les plus graves («*serious arrestable offences*»). D'autres pays autorisent de telles mesures à l'égard des simples témoins, lorsque cela s'impose par les nécessités de l'enquête (Allemagne, Canada). Enfin, certaines législations prévoient expressément la possibilité de procéder à des prélèvements sur des personnes condamnées, réalisés dès le prononcé de la sentence, même si un appel a été formé, ou dès la délivrance de l'autorisation par le juge (Canada ; v. aussi pour la France, art. 706-54 C. proc. pén.). Pour sa part, le législateur français permet des prélèvements sur des personnes contre lesquelles il existe «des indices graves ou concordants» d'avoir commis certaines infractions (viol ou agressions et atteintes sexuelles), ou «des indices graves ou concordants rendant vraisemblable» la commission de l'une des infractions mentionnées à l'article 706-55 C. proc. pén., ou lorsqu'«il existe une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'elles ont commis un crime ou un délit (art. 706-54 C. proc. pén.). Il en résulte donc que les suspects peuvent être soumis à de telles mesures. Par ailleurs, s'agissant des prélèvements externes, peut y être soumise toute personne susceptible de fournir des renseignements ou toute personne à l'encontre de laquelle il existe une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis ou tenté de commettre l'infraction (art. 55-1, 76-2, 154-1 C. proc. pén.). Les simples témoins sont donc concernés par les textes en vigueur.

### 3° L'analyse en laboratoire

De nombreuses précautions doivent être prises dans les laboratoires pour assurer l'intégrité des prélèvements et prévenir une pollution accidentelle.

Le Conseil de l'Europe recommande de ne recourir qu'à des laboratoires possédant des installations et l'expérience requise. Il préconise l'établissement de listes de laboratoires ou d'instituts agréés, répondant à des critères d'intégrité scientifique, de sécurité des installations et des matériels, et de confidentialité.

Dans les différents pays, il est possible de classer les laboratoires habilités à pratiquer les analyses ADN en trois catégories. En particulier, il s'agit des laboratoires de police scientifique ou assimilés, des laboratoires publics rattachés à un centre hospitalier ou à un établissement de transfusion sanguine et des laboratoires privés.

Il est permis de faire observer que les différents pays veillent à ce que les laboratoires chargés des analyses soient indépendants de la structure policière chargée de l'enquête. Tel est le cas de l'Allemagne, tandis qu'une réflexion est actuellement menée au Royaume-Uni, ayant pour objectif de confier la gestion du prélèvement et de la base de données des profils génétiques à un organisme indépendant. En France, il est habituellement fait recours aux cinq laboratoires de police scientifique et au laboratoire de l'Institut de Recherche criminelle de la gendarmerie nationale. La loi du 15 novembre 2001 a créé l'Institut national de police scientifique qui regroupe les cinq laboratoires de police scientifique et le laboratoire de toxicologie de Paris. Le dispositif public de laboratoires agréés est complété par deux laboratoires privés situés à Bordeaux et à Strasbourg. Il est, enfin, à noter qu'aux Etats-Unis, il est de plus en plus fait appel à des laboratoires privés, notamment aux fins de résolution des affaires de viol non élucidées.

#### 4° La conservation des échantillons de matériel biologique

Comme il a été précédemment indiqué, les échantillons de matériel comportant l'ADN doivent être impérativement conservés dans des conditions appropriées, pour permettre une contre expertise éventuelle ou se donner, dans l'avenir, la possibilité de soumettre les échantillons à de nouvelles techniques ou examens.

La recommandation du Conseil de l'Europe prévoit qu'en principe, les échantillons devront être détruits, dès qu'une décision définitive sera intervenue. Néanmoins, la durée de la conservation peut être prolongée dans l'hypothèse où le prélèvement n'a pu être attribué à une personne identifiée – échantillon anonyme -, ou bien en cas d'atteinte à la sécurité de l'Etat. En tout cas, une loi pourra éventuellement étendre la durée de conservation des échantillons, le délai de prescription de l'action publique pouvant servir de base à une durée minimum de conservation.

Les solutions adoptées par les législations nationales diffèrent. Certains pays procèdent à la destruction des échantillons biologiques, dès lors qu'une décision définitive est intervenue. Dans d'autres pays (Pays-Bas), la loi ne prévoit la conservation des échantillons que pour les personnes condamnées et non pour les prélèvements réalisés sur les scènes de crime, dont l'auteur n'est pas identifié. On pourra, par ailleurs, faire observer que certains pays (Canada et Portugal) prévoient la conservation des échantillons pour une durée indéterminée, en vue de réaliser d'autres analyses à partir de nouvelles techniques (ou lorsqu'il s'agit des échantillons ou traces non identifiés).

Au Royaume-Uni, le «*Criminal Justice and Police Act*» de 2001 autorise la conservation des échantillons prélevés sur des individus avec leur propre consentement. Dès lors que celui-ci est donné, il est irrévocable. Toutefois, cette législation n'est pas applicable en Ecosse où le «*Criminal Procedure Act*» de 1995 reste en application.

Enfin, en France, les échantillons biologiques sont considérés comme des pièces à conviction et placés sous scellés. La loi du 17 juin 1998 a créé un cadre juridique pour l'utilisation et la conservation des informations recueillies par l'analyse d'ADN. Le décret du 18 mai 2000 précise le fonctionnement du F.N.A.E.G. et du Service central de préservation des prélèvements biologiques, dont la vocation est de conserver, sous l'autorité du ministère de la Justice, les échantillons de matériel biologique placés sous scellés au cours de la procédure.

#### 5° La contre-expertise

Le droit à obtenir une contre-expertise doit être apprécié de manière différente, selon le système juridique en application – contradictoire ou accusatoire. Un examen des différentes législations démontre que le droit à demander une contre-expertise est expressément prévu par les droits belge et portugais. En particulier, en Belgique, le suspect peut demander une contre-expertise dans les quinze jours qui suivent les résultats de la première analyse. Elle est effectuée à partir d'un nouveau prélèvement, si possible, et d'une partie non encore exploitée des indices recueillis. A défaut de contre-expertise ou après communication des résultats, les échantillons devront être détruits.

Quant au droit français, la contre-expertise peut être ordonnée par le magistrat instructeur ou être sollicitée par les parties.

#### 6° La constitution de la base de données

A partir d'une substance (tissu humain ou fluide corporel) est extrait en laboratoire un «profil» ou «empreinte génétique». Il est traduit ensuite en une série de codes alphanumériques, pouvant être introduits dans une base de données informatique et ainsi facilement comparés.

Concernant la constitution de cette base de données, trois systèmes sont en théorie concevables. Le premier envisage une base de données comportant le nombre le plus grand possible de profils génétiques au sein d'une population – y compris non criminogène. A vrai dire, ce système n'est pas préconisé par les sociétés démocratiques. Un deuxième système envisage l'intégration des seules personnes ayant un lien établi avec l'infraction, qui fait l'objet d'investigations. Ce système est celui appliqué dans la plupart des pays européens et en Amérique du nord. Enfin, un troisième système est celui qui fait place à de fortes limitations lors de la constitution ou de la mise en œuvre d'une base de données génétiques.

La seule limitation commune à toutes les bases de données est qu'elles ne contribuent à arrêter que des criminels ayant déjà eu affaire à la police. La plupart des pays considèrent qu'une base de données génétiques, incorporant l'ensemble de la population, doit être considérée comme disproportionnée au regard des objectifs poursuivis. Aussi bien, les théoriciens allemands font-ils référence au principe de la «proportionnalité à la renonciation», qui nécessite la mise en évidence d'un degré certain de relation entre le crime qui fait l'objet d'investigations et la personne soumise au test d'ADN. La base de données ne doit comporter essentiellement que des profils de personnes devant être considérées comme ayant un lien avec l'infraction considérée.

La question qui se pose, en outre, est celle de savoir quel est le type d'infractions devant donner lieu à une alimentation de la base de données génétiques. La plupart des pays prend en considération le critère de la gravité de l'infraction (par exemple, Belgique, Etats-Unis, Canada<sup>325</sup>). Les infractions retenues sont notamment les crimes à caractère sexuel, les meurtres, les crimes commis sur les mineurs, .. etc. D'autres pays sont, en revanche, moins exigeants en estimant que toute infraction punie d'une peine d'emprisonnement peut faire l'objet d'un signalement dans la base de données (Royaume-Uni, la législation allemande exige que l'infraction soit punie d'une peine d'emprisonnement d'un an). En France, la liste des infractions pouvant donner lieu à une alimentation de la base de données a été considérablement élargie par les lois récentes du 15 novembre 2001 et du 18 mars 2003. On peut y trouver les atteintes volontaires à la vie de la personne, les actes de torture et de barbarie, les violences volontaires, les infractions de trafic des stupéfiants, de proxénétisme, de l'exploitation de la mendicité et de la mise en péril des mineurs, les vols, escroqueries, actes de terrorisme, les atteintes aux intérêts fondamentaux de la nation, le recel et le blanchiment, ... etc (art. 706-54 à 706-56 C. proc. pén.)

Enfin, la durée de conservation des profils génétiques dans la base de données varie considérablement selon les pays. De nombreux pays calquent cette durée sur celle de la prescription de l'action publique pour les échantillons non identifiés ou de la peine pour les prélèvements effectués sur des individus. Aucune limite temporelle de conservation des profils n'est cependant fixée au Royaume-Uni. La plupart des pays retiennent une durée de conservation exceptionnellement longue. Ainsi, en France, les profils intégrés dans la base de données seront conservés quarante ans à compter de l'analyse ou de la condamnation définitive.

H.M.

---

<sup>325</sup>. Le Code criminel distingue entre les infractions dites «primaires», pour lesquelles une inscription automatique au fichier génétique est réalisée (crimes sexuels, meurtres, enlèvement, etc) et les infractions dites «secondaires», qui ne font l'objet d'un prélèvement que si le procureur l'estime de l'intérêt de la sécurité publique.

Les preuves utilisées pour établir la culpabilité d'un individu auteur d'infraction ont évolué au cours des siècles. Traditionnellement, l'enquête de police était axée sur la recherche des aveux et le recueil de témoignages<sup>326</sup>. L'aveu a ainsi été longtemps considéré comme la « reine des preuves », laisse cependant une large place à l'incertitude et aux rétractations. Les découvertes scientifiques appliquées à la criminalistique ont renforcé au sein de l'enquête criminelle, la place des constatations et des expertises réalisées par la police technique et scientifique.

Nous ne traiterons pas dans cette étude de l'utilisation de produits chimiques destinés à faciliter le recueil des aveux ou faciliter le rappel des souvenirs. Dans la plupart des pays européens, ces méthodes sont prohibées car la narco-analyse est considérée comme une violation importante du droit des personnes dans la mesure où elle vise à priver l'individu de sa libre détermination. Le droit nord américain a recours à ces techniques de manière habituelle.

Le décryptage du génome humain a suscité dans de nombreux pays un large débat. Si les techniques employées par la police scientifique sont largement reconnues et admises, l'emploi de la méthode d'identification par comparaison A.D.N.<sup>327</sup>, est aujourd'hui parfois contesté<sup>328</sup>. Néanmoins, ce n'est pas tant sa fiabilité qui est remise en cause, mais l'utilisation qui pourrait en être faite.

Certains auteurs<sup>329</sup>, considèrent que le fichier des empreintes génétiques<sup>330</sup> n'est pas différent du fichier des empreintes digitales<sup>331</sup>. Cependant, contrairement aux empreintes digitales,

---

<sup>326</sup> F. FALETTI: "L'apport de la police scientifique dans l'enquête et le procès pénal", R.I.C.P.T., 2001-2, p. 145 et s.

<sup>327</sup> scientifiquement appelé Acide Désoxyribo Nucléique

<sup>328</sup> C. HENNAU-HUBLET: "Les tests d'identification génétique en matière pénale", R.I.P.C. 1997, n° 462, p. 38 et s.

<sup>329</sup> O. PASCAL: "Fichiers d'empreintes génétiques et société", Le monde, 14 septembre 1999

<sup>330</sup> L'utilisation du terme "empreinte génétique" laisse entendre de façon erronée que la méthode d'identification génétique est exacte. L'expression "profil génétique" ou "profil ADN" est, selon les experts de médecine légale, plus neutre et scientifiquement plus correct. M. LYNCH, R. McNALLY et P. DALY: "Le tribunal, fragile espace de la preuve", La recherche, H.S. 2002 n° 8, p. 108 et s.

<sup>331</sup> N. SARKOZY, Ministre de l'Intérieur, de la Sécurité intérieure et des Libertés locales, n'hésite pas à comparer les deux fichiers : « Le fichier national des empreintes génétiques est au XXIème siècle, ce que le fichier des empreintes digitales était au XXème siècle. À quoi peut-il servir s'il ne comporte qu'à peine plus d'un millier de noms... », Discussion du projet de loi sur la sécurité intérieure, Sénat, séance du 13 novembre 2002, disponible : <http://www.senat.fr>

l'information relative au génome est partagée avec ses parents. A l'instar du directeur du « Connecticut Civil liberties Union », Joseph Grabarz, nous pensons que lorsque vous donnez des informations relatives à votre capital génétique, vous ne donnez pas seulement des informations relatives à votre personne, mais également relatives à votre famille, passée, présent ou future<sup>332</sup>. Il existe un intérêt social dans la nécessité de réduire la délinquance et ses effets qui commande de se servir des meilleurs moyens de preuve offerts par la science. Toutefois, les modalités de l'utilisation de la technique d'identification par comparaison de profil A.D.N. peuvent tant en matière pénale qu'en matière civile, donner lieu à des pratiques discutables<sup>333</sup>. C'est pourquoi, l'utilisation des profils A.D.N. doit être d'avantage encadrée

La multiplication du recours aux techniques d'identification génétique pourrait entraîner une banalisation et en conséquence, une perte de conscience de l'importance des répercussions pour la société. Ainsi dans le domaine civil, l'établissement ou non d'une filiation peut avoir des conséquences juridiques, sociales destructrices pour un noyau familial<sup>334</sup>. L'article 16-2 du code civil français commande ainsi de recueillir le consentement d'une personne pour procéder à une comparaison destinée à l'établissement d'une filiation. Quand est-il du recueil du consentement lorsque la personne est décédée ? La Cour de cassation considère par ailleurs que l'expertise biologique est de droit, tant en matière d'établissement de filiation que d'octroi de subsides<sup>335</sup>.

L'analyse d'A.D.N. permet d'identifier un individu, par comparaison de son profil génétique avec les substances prélevées sur la scène de crime - traces, ou emportées par celui-ci à son insu. Cette technique peut également être employée pour faire le lien entre plusieurs affaires criminelles et ainsi participer à l'identification d'un criminel en série. L'A.D.N. prélevé sur une même personne présente la caractéristique d'être identique, quelque soit le type de prélèvement réalisé (sang, tissus, etc ...). L'utilisation des techniques mettant en œuvre l'A.D.N. a évolué depuis le début de leur emploi dans le cadre de la criminalistique.

<sup>332</sup> L. HALLORAN: "DNA testing fuels debate over privacy some say justice wins, others fears losing rights", Hartford Courant, A1, 24 octobre 1999

<sup>333</sup> J. MICHAUD: "Les empreintes génétiques entre science, éthique et droit", in *10 ans d'empreintes génétiques*, Doc. française, 2001, p. 99 et s.

<sup>334</sup> Dans son rapport intitulé "Aux frontières de la vie : une éthique biomédicale à la française" (la documentation française - 1991) remis au premier ministre, le pourcentage d'enfants présumés légitimes, mais en réalité issus d'une relation adultérine serait de 10 à 20 %. Le chiffre de 15 % semble effectivement confirmé par d'autres auteurs - S. CECCALDI: "Empreintes génétiques et normes", in *Les empreintes génétiques en pratique judiciaire*, Doc. française, 1998, p. 61 et s.

<sup>335</sup> «dans la mesure où la simple possibilité de la filiation est suffisante », T. GARE: "L'expertise biologique est de droit en matière de subsides", J.C.P 2001., n° 27, du 4 juillet 2001, Jurisprudence, II, 10559

Désormais, de faible quantité de cellules suffisent à procéder à une analyse. Dans le cadre d'une enquête judiciaire, l'A.D.N. s'impose désormais comme un indice précieux.

Néanmoins, comme le soulignait en 1990 la Commission Delmas-Marty<sup>336</sup>, « le développement souhaitable d'un recours à la preuve scientifique dans la procédure pénale doit répondre à une double exigence » : Tout d'abord assurer les garanties de fiabilité et connaître les limites particulière à ce mode de preuve. Assurer ensuite le respect du principe de la légalité de l'administration des preuves. Ainsi, il est tout d'abord nécessaire de définir avec précision les cas dans lesquels cette technique peut-être employée : la liste des infractions pour lesquelles il est possible de faire appel à des tests génétiques, les catégories de personnes pouvant faire l'objet d'un test – témoin, simple suspect, personne condamnée. Les modalités de réalisation des tests doivent également être précisées, en particulier, en cas de refus de prélèvement.

Plusieurs textes internationaux ont participé à l'élaboration de principes généraux relatifs à l'utilisation de la méthode de comparaison génétique dans le domaine pénal.

Le comité des Ministres du Conseil de l'Europe<sup>337</sup>, à l'instar des autres instances européennes, ont mis en garde contre l'utilisation abusive de tests et empreintes génétiques, ainsi que des données recueillies. Il rappelle la nécessité de prendre en compte les principes de dignité intrasèque de l'individu, le respect du corps humain, les droits de la défense, et le principe de proportionnalité dans l'administration de la justice pénale. Il recommande en outre, de recueillir le consentement de l'intéressé, antérieurement au prélèvement. Il faut toutefois regretter que ce texte, ne soit pas doté de force exécutoire. La recommandation R 92 devrait être révisée prochainement et spécifier expressément que l'analyse ne peut porter que sur la partie non-codante du génome. En principe, les services de police scientifique et les laboratoires ne réalisent des comparaisons que de la partie de l'A.D.N., pour laquelle et dans l'état actuel de nos connaissances, il est impossible d'obtenir des renseignements sur les prédispositions héréditaires d'une personne.

---

<sup>336</sup> M. DELMAS-MARTY: "*Commission justice pénale et droits de l'homme, rapports sur la mise en état des affaires pénales (juin 1990)*", Doc. française, Paris, 1991, p. 201

<sup>337</sup> Recommandation (1992), "Recommandation du comité des ministres aux états membres sur l'utilisation des analyses de l'acide désoxyribonucléique (ADN) dans le cadre du système de justice pénale" du 10 février 1992, Conseil de l'Europe, Comité des ministres, Recommandation n° R(92) 1, disponible: <http://cm.coe.int>

La Convention du Conseil de l'Europe sur les droits de l'Homme et la biomédecine<sup>338</sup> prévoit que l'autorité judiciaire pourra ordonner la réalisation d'un test, dès lors qu'il a pour but l'identification de l'auteur d'un crime - exception fondée sur la prévention des infractions pénales - ou la recherche du lien de filiation - exception fondée sur la protection des droits d'autrui.

Néanmoins, même si la Cour européenne des droits de l'homme<sup>339</sup> reconnaît que le droit de se taire et de ne pas contribuer à sa propre incrimination est un droit lié au principe de présomption d'innocence reconnu par l'article 6§2 C.E.S.D.H., une juridiction peut tirer les conséquences d'un silence prolongé relativement à son intime conviction. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme n'empêche pas toutefois les états signataires d'adopter une position plus protectrice des personnes.

L'information génétique présente deux aspects. L'aspect physique, lié à l'acte de prélèvement, renvoie tout d'abord aux questions relatives au statut du corps humain et le respect des principes d'indisponibilité et d'invulnérabilité de part le matériel biologique utilisé pour réaliser l'expertise. Informationnel ensuite, par son interprétation lui permettant d'être codifiée et intégrée dans une base de donnée. La dimension informationnelle<sup>340</sup>, en particulier lorsque les données sont intégrées dans une base de donnée, renvoie aux principes relatifs au respect de la vie privée.

Dans la majorité des pays, la loi pénale n'établit pas de hiérarchie entre les moyens de preuve. Le principe de « l'intime conviction » dans le système de droit romain ou du « reasonable doubt » anglo-saxon, attribue en théorie à chaque mode de preuve, la même « force de conviction »<sup>341</sup>. Néanmoins, la valeur de conviction, basée sur la théorie des probabilités, attribuée par les scientifiques et les médias à l'expertise A.D.N., conduit certains praticiens à placer ce mode de preuve au sommet d'une hiérarchie imaginaire.

<sup>338</sup> article 10 - Convention (1997), STE n° 164, " pour la protection des Droits de l'Homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine: Convention sur les Droits de l'Homme et la biomédecine" du 4 avril 1997

<sup>339</sup> C.E.D.H. Saunders c/Royaume-Uni 17 décembre 1996

<sup>340</sup> Sonia LE BRIS: "Donnes-moi ton ADN, je te dirai qui tu es ... ou seras - Questionnements autour de l'utilisation de l'information génétique en Europe", Isuma, vol 2, autonome, disponible: <http://www.isuma.net/>

<sup>341</sup> Il convient de privilégier cette formulation au lieu de parler de "force probante", qui fait référence à la notion de preuve

La preuve issue de la comparaison génétique doit permettre d'assurer le prononcé d'une condamnation, mais doit également être employées pour innocenter un individu et même rectifier d'éventuelles erreurs judiciaires passées. Dans le cadre du procès pénal, l'objectif de la recherche de la vérité est dès lors privilégié.

L'engouement constaté en faveur de la preuve génétique n'est pas sans conséquence sur l'enquête de police. La question ici n'étant pas de remettre en cause le degré de probabilité et de fiabilité apporté par l'expertise génétique mais de s'interroger sur l'interprétation des résultats qui en est faite.<sup>342</sup> Il est alors possible de se demander si cette expertise ne pourrait à elle seule remplacer l'enquête classique. Toutefois, deux questions se posent aux enquêteurs dès lors qu'un échantillon biologique est découvert : Quelle est la source de la trace ? Dans quelles circonstances a-t-elle été déposée ? Cette « preuve parfaite » risque pour le moins, de modifier le comportement des enquêteurs ou des magistrats, en affaiblissant leur esprit critique, par un mécanisme similaire à celui rencontré lors d'un interrogatoire, lorsque le suspect avoue : L'enquêteur, s'il n'est pas vigilant, pourra être ainsi amené à négliger la recherche d'autres éléments de preuves. L'expertise biologique et A.D.N. doit intervenir en complément d'autres investigations comme des enquêtes de voisinage, des reconstitutions d'emploi du temps, des enquêtes de personnalités etc. Il ne faut en effet pas oublier que cette expertise n'est pas infaillible : A.D.N. dégradé, pollution accidentelle ou volontaire des lieux etc. ... Par ailleurs, l'expertise ADN n'est pas en mesure d'établir l'élément moral de l'infraction.

Mais la généralisation des bases de données intégrant les profils génétiques des auteurs d'infractions pourrait modifier les schémas d'investigations enseignés dans les écoles de police. L'efficacité de l'identification d'un individu grâce à l'analyse d'une trace biologique est en effet proportionnelle à l'étendue du fichier. Par exemple, le fichier britannique permet déjà une identification de l'individu à la source de la trace dans un cas sur deux. En effet, les analyses biologiques « classiques » n'interviennent en principe que lorsque des traces biologiques ont été prélevées et que l'enquête a permis d'établir l'identité d'un suspect. L'une des conséquences de l'existence d'un fichier est de concentrer les analyses biologiques dès les

---

<sup>342</sup> J.H. MATELLY: "Influence de la preuve génétique dans l'enquête judiciaire", in *10 ans d'empreintes génétiques*, Doc. française, 2001, p. 121 et s.

débuts de l'enquête. Avec l'existence d'un fichier de profil ADN, c'est l'analyse qui va désigner le suspect<sup>343</sup>.

La haute technicité des biotechnologies accroît les pouvoirs confiés aux experts. Néanmoins, la fiabilité de la technique de comparaison d'A.D.N. repose en fait sur des conditions de prélèvement et de conservation, obéissant à des règles rigoureuses<sup>344</sup>. En effet, pour obtenir des résultats indiscutables sur le plan scientifique, les techniques mettant en oeuvre la comparaison de profils A.D.N. doit répondre à des règles et de procédures précises de prélèvement et d'analyse. Il sera nécessaire cependant de replacer ces analyses dans leur contexte d'enquête judiciaire, en particulier pour étudier les modalités des prélèvements réalisés.

L'augmentation exponentielle du nombre d'expertise par comparaison génétique n'est pas sans conséquence sur l'économie du procès. Le coût d'une expertise A.D.N. varie essentiellement en fonction des conditions du prélèvement. La recherche et l'identification d'une trace de sperme sur un drap, nécessitent par exemple, un long travail de préparation, et parfois une multiplication des prélèvements et analyses. A l'inverse, l'identification d'un profil ADN à partir d'une goutte de sang ou de cellules buccales, pourra être réalisée en batterie, abaissant considérablement le coût de l'analyse proprement dite. De surcroît, une seule analyse peut conduire à la résolution plusieurs d'affaires et ainsi, dispenser les enquêteurs d'un certain nombre d'investigations classiques. Le coût de l'expertise peut également avoir une incidence non négligeable sur l'indépendance des laboratoires. L'un des défis futurs sera l'automatisation de processus complexes qui nécessite un nombre important de manipulations.

La bonne résistance des cellules aux assauts du temps permet de procéder à des expertises sur des échantillons anciens. Cette technique conduit ainsi les enquêteurs à ré-ouvrir de manière systématique, les affaires criminelles non élucidées, dès lors qu'échantillons biologique aura été prélevé. Cette capacité à « remonter le temps », a choppe cependant très fréquemment devant le problème de la prescription des poursuites et de la fiabilité des souvenirs des

---

<sup>343</sup>. R. COQUOZ: "*Preuve par l'ADN. La génétique au service de la justice*", Presses polytechniques et universitaires romandes, 2003, 327 pages, p. 305

<sup>344</sup>. M. DELMAS-MARTY: "*Commission justice pénale et droits de l'homme, rapports sur la mise en état des affaires pénales (juin 1990)*", Doc. française, Paris, 1991

témoins éventuels. Il faut également souligner que la technique de comparaison génétique ne permet pas de dater dans le temps, l'âge des cellules analysées<sup>345</sup>.

Cette faculté de conservation des échantillons biologiques, dès lors que le stockage est opéré dans des conditions adéquates, permet de garantir une contre-expertise éventuelle. Elle implique la résolution de nombreuses difficultés pratiques, liées au stockage d'échantillons disparates, sur une longue période de temps. Cette conservation permettra en outre, s'assurer la mise en œuvre dans le futur, des nouvelles technologies d'identification qui ne manqueront pas de faire leur apparition.

La méthode d'analyse par comparaison de profils d'A.D.N. ne développe son plein potentiel que par la constitution de base de donnée génétique généralisée à un grand nombre d'individus. En France, la mise en œuvre du F.N.A.E.G.<sup>346</sup> a donné lieu à de nombreuses discussions. Il est nécessaire de s'interroger sur l'origine des résistances rencontrées, alors que le fichier d'empreintes papillaires répertorie des millions d'individus ? Est-ce pour des raisons sociologiques car l'A.D.N. touche au plus profond de l'individu ou est-ce en raison du formidable potentiel d'une telle base de donnée ? Déjà certains auteurs<sup>347</sup> envisageaient d'annexer aux fiches anthropométriques des délinquants des enregistrements des voix des personnes aux fins de comparaisons éventuelles. La possibilité d'identification par comparaison de « l'empreinte vocale », ne semble toutefois pas être pour l'instant pas être reconnue par les tribunaux<sup>348</sup>. Peut-on envisager une telle approche pour l'empreinte ADN<sup>349</sup> ?

<sup>345</sup> "Attendu que, si la découverte d'empreintes génétiques masculines sur les deux portes servant de support aux inscriptions accusatrices, ainsi que sur le chevron, constitue un élément nouveau, il est impossible, de déterminer à quel moment, antérieur, concomitant ou postérieur au meurtre, ces traces ont été laissées", Cass.crim., 20 nov. 2002 ; Omar X. JCP G 2002, act. n°49

<sup>346</sup> Fichier national automatisé des empreintes génétiques

<sup>347</sup> CAREL: "Les modes de preuve au XXème siècle", Gaz. Pal. 1957, doctrine, p. 34 et s.

<sup>348</sup> Il semble toutefois que les services de renseignements militaires utilisent de manière opérationnelle des algorithmes mettant en œuvre des techniques de comparaison vocale. L'empreinte vocale est utilisée aux Etats-Unis pour confirmer l'identité de personnes parlant au téléphone. Des tests réalisés semblent avoir démontré une fiabilité de près de 99 %.(*"Crime et science. Les crimes à l'épreuve de la science"*, Paris, Tana, 2000, 240 pages )

<sup>349</sup> Parmi les termes utilisés pour faire référence à cette technique, on peut citer empreinte génétique, empreinte ADN, profil génétique, profil ADN, analyse ADN, typage ADN. Le terme « empreinte », en renvoyant dans l'imaginaire à l'empreinte digitale, peut laisser penser que la technique est parfaite. Il est selon certains auteurs préférable d'employer la terminologie de profil ADN, car elle laisse supposer que l'analyse détermine le contour d'une personne. R. COQUOZ: *"Preuve par l'ADN. La génétique au service de la justice"*, Presses polytechniques et universitaires romandes, 2003, 327 pages , p.89

Au travers d'une approche de droit comparé européen et nord américain, nous tenterons d'exposer la position adoptée par les différents droits nationaux relativement à ces questions. La grande majorité des pays étudiés ont consacré, au travers de loi spécifiques, la comparaison génétique comme mode de preuve admissible devant les juridictions civiles et pénales. L'Espagne, l'Italie, et le Portugal n'ont pas adopté, à ce jour, de législation spécifique et considèrent le mode de preuve par comparaison A.D.N., comme un procédé soumis aux règles de droit commun. En France, trois textes législatifs édictés en juillet 1994 ont tout d'abord précisé les conditions d'exécution, de traitement et d'exploitation des tests et empreintes génétiques. Le F.N.A.E.G., limité dans un premier temps aux personnes condamnées pour infractions sexuelles par la loi du 17 juin 1998<sup>350</sup>, a vu progressivement son champ d'application, élargit tout d'abord aux personnes condamnées pour de nombreux délits de violences contre les personnes ou les biens par la loi du 15 novembre 2001 relative à la sécurité quotidienne<sup>351</sup>, puis à de nombreux délits de violence contre les personnes et les biens ou mettant en danger l'ordre public par la loi du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure<sup>352</sup>. La principale modification introduite par cette dernière étant de modifier substantiellement les critères d'inscription dans le fichier de profils ADN. Désormais, peuvent y figurer les personnes « à l'encontre desquelles il existe des indices graves ou concordants rendant vraisemblable qu'elles aient commis l'une des infractions visées à l'article 706-55 [CPP] ». Il est désormais possible de pratiquer des prélèvements d'empreintes génétiques avant toute condamnation, indépendamment de toute mise en examen. En outre, les profils génétiques des personnes soupçonnées pourront être conservés dans le fichier sur décision d'un officier de police judiciaire agissant d'office ou à la demande du procureur ou du juge d'instruction<sup>353</sup>. Cette loi s'est efforcée par ailleurs, d'encadrer au mieux le processus de prélèvement, mais certaines questions fondamentales sont restées cependant dans l'ombre des auteurs du projet de loi et des parlementaires.

<sup>350</sup> Loi (1998), n° 98-468, "relative à la prévention et à la répression des infractions sexuelles ainsi qu'à la protection des mineurs" du 17 juin 1998, disponible: <http://www.legifrance.gouv.fr>

<sup>351</sup> Loi (2001), France, "Loi relative à la sécurité quotidienne" du 15 novembre 2001, . disponible: <http://www.legifrance.gouv.fr>

<sup>352</sup> Loi (2003), "pour la sécurité intérieure" du 18 mars 2003, n° 2003-239, disponible: <http://www.legifrance.gouv.fr>

<sup>353</sup> Le gouvernement n'avait pas jugé utile de saisir la Commission nationale de l'informatique et des libertés relativement au projet de loi. La CNIL, pour la première fois, s'est saisie d'office de la question. Dans son avis, la CNIL avait souhaité que l'initiative de l'inscription dans le fichier ne puisse relever que de la décision d'un magistrat en raison du caractère particulière large des critères d'inscription : « des indices graves ou concordants rendant vraisemblable ... » Commission nationale de l'informatique et des libertés: "Communiqué de presse : Position de la CNIL sur les dispositions du projet de loi pour la sécurité intérieure relatives aux fichiers de police judiciaire et au fichier national automatisé des empreintes génétiques." Site Internet, 24 octobre 2002, disponible: <http://www.cnil.fr>

Il paraît opportun dans un premier temps d'exposer succinctement les différentes techniques employées<sup>354</sup> dans le cadre des analyses biologiques pour mieux en apprécier leur « force de conviction ». Cette démarche préalable nous permettra également d'évaluer le risque d'erreur, lors de l'emploi de ces techniques. Au-delà d'un bref exposé descriptif des méthodes scientifiques employées, nous essaierons ensuite de replacer cette étude sur la preuve biologique dans son contexte : La preuve par A.D.N. a révolutionné l'enquête criminelle. Tout d'abord par le degré de probabilité – certains parlent de certitudes – qu'elle apporte aux enquêteurs et magistrats. Par sa capacité ensuite à remonter le temps puisque la molécule A.D.N. analysée est particulièrement résistante. Mais l'importance prise par les résultats de l'analyse génétique, tend désormais à focaliser l'enquête sur les constatations, parfois au dépend des autres techniques d'enquêtes. L'attitude des acteurs de l'enquête tend ainsi à se modifier profondément. Nous tenterons enfin d'évaluer le risque d'un point de vue des libertés individuelles au travers de la constitution des bases de données génétiques judiciaires, et le risque potentiel pour ces mêmes libertés de l'existence de banques génétiques.

#### A) Les analyses biologiques réalisées dans le cadre du procès pénal

Une brève présentation des techniques scientifiques appliquées dans le cadre de la comparaison A.D.N. est un préalable nécessaire à l'appréciation de la valeur probante des techniques employées.

##### 1°) Les différentes techniques d'analyse biologiques

L'analyse des traces biologiques est fondée sur le principe selon lequel, tout individu, à l'occasion de ses actions criminelles en un lieu donné, dépose et emporte à son insu, des traces et indices : matériaux, composés organiques etc ... En effet, l'A.D.N. est présent dans la plupart des cellules humaine. Il peut être aisément transféré sur la victime ou laissé sur les lieux durant la commission de l'infraction.

---

<sup>354</sup> Nous limiterons parfois volontairement certains de nos développements, dans la mesure où ils pourraient être utilisés par des criminels pour mettre en échec les techniques d'analyses.

### Méthodes classiques

Il y a trente ans, les scientifiques discutaient des difficultés liées à l'identification de l'origine humaine d'une tache de sang trouvée sur une scène de crime<sup>355</sup>. Les informations recueillies sur des substances physiologiques autres que le sang (salive, sperme<sup>356</sup> etc ...) étaient par ailleurs limitées. Les investigations étaient impossibles lorsque la quantité de substance prélevée était faible ou lorsque l'échantillon était dégradé.

Il y a une dizaine d'années, les scientifiques utilisaient la sérologie classique pour démasquer les auteurs de crimes : détermination de groupe sanguin, identification de protéines, ou enzymes<sup>357</sup>.

Ces méthodes restent parfaitement exploitables, même si elles sont moins discriminantes dans le cadre d'une identification par comparaison. Elles restent utilisées parfois pour orienter l'enquête<sup>358</sup>. Elles pourront être utilisées en complément ou à défaut de possibilité de réaliser une expertise A.D.N. comme par exemple pour distinguer des vrais jumeaux.

### Méthodes d'expertises moléculaires

L'A.D.N. comporte plus de 3 milliards de bases, et s'organise sous forme de chromosomes. Chaque individu comporte 23 paires de chromosomes dont une paire sexuelle<sup>359</sup>. Cet A.D.N. n'est pas modifiable et est indépendant du tissu cellulaire sur lequel il est prélevé.

A l'exception des « vrais » jumeaux<sup>360</sup>, la structure de l'A.D.N. d'une personne est unique. Seul 10 % de l'A.D.N. contient des chromosomes. Le reste de cet A.D.N. est dit « non-

<sup>355</sup> M. MULLER: "La caractérisation du sang humain", La revue de la police nationale, 1970, n° 82, mai/juin, p. 15 et s.

<sup>356</sup> dès lors que l'individu n'est pas azoospermique

<sup>357</sup> A. CARRACEDO: "DNA profiling", in *1st International DNA user's conference*, 1999, disponible : <http://www.interpol.int>.

<sup>358</sup> C. BRANDT-CASADEVALL et P. MANGIN: "L'identification médico-légale des traces biologiques", Médecine et droit, 1998, n° 32, p. 7 et s.

<sup>359</sup> C. DOUTREMEPUICH et F. DOUTREMEPUICH: "Les empreintes génétiques", in *10 ans d'empreintes génétiques*, Doc. française, 2001, p. 25 et s.

<sup>360</sup> Des recherches sont actuellement réalisées pour permettre une identification, en particulier autour de l'étude de gènes mettant en évidence des cycles de vie. Il est toutefois possible de les distinguer par des méthodes classiques comme la comparaison papillaire lorsque elle est possible. National Institute of Justice: "The future of DNA testing : predictions of the research and development working group", Site internet, novembre 2000, disponible: <http://www.ncjrs.org/>

codant » et ne fournit aucune information, *a priori*, sur la santé ou les anomalies chromosomiques. Cette partie composée de séries de séquences identiques, qui analysée, déterminent le profil génétique d'une personne ou son génotype.

La sensibilité des techniques d'analyse de l'A.D.N. permet désormais l'obtention de profils à partir de la plupart des substances biologiques, mais également en analysant les traces laissées par contact, même minime<sup>361</sup>. 1 à 2 nanogrammes d'ADN non dégradé par échantillon suffisent à déterminer un profil<sup>362</sup>. Le colorant de certains tissus peut toutefois rendre difficile cette analyse<sup>363</sup>.

La technique de l'analyse de l'A.D.N. est beaucoup plus performante, en termes de résultats exploitables par les enquêteurs, que l'analyse classique des protéines. Elle peut ainsi, en principe, être employée sur des cellules dégradées. De surcroît, il est possible d'obtenir un même génotype à partir de cellules sources différentes –sperme, sang, etc . La région non codante de l'A.D.N., dont la fonction n'est pas encore bien déterminée, n'est pas sujette à mutations. Il est ainsi possible d'identifier l'origine d'un échantillon en comparant celui-ci avec le prélèvement effectué sur une personne de son vivant, ou sur son cadavre. Mais parce qu'il est hérité des deux parents, il est possible également d'établir une comparaison génétique avec des profils provenant de parents de l'individu concerné. Cette technique est largement employée pour identifier les corps provenant d'une catastrophe de masse. On distingue l'A.D.N. nucléaire de l'A.D.N. mitochondrial.

L'A.D.N. nucléaire est le matériel génétique présent dans presque toutes dans le noyau des cellules du corps humain. Il est hérité par moitié du père et de la mère biologique. C'est pour cette raison que cette technique est privilégiée pour la recherche de paternité. L'A.D.N. nucléaire du chromosome masculin « Y » ne peut être hérité qu'en lignée paternelle. L'A.D.N. est formé de 2 nucléotides, constitués de bases<sup>364</sup> se liant spécifiquement deux à

---

<sup>361</sup> (ex empreintes digitales).OIPC - Interpol: "Guide interpol sur l'échange de données génétiques et sur les pratiques en matière d'analyse d'ADN", Site Internet, juin 2001, disponible: <http://www.interpol.int>

<sup>362</sup> M. LE FUR, "Rapport d'information n° 504 déposé par la commission des finances, de l'économie générale et du plan sur le fichier national automatisé des empreintes génétiques", enregistré à la présidence de l'Assemblée nationale le 18 décembre 2002, disponible: <http://www.assemblee-nationale.fr>

<sup>363</sup> R. COQUOZ: "*Preuve par l'ADN. La génétique au service de la justice*", Presses polytechniques et universitaires romandes, 2003, 327 pages , p. 156

<sup>364</sup> Adénine, Guanine, Cytosine, et Tymine

deux. Cette complémentarité permet la liaison des deux chaînes. En séparant par un procédé chimique celles-ci, une séquence peut être repérée par un A.D.N. de référence (sonde).

Les segments d'A.D.N. sont caractérisés par une répétition en tandems d'unités de bases composées de deux ou plusieurs nucléotides. La taille du segment d'A.D.N. (allèle) varie en fonction du nombre de répétition.

On distingue deux polymorphismes : les mini-satellites (VNTR<sup>365</sup>) composés d'une séquence répétée de 15 à 40 paires de bases et les micro-satellites (STR), composés de 4 paires de bases en moyenne. Le nombre de répétition des séquences varie d'un individu à l'autre et permet ainsi, l'identification. Des kits d'identifications permettent d'identifier la présence d'une séquence d'A.D.N. spécifique.

Habituellement, 10 Loci<sup>366</sup> (séquences d'A.D.N.), auquel est ajouté la détermination du sexe, sont utilisés pour identifier une personne. Il peut toutefois, pour certaines affaires, être recouru à d'avantages de Loci<sup>367</sup>. C'est le cas en particulier pour les recherches de paternité incestueuse ou lorsqu'un individu appartenant à un groupe à forte consanguinité, est impliqué. Le profil génétique réalisé à partir de cellule d'origine différente est identique. Dans l'hypothèse d'un mélange de matériaux – sang, sperme, salive etc...- il n'est pas possible d'identifier la provenance des cellules ayant donné lieu à l'établissement d'un profil A.D.N. Il est toutefois possible d'exploiter des matériaux biologiques « mélangés » aux fins d'établissement de profils génétiques. En particulier, dans des affaires de viol, le matériel génétique de l'auteur est souvent mélangé à celui de la victime. Il est alors possible de distinguer par comparaison le profil A.D.N. de l'auteur du viol et de sa victime. La lecture des résultats comporte cependant certaines limites.<sup>368</sup>

En 1985, le docteur Alec Jeffreys a été le premier à décrire une technique appelée analyse R.F.L.P.<sup>369</sup>, permettant de comparer des « empreintes » génétiques. Il fut le premier à mettre

<sup>365</sup> VNTR – variable numbers of tandem repeat

<sup>366</sup> le singulier de « loci » est « locus »

<sup>367</sup> Ce fut le cas pour l'identification du meurtrier de Caroline DICKINSON où 14 loci furent utilisés.

Contrairement à ce que nous pensions initialement, ce n'est pas l'importance de l'affaire qui a justifié une expertise poussée à 14 Loci mais le fait que les Loci utilisés pour réaliser les premières analyses comparatives ont été changés.

<sup>368</sup> Volontairement, nous n'apporterons pas d'avantage de précision.

<sup>369</sup> « Restriction Length Polymorphisms »

sa découverte au service de la criminalistique<sup>370</sup>. Elle est basée sur l'analyse de régions de l'A.D.N., composé d'une variation de motifs répétés disposés en tandem<sup>371</sup> en différents endroits de l'A.D.N. Des enzymes vont être employées à découper l'A.D.N. en des sites spécifiques. Ces motifs répétés constituent ainsi un certain nombre de paires de bases, formant une séquence spécifique à l'individu. Le repérage simultané de plusieurs VNTR peut se traduire par une suite de bande, comparable à un code barre. Cette technique, utilisée à l'origine, nécessite une relative grande quantité d'A.D.N. non dégradé. De plus, elle ne peut être utilisée lorsque des mélanges de substances ou tissus ont été réalisés.

Un autre technique appelée P.C.R.<sup>372</sup> permet d'amplifier et de reproduire des régions de l'A.D.N. Elle permet d'établir des profils à partir de quantité infimes d'A.D.N. Cette technique permet en outre de travailler sur des échantillons de cellules dégradées. Cette méthode est facilement employée par les laboratoires car elle met en oeuvre des kits prêts à l'emploi. En outre, la méthode P.C.R. permet d'obtenir un résultat en une demi-journée (une dizaine d'heure environ<sup>373</sup>) alors que la méthode originelle de Jeffrey nécessitait deux semaines de travail<sup>374</sup>. La rapidité des analyses est d'un grand intérêt pour l'enquête policière. Les résultats peuvent être obtenus en douze heures pour un sang et soixante-douze heures

---

<sup>370</sup> L'identification judiciaire d'A.D.N. a débuté avec la mort subite et tragique d'une adolescente de 15 ans, le 21 novembre 1983 sur un sentier peu fréquenté qui sépare le cimetière de l'hôpital psychiatrique local du village britannique de Narborough dans le Leicestershire. Le meurtrier avait laissé des taches séminales sur les vêtements ainsi que sur le corps de la victime. Ce fut le début de la révolution des sciences judiciaires pour les empreintes génétiques et par conséquent, la fin de l'utilisation de sous-typage protéique ou sérologique de tissus biologiques. Tout comme dans un " mauvais film " ayant une intrigue répétitive, le corps d'une autre adolescente de 15 ans, fut retrouvé le 1er août 1986, le long d'un autre sentier de promenade nommé " Ten Pound Lane " dans le village d'Enderby, à une courte distance de la première scène de crime. L'identité protéique sérologique obtenue à partir des taches séminales, a permis d'identifier l'agresseur comme ayant un statut de sécréteur qui correspondait au profil du meurtrier de la première victime et à approximativement dix pourcent de la population de la Grande-Bretagne. L'enquête mena rapidement à l'arrestation d'un jeune porteur de cuisine qui avoua sa culpabilité pour le meurtre commis sur le sentier " Ten Pound Lane ". En tentant de résoudre les deux meurtres et de faire un lien entre les éléments de preuve biologiques, un " test d'identification par le code génétique " fut appliqué par Dr Alec Jeffreys. Le test permit de disculper le suspect principal et fit le lien entre les deux meurtres grâce à une signature génétique identique. Le 21 novembre 1986, à la cour de Leicester, le jeune porteur de cuisine a laissé son nom dans les pages de l'histoire légale, comme étant la première personne à être disculpé d'un crime par l'entremise de preuves génétiques. Un an plus tard, après la comparaison de 4 583 échantillons sérologiques ainsi que de profils génétiques d'habitants mâles des villages avoisinants, la correspondance de ce profil génétique à une personne fût établie. En 1988, Colin Pitchfork fut condamné à vie pour les deux meurtres et devint la première personne à être condamnée pour meurtre basé sur la technique des empreintes génétiques.

<sup>371</sup> V.N.T.R.

<sup>372</sup> polymérisation en chaîne de l'A.D.N.. Son inventeur, le Dr Kary Mullis a reçu le prix nobel pour cette découverte

<sup>373</sup> auquel il faut rajouter le temps nécessaire à la révélation des traces et à leur prélèvement. Ainsi, la révélation de taches de sperme est réalisée par pressage du tissu maculé en présence d'un réactif. Cette opération nécessite un délai supplémentaire de 10 heures environ.

<sup>374</sup> R. COQUOZ: "Les empreintes génétiques et la criminalistique. Passé, présent, futur", R.P.S. 1989-3, p. 330 et s.

pour un sperme.<sup>375</sup> L'extrême sensibilité de cette technique impose de prendre de nombreuses précautions lors du prélèvement pour éviter une pollution accidentelle.

L'A.D.N. mitochondrial (« A.D.N.-mt ») se trouve dans une partie de la cellule appelée « mitochondries », et n'est transmis qu'en lignée maternelle. La séquence de cet ADN-mt est entièrement connue. Elle présente deux régions hypervariables. Le polymorphisme n'est pas lié ici à des variations de longueur mais à des variations dans la composition en nucléotides (polymorphisme de structure). L'A.D.N.-mt peut également permettre une identification par comparaison.

L'utilisation d'A.D.N. mitochondrial peut révéler un intérêt particulier en raison de son extrême sensibilité<sup>376</sup> et de sa grande faculté de conservation. Il peut être ainsi utilisé lorsque l'échantillon prélevé ne contient qu'une faible quantité d'A.D.N. nucléaire de bonne qualité. Cette technique est particulièrement efficace pour l'analyse de cheveux ou d'os. L'ensemble des frères et soeurs d'une même famille du côté maternel présentent la même séquence d'A.D.N.-mt. Toutefois, la mise en oeuvre de cette technique est coûteuse, longue et sensible aux contaminations. De surcroît, le pouvoir discriminant d'identification de cette technique est bien moindre que celui de l'A.D.N. nucléaire<sup>377</sup>. C'est la raison pour laquelle les bases de données génétiques actuelles ne contiennent que des informations relatives à l'A.D.N. nucléaire. Il faut remarquer que la comparaison entre les séquences d'A.D.N. nucléaire et d'A.D.N.-mt ne peut être réalisée.

L'ADN-mt peut également être employé pour distinguer deux mammifères qui auront fait l'objet d'un clonage. En effet les techniques de clonage des mammifères procèdent par insertion d'un noyau cellulaire du donneur dans une cellule réceptrice dépourvue de

<sup>375</sup> C. DOUTREMEPUICH et F. DOUTREMEPUICH: "Les empreintes génétiques", in *Les empreintes génétiques en pratique judiciaire*, Doc. française, 1998, p. 11 et s.

<sup>376</sup> chaque cellule contient un nombre élevé – environ 1000 – de copies d'A.D.N.-mt

<sup>377</sup> Employés aux fins de comparaisons sur des sujets d'origine insulaire, cette technique ne s'impose pas comme preuve irréfutable : "Monsieur le Président, pour ce dossier, je suis devenu un spécialiste de l'ADN. Nous avons comparé celui de Lovisi avec ceux d'une banque de données internationale de 1 657 individus. Il était représenté 8 fois. A l'échelle de la Corse, ça fait 1 077 fois, de la France, 258 000. Et quand on sait que les Corses ont fait le tour du monde..." Me Antomarchi sort enfin un arbre généalogique. Sur chaque étage, il a donné trois enfants à chaque mère. "A la 10e génération, nous comptons 178 000 descendants avec le même ADN. A la 20e génération, ils sont environ 139 millions. Et on me dit que c'est l'ADN de Lovisi qui se trouve sur le bandana, dans le sac d'Albertini ? On se fout de qui ?", s'empporte l'avocat, avant de demander la relaxe. A. CHEMIN: "Les traces ADN utilisées dans les enquêtes butent sur une spécificité corse", *Le Monde*, 15 novembre 2002

noyau. L'individu résultant est identique au donneur si l'on compare leur ADN nucléaire. Toutefois, l'ADN-mt du receveur et du donneur diffèrent.<sup>378</sup>

L'expertise par comparaison de profils A.D.N. se révèle parfois d'une puissance insoupçonnée. En juin 2002, le Forensic Science Service britannique (FSS)<sup>379</sup> a résolu un crime non élucidé depuis près de trente ans. En 1973, trois jeunes femmes ont été assassinées. Le profil correspondant aux échantillons prélevés sur les scènes de crime ont tout d'abord été soumis à une comparaison avec les profils de la base de donnée nationale. L'absence de résultat a conduit les scientifiques à développer une nouvelle approche. Ils ont identifié dans la base, une centaine de profils ayant des similitudes avec les échantillons appartenant au criminel. Les profils ainsi sélectionnés ayant, selon les probabilités, un lien familial avec le suspect. Les investigations ensuite réalisées ont conduit à focaliser les soupçons sur une personne suspecte, déjà décédée. L'exhumation du corps et la comparaison A.D.N. ont permis d'identifier l'auteur du crime.

## 2°) La force de conviction et son corollaire : le risque d'erreur ?

La pertinence et la fiabilité des éléments apportés par la preuve par comparaison A.D.N. ne saurait être remise en question. Toutefois, le facteur humain peut en influencer les résultats ainsi que leur perception.

Il faut avoir à l'esprit que les prélèvements sur une scène de crime sont devenus essentiels à la réussite d'une enquête criminelle. Tout prélèvement mal saisi est potentiellement contaminé. Il est ainsi difficilement exploitable. Mais il convient de remarquer toutefois que la principale limite de l'analyse A.D.N. est l'absence de prélèvement !<sup>380</sup>

---

<sup>378</sup> R. COQUOZ: "*Preuve par l'ADN. La génétique au service de la justice*", Presses polytechniques et universitaires romandes, 2003, 327 pages, p. 31

<sup>379</sup> Forensic science service: "FSS "key" unlocks triple murder investigation", Site Internet, 6 juin 2002, disponible: <http://www.forensic.gov.uk>

<sup>380</sup> C. DOUTREMEPUICH (sous la direction de) : "*Les empreintes génétiques en pratique judiciaire*", Paris, Doc. française, 1998, 176 pages, p. 33

### **Le risque de pollution accidentelle de l'échantillon**

Des efforts de sensibilisation et de formation doivent être consentis tout au long de la chaîne des intervenants qui va du « gestionnaire de scène d'infraction »<sup>381</sup> chargé du prélèvement, au juge du siège qui sera amené à apprécier la valeur des preuves obtenues. Les erreurs relatives au prélèvement, à la pollution éventuelle ou à la conservation des échantillons peuvent être aisément corrigées par une formation de terrain, l'élaboration de guides méthodologiques relatifs aux différentes techniques de prélèvement, la généralisation de kits de prélèvements spécifiques etc...

Il est nécessaire pour les techniciens intervenant sur la scène de crime, de mettre en place un « périmètre de sécurité », dans lequel aucune personne autre que les techniciens et enquêteurs ne sera admise à pénétrer. Il faut toutefois remarquer que certaines autorités sont amenées à se rendre sur les lieux et il est alors nécessaire au responsable des prélèvements, d'user de diplomatie et de tact pour tenter de préserver au maximum l'intégrité des lieux.<sup>382</sup>

Au-delà du risque de pollution de l'échantillon, le non respect des protocoles drastiques imposés par la complexité du processus d'analyse génétique peut être à l'origine d'erreur d'interprétation.

### **De l'importance de la définition et du respect des protocoles d'analyse**

Suite à la révélation de plusieurs irrégularités commises par une technicienne du département ADN du laboratoire du FBI implanté à Houston, une centaine de contre expertises ont dû être menées. Parmi ces affaires, 17 concernent des condamnés à mort. En l'espèce, la technicienne impliquée avait mis en place des protocoles « raccourcis ». C'est ainsi que Josiah Sutton a récemment été libéré, après avoir tout de même purgé quatre années d'emprisonnement pour une condamnation à vingt-cinq années, à la suite d'une contre expertise ADN qui a démontré son innocence. Kevin Bailey, qui préside une commission chargée d'enquêter sur les malversations ou les erreurs commises par les techniciens du laboratoire de la police de

---

<sup>381</sup> autrefois appelé "technicien en scène de crime"

<sup>382</sup> T. LEZEAU: "Prélèvements sur scène de crime", in *Les empreintes génétiques en pratique judiciaire*, Doc. française, 1998, p. 35 et s.

Houston, a rappelé justement l'erreur humaine était encore possible en matière d'expertise ADN : « We were all told that DNA was infallible and we wouldn't have innocent people being convicted. Well, we forgot about human error and misconduct »

### **La force de conviction des différentes techniques comparatives**

Il existe différentes techniques destinées à analyser les résidus biologiques<sup>383</sup>. La technique des groupages sanguins basée sur l'analyse des protéines est la plus ancienne. Elle suppose la présence de traces récentes, des produits à analyser en quantité et qualité suffisante. Son pouvoir de discrimination est relativement faible (1/10 à 1/1000).

La méthode de comparaison d'A.D.N. est très sensible. Les procédés employés permettent de détecter l'équivalent de 20/25 cellules et après traitement spécial, il est même possible de détecter l'A.D.N. présent dans une seule cellule. Cette sensibilité accroît le risque de contamination accidentelle des prélèvements par des personnes n'ayant aucun lien avec la commission de l'infraction. Les techniciens ou enquêteurs doivent impérativement revêtir des combinaisons spécialement adaptées, destinées à prévenir tout risque de contamination. Des précautions devront être également adoptées lors de l'analyse en laboratoire. Ainsi, la chaîne de traitement des « traces » et la chaîne destinée à établir le profil des individus sont soigneusement séparées. Les « traces » sont en effet très sensibles à une pollution éventuelle en raison de la faible quantité de substances biologiques qu'elles contiennent.

Des bases de données de profils A.D.N. de personnes participant aux enquêtes sont actuellement constituées au Royaume-Uni pour prévenir et détecter une pollution accidentelle<sup>384</sup>. Les laboratoires français possèdent également le profil génétique de leur technicien dans leur base, aux fins de prévenir toute erreur liée à une contamination.

Les techniques basées sur l'analyse de l'A.D.N. (RFLP ou PCR) sont plus rapides, nécessitent de plus petites quantités de produits analysés et ont un pouvoir de discrimination plus

---

<sup>383</sup> M. SABATIER: "Dix ans d'empreintes génétiques en pratique judiciaire : impact sur les laboratoires", in *10 ans d'empreintes génétiques*, Doc. française, 2001, p. 39 et s.

<sup>384</sup> R. K. BRAMLEY: "Quality assurance in DNA profiling", in *1st International DNA user's conference*, 1999, disponible : <http://www.interpol.int>.

acceptable (supérieur à 1/1.000.000). L'A.D.N. est par ailleurs, beaucoup moins sensible à la dégradation que les autres éléments biologiques.

Lorsque les allèles de l'A.D.N. du suspect sont de même taille que ceux mesurés sur l'A.D.N. inconnu, l'expert relèvera une concordance entre les deux échantillons. Plus le nombre de marqueur est important, plus le risque de coïncidence est réduit au maximum. Ainsi, l'utilisation de quatre sondes permet d'obtenir des probabilités de 1 sur plusieurs dizaines de milliers alors que l'utilisation de huit systèmes STR abaisse la probabilité à 1 sur plusieurs milliards.

Il devra ensuite estimer la fréquence du génotype (association de 2 allèles) au sein de la population. Il devra alors se référer à des études de populations, présentant la fréquence de chacun des allèles dans différentes catégories de populations (blanche, noire, etc ..)<sup>385</sup>. Lorsque 10 marqueurs sont utilisés pour la comparaison de profils A.D.N., la probabilité de correspondance de deux individus pris aléatoirement dans une population est de 1 sur 37 millions. Néanmoins, de nombreux états aux USA n'utilisent que 6 à 8 marqueurs. En effet, le coût d'une identification A.D.N. est proportionnel au nombre de marqueurs utilisés. Le taux de fausse identification peut également être considérablement augmenté, dès lors qu'une ethnie<sup>386</sup> est « sur représentée » dans la base de donnée, par rapport à la population globale.

Les bases statistiques de composition de population se réfèrent aux ethnies principales – afro-américaine, caucasienne, asiatique et hispanique. La question est de déterminer dans quelle mesure les modèles établis peuvent s'appliquer à d'autres ethnies minoritaires<sup>387</sup>. D'autre part, les probabilités tirées de ses études de population repose sur une hypothèse de travail, à savoir une répartition et des croisements « moyens » entre les populations. Ces croisement « moyens » sont ainsi établis sur la base que le mariage, au sein d'une même population est aléatoire, et qu'en conséquence, les allèles sont ainsi transmis de manière aléatoire. Cette

<sup>385</sup> Pour la population nord américaine, la probabilité de doublon est de (respectivement avec 13 et 21 Loci) : Pour la population d'origine africaine :  $2.6 \cdot 10^{-6}$  et  $7.4 \cdot 10^{-10}$ , pour la population d'origine caucasienne :  $3.1 \cdot 10^{-6}$  et  $1.5 \cdot 10^{-9}$ , pour la population d'origine asiatique :  $2.1 \cdot 10^{-6}$  et  $2.5 \cdot 10^{-9}$ , pour la population d'origine hispanique :  $3.7 \cdot 10^{-6}$  et  $2.5 \cdot 10^{-9}$ . De quoi empêcher de dormir l'avocat de la défense ! National Institute of Justice: "The future of DNA testing : predictions of the research and development working group", Site internet, novembre 2000, disponible: <http://www.ncjrs.org/>

<sup>386</sup> Il convient de privilégier la terminologie « ethnie » au lieu et place de « race » : Michel Vaxès, Projet de loi tendant à la suppression du mot race de notre législation, rapport A.N. n° 670, enregistré à la présidence le 5 mars 2003, disponible : <http://www.assemblee-nationale.fr>

<sup>387</sup> N. LAVRANOS: "DNA-profiling and information technology : a new weapon for crime detection and prevention ?" *European journal of crime, criminal law and criminal justice*, 1994, n° 4, p. 359 et s.

hypothèse de base n'est semble-t-il pas scientifiquement applicable à des communautés fermées, des tribus où les unions entre parents restent fréquentes. Une sorte de consanguinité de groupes s'établit<sup>388</sup>. Ainsi, au sein d'une population comportant ces caractéristiques, le risque que deux individus aient le même profil A.D.N. est élevé. C'est pourquoi les laboratoires auront recours dans ces hypothèses, à un nombre de marqueurs plus élevés.

Lorsqu'un échantillon prélevé sur une scène de crime trouve une correspondance dans la base de donnée A.D.N. qui contient 700.000 échantillons, il existe une chance sur 52 que cette correspondance soit erronée. Sur une population de 10 millions de profils, le pourcentage de « faux positifs »<sup>389</sup> pourrait atteindre 50 %.<sup>390</sup> Il sera alors nécessaire, aux fins d'exclusion, de procéder à une nouvelle analyse comparative de l'échantillon avec « l'empreinte de comparaison ». Plus le fichier comporte de profil ADN, plus le risque de correspondance fortuite est élevé. Le nombre de marqueurs génétiques analysés doit en conséquence croître avec la taille du fichier. Avec l'extension du nombre de délits justifiant l'intégration dans la base de profil ADN, 5 % de la population européenne pourrait être représentée dans la base, soit 15 à 20 millions de personnes<sup>391</sup>.

La concordance entre deux profils A.D.N. s'exprimera toujours en terme de probabilité alors que l'exclusion pourra être affirmée avec certitude. En effet, plus le nombre de concordance entre l'échantillon probatoire recueilli sur le lieu de l'infraction et l'échantillon connu prélevé sur un suspect est important, moins il est probable que l'échantillon probatoire viennent d'un autre individu. De nombreuses critiques se sont élevées contre une présentation statistique. Toutefois, il semble que la communauté scientifique obtienne un consensus autour d'une théorie développée par Bayes.

---

<sup>388</sup> C. HENNAU-HUBLET: "Les tests d'identification génétique en matière pénale", R.I.P.C. 1997, n° 462, p. 38 et s.

<sup>389</sup> lorsqu'une comparaison est réalisée à l'aide de la base de donnée, plusieurs individus comportent des séquences d'A.D.N. communes. Statistiquement, plus la base de donnée est conséquente, plus le nombre d'individus susceptibles de comporter des séquences d'A.D.N. communes est grand. En cas de "match", il est alors indispensable de poursuivre la comparaison sur la base d'autres séquences d'A.D.N. pour exclure les "faux positifs"

<sup>390</sup> B. CARNELL: "Fallacy of DNA databases", Site Internet, 15 février 2000, disponible: <http://www.libertysearch.com>

<sup>391</sup> R. COQUOZ: "Preuve par l'ADN. La génétique au service de la justice", Presses polytechniques et universitaires romandes, 2003, 327 pages, p. 306

Le polymorphisme de l'A.D.N.-mt est moins discriminant que l'A.D.N. nucléaire<sup>392</sup>. Un pouvoir discriminatoire typique sera de un sur quelques centaines seulement<sup>393</sup>. Néanmoins, plus résistant à la dégradation, il peut être analysé sur des traces anciennes ou fortement dégradées sur lesquelles l'A.D.N. nucléaire n'est plus exploitable. En effet, il n'y a qu'un seul noyau par cellule contenant deux copies d'A.D.N. génomique, tandis qu'il y a des centaines ou des milliers de mitochondries disponibles. Un cheveu perdu naturellement ne comporte en principe pas de bulbe. Il ne peut être en conséquence être analysé qu'avec l'A.D.N. mitochondrial. Cette technique est également employée pour identifier l'origine d'un résidu car l'A.D.N.-mt est spécifique pour chaque espèce et sous espèce<sup>394</sup>. L'A.D.N.-mt est par ailleurs, d'une grande stabilité<sup>395</sup> aux mutations.

La preuve par comparaison A.D.N. apporte aux acteurs du procès, des éléments d'une force de conviction bien supérieure à n'importe quelle autre preuve. C'est pourquoi, aux Etats-Unis, le recours systématique à l'expertise A.D.N. est encouragé dans de nombreux états pour les post-condamnations. On comprend aisément l'intérêt que peut revêtir cette technique, lorsque la sanction prononcée est la peine capitale ou une peine d'emprisonnement à vie. Les lois ainsi élaborées prévoient également la nécessité de veiller à la conservation des échantillons. Ainsi, neuf états américains ont adopté des législations qui commandent de conserver les échantillons d'A.D.N. tant que la personne est incarcérée ou établissent des protocoles destinés à mettre en œuvre ces techniques à l'effet de personnes condamnées. Un rapport de l'institut fédéral de justice de 1997 établit que 26 personnes ont été libérées de prison après la preuve de leur non-culpabilité établie grâce à une expertise A.D.N. postérieure à leur condamnation. Dans les états de New-York, de l'Illinois et de l'Ohio, les condamnés à mort ont la possibilité d'exiger des autorités judiciaires un test génétique de la dernière chance destiné à prouver leur innocence. Dans ce dernier état, les résultats des tests génétiques ainsi

<sup>392</sup> Avec l'A.D.N.-mt, la séquence déterminée est comparée à une séquence de référence. Les points de mutation sont mis en évidence. Ils permettront, comme pour l'A.D.N. nucléaire, d'affirmer, soit une exclusion (si plus de trois différences sont observées entre les deux A.D.N.), soit une identité. Dans le cas de l'affirmation d'identité, la fréquence est déterminée à partir d'une banque de données internationale comportant les séquences de 1657 individus non apparentés. La majorité des séquences déterminées n'existent pas dans cette banque de données. Dans ce cas, l'estimation de la fréquence en cas d'identification est inférieure à 1/1657, soit moins de 0,06 %. Néanmoins, certaines séquences d'A.D.N. mitochondrial sont sur-représentées dans la population générale et leur fréquence peut atteindre 2,8 %. Dans ce cas, on considère que cette fréquence élevée ne permet pas une identification fiable et que seule une exclusion est possible.

<sup>393</sup> P. GILL, R. SPARKES et G. TULLY: "Les empreintes ADN dans la science médico légale", in *10 ans d'empreintes génétiques*, Doc. française, 2001, p. 47 et s.

<sup>394</sup> D. BAUTE: "Utilisation de la biologie en matière d'expertise", *Revue de la gendarmerie nationale*, 1998, n° 188 et 189, p. 140 et s.

<sup>395</sup> il a été établi que des mutations interviennent toutes les trente générations.

pratiqués ont conduit les autorités à adopter un moratoire sur la peine de mort<sup>396</sup>. Une loi fédérale est actuellement en projet. Depuis 1987, soixante-seize personnes condamnées à mort ont été innocentées grâce à leur empreinte génétique<sup>397</sup>. Récemment, les « cinq de central park » ont été innocenté du viol commis en 1989, d'une collaboratrice d'une banque d'affaire qui faisait son jogging. A l'époque des faits, les cinq jeunes avaient passé aux aveux, avant de se rétracter. Un test A.D.N. pratiqué sur un individu qui s'accusait de ces faits, a permis la libération des adolescents originaires du Bronx. Ils ont tout de même purgé une peine de 13 ans<sup>398</sup>.

La Cour de cassation française peut faire appel à des moyens scientifiques nouveaux, dont les résultats pourront être utilisés comme motif de révision<sup>399</sup>. Ce fût le cas plus récemment pour Omar X<sup>400</sup>. Plusieurs analyses d'A.D.N. ont mis en évidence la présence de traces de sang appartenant à un tiers non identifié. Malgré l'impossibilité de caractériser plus précisément le profil en cause, la commission de révision a estimé que la présence d'un A.D.N. masculin différent de celui de Omar X. « constitue un élément nouveau de nature à faire naître un doute sur la culpabilité du condamné ». La Cour de Cassation a toutefois rejeté la demande de révision au motif que toute recherches complémentaires serait privée de pertinence dès lors qu'il est impossible de dater l'origine des échantillons, et en raison de l'absence de précautions pour conserver les lieux avant et après les faits<sup>401</sup>.

### L'analyse en laboratoire

De nombreuses précautions doivent être prises dans les laboratoires pour assurer l'intégrité des prélèvements et prévenir une pollution accidentelle. Les laboratoires sont soumis à cet effet, à des contrôles fréquents. Néanmoins, la complexité des techniques employées, malgré

<sup>396</sup> C. CABAL, "Rapport de l'Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques sur la valeur scientifique de l'utilisation des empreintes génétiques dans le domaine judiciaire", disponible:

<http://www.assemblee-nationale.fr>

<sup>397</sup> D. BARIL: "Preuve par ADN : Le Canada possède l'une des meilleurs lois", Forum, vol. 35, n° 18, du 29 janvier 2001, disponible: <http://www.fas.umontreal.ca>

<sup>398</sup> S. KAUFFMAN: "Treize ans après, les "cinq de Central Park" bientôt absous", *Le monde*, 7 décembre 2002

<sup>399</sup> Ce fût le cas dans l'affaire Seznec

<sup>400</sup> Commission de révision (25 juin 2001), 2001, n° 157, p. 489 et s. .

<sup>401</sup> Cass.crim., 20 nov. 2002 ; Omar X. JCP G 2002, act. n°49, « il est impossible, de déterminer à quel moment, antérieur, concomitant ou postérieur au meurtre, ces traces ont été laissées ; Attendu que de nombreuses personnes ont pu approcher les pièces à conviction avant le meurtre et, faute de précautions suffisantes, après celui-ci ; que, dès lors, serait privée de pertinence toute recherche complémentaire sur les empreintes génétiques découvertes, comme sur celles qui pourraient l'être par de nouvelles investigations ; D'où il suit que la demande en révision ne peut être admise »

l'établissement de protocoles scientifiques rigoureux, ne rendent pas transparent, pour des non-scientifiques, le processus qui conduit à la conclusion du rapport d'expertise. La question de l'indépendance du laboratoire au regard des enquêteurs, et la relation de dépendance avec les laboratoires fournissant les « kits » de détection mérite en conséquence d'être posée.

Dès leur arrivée au laboratoire, les échantillons sont inventoriés, répertoriés et photographiés. Cette dernière étape permet notamment de visualiser les tâches à analyser et ainsi de mieux identifier les lieux de prélèvement et d'analyse. La traçabilité des scellés est souvent assurée par un code barres sur le support de prélèvement<sup>402</sup> ..

Trois types de comparaisons peuvent être réalisées : traces/traces – permettant aux enquêteurs de réaliser des rapprochements entre des affaires *a priori* distinctes, individu/traces – pour déterminer si la trace relevée correspond au profil d'un individu identifié, et enfin individu/individu – permettant de déceler les substitutions éventuelles d'identité.

En raison de l'extrême sensibilité des techniques employées pour l'analyse A.D.N., l'organisation des laboratoires doit être conçue pour éviter le risque majeur de pollution des échantillons analysés. Ainsi, la chaîne « trace » doit être séparée de la chaîne destinée à l'établissement de profils « individus » car les « traces » sont particulièrement sensibles à la pollution, en raison de la faiblesse des quantités souvent analysées.

Il faut remarquer toutefois que la détérioration d'un échantillon n'entraîne pas l'apparition de fausses bandes sur le diagramme final, car les brins d'A.D.N. se fragmentent au hasard, et l'A.D.N. de chaque cellule semble se détériorer différemment<sup>403</sup> .. La pollution d'un échantillon est également, en principe, facilement détectable dans la mesure où elle est révélée par l'apparition d'un troisième allèle sur les graphiques livrés à interprétation des experts.

Le Conseil de l'Europe<sup>404</sup> recommande de ne recourir qu'à des laboratoires possédant des installations et l'expérience requise. Il préconise l'établissement de liste de laboratoires ou

---

<sup>402</sup> Il semble que ce procédé soit en cours de mise en place en France.

<sup>403</sup> D.J. WERRETT: "L'identification par "l'empreinte génétique"", R.I.P.C. 1998, n° 469-471, p. 236 et s.

<sup>404</sup> Recommandation (1992), "Recommandation du comité des ministres aux états membres sur l'utilisation des analyses de l'acide désoxyribonucléique (ADN) dans le cadre du système de justice pénale" du 10 février 1992, Conseil de l'Europe, Comité des ministres, Recommandation n° R(92) 1, disponible: <http://cm.coe.int>

d'instituts agréés, répondants à des critères d'intégrité scientifique, sécurité des installations et des matériels, confidentialité etc ...

Les laboratoires doivent disposer de moyens d'évaluation externes de leur travail quotidien. A ce titre, les laboratoires agréés doivent procéder à des audits internes. Le maintien de leur agrément<sup>405</sup> est également conditionné par la réalisation d'audit par des sociétés externes.

Il est possible de classer les laboratoires habilités à pratiquer les analyses A.D.N. en trois catégories. Toute d'abord, laboratoires de police scientifique ou assimilés, laboratoires publics rattachés à un centre hospitalier ou à un établissement de transfusion sanguine ensuite, et enfin, laboratoires privés.

Comme le souligne le comité consultatif national d'éthique<sup>406</sup>, les laboratoires privés peuvent avoir un intérêt à valoriser leurs techniques d'identification génétique en raison des monopoles d'exploitation que leur confère les brevets. Ces monopoles peuvent en outre, rendre plus délicate une contre expertise éventuelle.

Des intérêts commerciaux peuvent parfois avoir une incidence non négligeable sur le procès pénal<sup>407</sup>. Ainsi deux Cours américaines<sup>408</sup> ont refusé d'admettre en justice une preuve issue d'une analyse génétique. L'entreprise qui commercialise le kit utilisé (Profiler PlusTM) pour la comparaison ayant refusé, pour des motifs de concurrence commerciale, de révéler l'intégralité des études qui avaient été menées pour valider l'application du test en cause. Cet écueil a depuis été contourné dans la mesure où l'entreprise propriétaire des brevets accepte de révéler désormais, dans le cadre du procès, certaines informations dès lors qu'un accord de confidentialité est établi.

---

<sup>405</sup> La réalisation d'expertise aux fins d'identification génétique par une personne non titulaire de l'agrément requis est un délit – article 226-28 al 2 du C.P.

<sup>406</sup> C.C.N.E.: "Avis du Comité consultatif national d'éthique relatif aux techniques d'identification génétique", Site Internet, 15 décembre 1989, n° 17, disponible: <http://www.ccne-ethique.org/>

<sup>407</sup> R. HEYES: "Law criminal justice 2001 research assignment. Expert evidence DNA profiling", National Institute of forensic evidence, NIFS, novembre 2001, disponible: <http://www.nifs.com.au>

<sup>408</sup> State of Vermont v. Pfenning (2000) District Court of the state of Vermont, People v. Shreck CR 2475 Div 4 (2000)

En Allemagne, le laboratoire chargé de l'analyse doit être rigoureusement indépendant de la structure policière chargée de l'enquête<sup>409</sup>.

Néanmoins, les laboratoires privés indépendants pratiquant des expertises ADN dans un cadre pénal, pourraient à l'avenir constituer une cible privilégiée des malfaiteurs. Ainsi, l'institut de pathologie et de génétique implanté à Loverval (Belgique) a fait l'objet de plusieurs attentats<sup>410</sup>. Au-delà des critères liés à la qualité des analyses réalisées et la formation du personnel, l'existence de systèmes de sécurité devrait faire partie des critères d'agrément des laboratoires.

En Belgique, les laboratoires habilités à réaliser des expertises A.D.N. sont accrédités par un organisme (BELTEST), attaché au ministère des affaires économiques<sup>411</sup>. Cet organisme édicte une liste de critères relatifs aux connaissances techniques et scientifiques ainsi qu'à l'équipement qui doivent être présents dans les laboratoires accrédités. Cet organisme procède à des audits périodiques. Toutefois, le nombre encore trop restreint de laboratoires accrédités a conduit le gouvernement à octroyer un délai supplémentaire de six mois, pour l'obtention des agréments<sup>412</sup>.

Une réflexion est actuellement menée au Royaume-Uni, avec pour objectif de confier la gestion du prélèvement et de la base de donnée de profils génétique à un organisme indépendant.<sup>413</sup> Au-delà, le gouvernement envisage même de vendre la moitié des actifs du FSS dans un délai de deux années, et dans une seconde étape future, de se séparer complètement des activités d'analyses génétiques. Les dirigeants du FSS n'ont cessé de réclamer d'avantage de moyens pour moderniser leurs équipements. Le contribuable doit-il

---

<sup>409</sup> C. CABAL, "Rapport de l'Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques sur la valeur scientifique de l'utilisation des empreintes génétiques dans le domaine judiciaire", disponible:

<http://www.assemblee-nationale.fr>

<sup>410</sup> F.D. « Les malfrats cherchaient à faire disparaître des indices compromettants », La dernière heure 22/10/2003 : Récemment, deux individus ont pris en otage le personnel. « Sous la menace de leurs armes de guerre, ils se sont fait conduire dans les locaux liés à l'activité criminalistique. Là, ils ont déversé les deux bidons d'essence qu'ils avaient amenés et y ont bouté le feu », disponible <http://www.dhnet.be>

<sup>411</sup> Arrêté (2002), Belgique, "Arrêté royal pris en exécution de la loi du 22 mars 1999 relative à la procédure d'identification par analyse ADN en matière pénale" du 4 février 2002, Ministère de la justice, MB 110-111-112, publié le 30 mars 2002, disponible: <http://www.just.fgov.be>

<sup>412</sup> Arrêté royal (Belgique), "modifiant l'arrêté royale du 4 février 2002, en exécution de la loi du 22 mars 1999 relative à la procédure d'identification par analyse ADN en matière pénale », 29 septembre 2003, MB 30 septembre 2003, p. 47895, disponible : <http://www.just.fgov.be>

<sup>413</sup> Human Genetics Commission: "Comments to inform the government response to the House of Lords report on Genetic databases", Site Internet, 13 juin 2001, disponible: <http://www.hgc.gov.uk>

être mis à contribution ? La police estime de son côté que cette « privatisation » ne leur permettrait plus d'enquêter sur certains crimes<sup>414</sup>.

Aux Etats-Unis, seuls certains états – comme ceux de New York et du Oklahoma – exigent que les laboratoires pratiquant les analyses ADN, soient accrédités. Dans une grande majorité des états, la procédure d'accréditation est réalisée sur la base du volontariat. Sur les 400 à 500 laboratoires réalisant des expertises ADN dans le pays, 240 seulement sont accrédités et 25 laboratoires ont initié la procédure qui dure en moyenne, trois ans environ.

En France, les personnes habilitées à réaliser des analyses A.D.N. doivent être inscrites sur la liste des experts et avoir été agréés par une commission instituée auprès du garde des Sceaux<sup>415</sup>. Elle est présidée par un magistrat de la Cour de Cassation et comprend six membres siégeant en raison de leurs fonctions et quatre membres désignés en raison de leur compétence dans le domaine de la biologie moléculaire. Le maintien de l'agrément est subordonné à la participation à un contrôle de qualité organisé par l'agence française de sécurité sanitaire des produits de santé. Les experts sont soumis périodiquement à des tests pratiques de simulation.

Les conditions et procédures d'agrément des experts habilités à réaliser des identifications génétiques dans le cadre de procédures judiciaires ont été fixées par décret<sup>416</sup>. L'attribution des habilitations est réalisée en tenant compte à la fois de l'équipement à disposition des laboratoires, de l'expérience et des qualifications des experts. Il faut remarquer que la commission chargée de l'agrément des experts semble admettre désormais des dérogations aux conditions exigées par le décret d'application, en particulier relativement aux conditions de diplômes exigés<sup>417</sup>. Ce « revirement » est certainement attribuable aux difficultés rencontrées pour recruter un nombre suffisant d'experts. En France, le nombre d'experts agréés nous semble largement sous dimensionné au regard de la charge de travail, qui semble-t-il, devrait encore s'alourdir dans le futur. Un certain nombre de correctifs aux conditions

---

<sup>414</sup> : "Police furious over forensics sell-off plans", The observer, 19 janvier 2003

<sup>415</sup> G. NECCHI: "Dix ans d'empreintes génétiques", in *10 ans d'empreintes génétiques*, Doc. française, 2001, p. 35 et s.

<sup>416</sup> Décret (1997), France, "Décret relatif aux conditions d'agrément des personnes habilitées à procéder à des identifications par empreintes génétiques dans le cadre d'une procédure judiciaire" du 6 février 1997, n° 97-109, disponible: <http://www.legifrance.gouv.fr>

<sup>417</sup> Sur les cinq diplômes universitaires exigés pour être agréé à procéder à des expertises A.D.N., trois sont réservés aux seuls docteurs en médecine.

d'agrément des experts habilités à procéder à des empreintes génétiques ont récemment été adoptés<sup>418</sup>. Le Sénat, sur initiative de la commission des lois, a amendé le projet de loi sur la sécurité intérieure, en levant l'exigence d'inscription sur la liste d'experts judiciaires. Cet assouplissement devrait permettre d'accroître le nombre de personnes agréées.

Au 10 octobre 2002, 30 personnes physiques et deux laboratoires personnes morales sont agréés. Onze experts des laboratoires de police scientifique figurent sur la liste des personnes habilitées à procéder à des indentifications par empreintes génétiques. Un seul expert habilité figure sur la liste du personnel de l'institut de recherche criminelle de la Gendarmerie<sup>419</sup>.

En France, il est habituellement fait appel aux cinq laboratoires de police scientifique et au laboratoire de la gendarmerie nationale pour effectuer des analyses A.D.N. La loi de novembre 2001 a créé l'institut national de police scientifique. Cet établissement public, regroupe les cinq laboratoires de police scientifique et le laboratoire de toxicologie de Paris. Il dispose d'une autonomie budgétaire et d'une personnalité juridique. Les laboratoires de police scientifique n'effectuent pas d'expertise à caractère civil. Le laboratoire de l'Institut National de Transfusion Sanguine (I.N.T.S.) est spécialisé dans l'expertise A.D.N. aux fins de recherche de paternité. Il est en effet le seul laboratoire disposant d'un logiciel spécialisé de comparaisons. Il pourra en outre être également requis lorsqu'une procédure pénale nécessitera l'établissement d'une paternité. Le dispositif public de laboratoires agréés est complété par deux laboratoires privés situés à Bordeaux et Strasbourg.

Il faut néanmoins remarquer que l'appartenance à un laboratoire public d'analyse assure en théorie une indépendance accrue des experts qui ne sont pas soumis à des impératifs de rentabilité. Cette garantie est toutefois conditionnée par l'attribution de budgets permettant des moyens matériels et en personnels suffisants à traiter le nombre toujours croissant, d'analyses.

---

<sup>418</sup>. Décret (2002), n° 2002-931, "correctifs aux conditions d'agrément des experts habilités à procéder à des empreintes génétiques" du 11 juin 2002, publié au J.O. le 14 juin 2002, disponible: <http://www.justice.gouv.fr>. Ce texte prévoit en particulier, un assouplissement des conditions de diplôme exigées en vue de l'agrément, un allègement de la procédure d'agrément des personnes physiques œuvrant au sein de personnes morales inscrites en qualité d'experts judiciaires et ayant reçu l'agrément de la commission. Le décret prévoit enfin qu'"une personne morale qui se donnerait pour objet principal ou accessoire l'exécution de missions d'expertise ne peut être admise sur une liste d'experts".

<sup>419</sup>. M. LE FUR, "Rapport d'information n° 504 déposé par la commission des finances, de l'économie générale et du plan sur le fichier national automatisé des empreintes génétiques", enregistré à la présidence de l'Assemblée nationale le 18 décembre 2002, disponible: <http://www.assemblee-nationale.fr>

L'utilisation des empreintes génétiques dans le contexte pénal a connu un essor exponentiel. La commission nationale américaine sur le futur de la preuve génétique a alerté les autorités publiques sur les difficultés rencontrées par les laboratoires agréés, qui n'arrivaient plus à suffire à la demande. Une même affaire peut en effet conduire à l'analyse de plusieurs milliers d'échantillons.<sup>420</sup> Dans le comté d'Alameda aux Etats-Unis, le procureur a recours à des laboratoires privés aux fins de résolution des affaires de viol non élucidées. Pour chaque affaire analysée, le coût forfaitaire facturé est d'environ 5000 US \$. Selon le Procureur, « ce n'est pas de trop si cela permet de mettre des criminels hors d'état de nuire et ainsi prévenir la commission d'autres crimes »<sup>421</sup>

Au-delà des procédures mises en place pour assurer l'intégrité des échantillons soumis à analyse, c'est bien la déontologie de l'expert qui semble la mieux à même de garantir la qualité des prélèvements réalisés. En effet, il n'existe aucune règle – légale ou déontologique – régissant le domaine. Prélever des traces sur un drap maculé de sang ou autres substances biologiques oblige l'expert à opérer des choix pour réaliser les prélèvements. La morphologie d'une trace, les différences de couleur relevées ou d'autres facteurs pourront ainsi guider le nombre et la localisation de ces prélèvements aux fins d'exercer un travail le plus exhaustif possible. L'extraction va en effet conditionner la suite du processus d'établissement d'un profil A.D.N.

### 3°) La conservation des échantillons de matériel biologique

La plupart des pays ont choisi de conserver à la fois l'échantillon biologique et de son profil ADN correspondant. La conservation des échantillons est justifiée par la nécessité de conserver la possibilité de réaliser une contre expertise. En effet, si la personne sur laquelle le prélèvement a été effectué n'est plus disponible, la contre expertise pourra être réalisée sur l'échantillon conservé. Par ailleurs, il est probable que les marqueurs utilisés changent au gré

---

<sup>420</sup>. Affaire Dutroux : D. LEONARD: "From the scene of crime to the laboratory : case study", in *1st International DNA user's conference*, 1999, disponible : <http://www.interpol.int> : En l'espèce, 10.000 cheveux furent découverts dans une seule maison occupée par le suspect. Un millier d'objets furent expertisés

<sup>421</sup>. traduit par nous, - Secrétariat général OIPC - Interpol: Conférence "2nd international DNA user's conference for investigative officers", Minutes, Lyon, 2001, disponible: <http://www.interpol.int>

des mutations technologiques. Une telle mutation imposerait une nouvelle analyse des échantillons stockés<sup>422</sup>.

Les échantillons de matériel comportant l'A.D.N. doivent impérativement être conservés dans des conditions appropriées<sup>423</sup> pour permettre une contre expertise éventuelle ou se donner la possibilité de soumettre dans le futur, les échantillons à de nouvelles techniques ou examens. C'est ainsi que dans l'état de Floride, la base de données génétique existante depuis 1989<sup>425</sup>, avait été réalisée à l'origine avec la méthode RFLP. En avril 1999, une nouvelle analyse des échantillons a dû être réalisée pour se mettre en conformité avec la base nationale (CODIS – 13 Loci). De plus, lorsqu'un profil est identifié par comparaison avec la base de donnée, une seconde comparaison est en principe réalisée avec l'échantillon conservé. La conservation des échantillons permet également de s'assurer de l'absence d'erreur éventuelle, lors du codage de l'échantillon dans la base.

La problématique de la conservation des échantillons se présente dans des termes différents selon le type d'échantillon prélevé. Le scellé peut être tout d'abord, de nature et de dimension variable. Un tissu biologique, prélevé lors d'une autopsie par exemple devra impérativement être congelé<sup>426</sup>. Les échantillons « traces » et ceux destinés à l'établissement d'un profil A.D.N. se distinguent également par la quantité de matériel à analyser, plus importante dans la seconde hypothèse. L'expertise d'une « trace » non identifiée réalisée sur une cagoule ayant servi à un vol à main armée ne permettra pas en principe, en raison de la faiblesse des quantités de matériel génétique disponible de réaliser une contre expertise. Une contre expertise éventuelle ne pouvant dans ce cas être envisagée, que sur « l'extrait A.D.N. » réalisé par la première analyse, et conservé par le laboratoire. Les autres expertises auxquelles il est procédé, peuvent également être destructrices des prélèvements<sup>427</sup>.

<sup>422</sup> R. COQUOZ: "*Preuve par l'ADN. La génétique au service de la justice*", Presses polytechniques et universitaires romandes, 2003, 327 pages, p. 304

<sup>423</sup> Les "ennemis" de l'A.D.N. sont désormais bien connus : humidité, lumière

<sup>424</sup> C. DOUTREMEPUICH et F. DOUTREMEPUICH: "Les empreintes génétiques", in *Les empreintes génétiques en pratique judiciaire*, Doc. française, 1998, p. 11 et s.

<sup>425</sup> Mr. COFFMAN, National Institute of Justice: "The fifth annual conference on the future of DNA : Implications for the criminal justice services", Site internet, 8 et 9 mai 2000, disponible:

<http://www.ojp.usdoj.gov>

<sup>426</sup> Il est préconisé, pour assurer une conservation optimum, une congélation à -20°C pour de courtes périodes ou -80 °C pour de plus longues.

<sup>427</sup> Ce fût le cas pour l'analyse d'un demi-timbre d'une lettre postée par le "corbeau" dans l'affaire "Grégory".

Les prélèvements buccaux réalisés sur des personnes identifiées – auteurs, victime - peuvent être en principe, réitérés. Les prélèvements réalisés pourront être toutefois conservés, à moindre coût, à température ambiante sur un buvard chimiquement traité, grâce à la technologie FTA<sup>428</sup>.

Les prélèvements réalisés sur la scène de crime sont anonymes mais potentiellement identifiables dans la base de données. Il nous semble important de conserver ce type d'échantillons qui ne pourront être réitérés.

La nécessité d'assurer la possibilité d'une contre-expertise nécessite d'assurer la conservation des échantillons. Il existe ainsi un danger à détruire automatiquement<sup>429</sup> – et trop rapidement - des échantillons ou de retirer des profils de la base génétique.

Quelle doit alors être la durée optimum de conservation des prélèvements biologiques ? La recommandation du Conseil de l'Europe R(92) prévoit qu'en principe, les échantillons devront être détruits dès qu'une décision définitive sera intervenue. La durée de conservation peut néanmoins être prolongée dans l'hypothèse où le prélèvement n'a pu être attribué à une personne identifiée – échantillon anonyme, ou bien en cas d'atteinte à la sécurité de l'état. Ces exceptions sont trop limitatives. La durée de conservation des échantillons devra être étendue par la loi, pour prendre en compte les nouvelles possibilités offertes par la génétique. Le délai de prescription de l'action publique pouvant servir de base à une durée minimum de conservation.

Le Conseil de l'Europe<sup>430</sup> préconise de ne pas conserver les échantillons au delà de la décision finale « à moins qu'une telle conservation ne s'impose pour des besoins directement liés à ceux en vue desquels ils ont été prélevés ». (recommandation n° 8)

---

<sup>428</sup> (Finders Technologies Associates) - Papier FTA : papier spécial breveté qui a la capacité de « casser » les cellules des échantillons déposés, libérant ainsi l'ADN contenu tout en le fixant dans le papier et le protégeant des attaques bactériologiques.

<sup>429</sup> - OIPC - Interpol, "Minutes", 2nd international DNA user's conference for investigative officers, Lyon, 2001, disponible: <http://www.interpol.int>

<sup>430</sup> Recommandation (1992), "Recommandation du comité des ministres aux états membres sur l'utilisation des analyses de l'acide désoxyribonucléique (ADN) dans le cadre du système de justice pénale" du 10 février 1992, Conseil de l'Europe, Comité des ministres, Recommandation n° R(92) 1, disponible: <http://cm.coe.int>

Les solutions adoptées par les législations nationales diffèrent. Certains pays procèdent à la destruction des échantillons biologiques dès lors qu'une décision définitive est intervenue. Ainsi, aux Pays-Bas, la loi ne prévoit la conservation des échantillons que pour les personnes condamnées et non pour les prélèvements réalisés sur les scènes de crime, dont l'auteur n'est pas identifié. Les échantillons doivent en principe être détruit après leur analyse, par le laboratoire. Cette disposition est actuellement en discussion car elle rend impossible toute nouvelle analyse à l'aide de nouvelle technique qui pourrait être réalisé dans le futur.

En Belgique, la loi de 1999 impose la destruction des échantillons. Toutefois, conformément à la loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel, un expert judiciaire peut conserver les données relatives à des profils génétiques qu'il a été chargé d'analyser<sup>431</sup>.

Aux Etats-Unis, les procédures de conservation des échantillons sont variables. Le FBI retourne les échantillons après analyse au laboratoire de l'état concerné. Certains états fédérés conservent les échantillons, d'autres les détruisent.

De nombreux pays européens, assimilent les échantillons biologiques à des scellés judiciaires. Les contraintes alors induites par la nécessité de conservation des prélèvements de tissus biologiques dans des conditions particulières ne sont pas réellement prises en compte d'un point de vue légal et financier. C'est le cas par exemple au Portugal et en Espagne.

D'autres pays enfin ont choisi de conserver les échantillons biologiques afin de permettre l'utilisation de nouvelles techniques dans le futur et la contre-expertise. La conservation d'un nombre souvent important de prélèvements sur de longues périodes impose un cadre juridique spécifique et des moyens financiers importants.

Au Royaume-Uni, les objets saisis (verre, vêtements etc ..) sont en principe conservés au sec. Ils représentent environ 10 % des échantillons soumis à analyse. Les fluides corporels (sang inclus) sont en principe prélevés sur papier buvard. D'autres prélèvements peuvent être conservés congelés (chewing gum usagé, denrées périssables). La loi britannique ne distingue pas les échantillons, des profils A.D.N. réalisés. Ils sont tous deux conservés. Au Royaume-

---

<sup>431</sup> articles 43 et 44 du Code d'instruction criminelle

Uni, le « Criminal Justice and Police Act » de 2001 autorise en effet la conservation des échantillons prélevés sur des individus avec leur consentement. Dès lors que celui-ci est donné, il est irrévocable.

Au Canada, les prélèvements réalisés sur des personnes condamnées ne doivent être prélevés qu'à l'aide d'une trousse de prélèvement aux fins d'être déposés dans la banque de données génétiques. Cette trousse normalisée permet l'emploi des méthodes analytiques utilisées pour la banque de données génétiques et la conservation fiables et valables d'échantillons. Elle contient également une note explicative d'emploi ainsi que les documents nécessaires à l'exploitation de l'échantillon. Le prélèvement sur scène de crime est conservé au sec et à l'abri de la lumière (prélèvements secs), ou congelés (tissus organiques ou liquides biologiques)

En France, les échantillons biologiques sont considérés comme des pièces à conviction et placés sous scellés. Leur conservation n'ayant toutefois de sens, en raison de leur nature particulière, que s'ils sont préservés de toute dégradation. La loi du 17 juin 1998 a créé un cadre juridique à l'utilisation et la conservation des informations recueillies par l'analyse d'A.D.N. Le décret n° 2000-413 du 18 mai 2000 précise le fonctionnement du F.N.A.E.G. et du Service central de préservation des prélèvements biologiques (S.C.P.P.B.<sup>432</sup>), dont la vocation est de conserver, sous l'autorité du ministère de la justice, les échantillons de matériel biologique placés sous scellés au cours de la procédure.

La mise en place du S.C.P.P.B. a nécessité un investissement de 530.000€. Le coût de fonctionnement de ce service, hors frais de personnel, s'élève à 200.000€ annuel<sup>433</sup>.

Les prélèvements stockés au sein du S.C.P.P.B obéissent au régime des scellés judiciaires. A ce titre, sur instruction du parquet ou du juge d'instruction, les échantillons biologiques correspondants à des traces anonymes, des prélèvements réalisés sur des personnes condamnées, mais également les prélèvements biologiques effectués sur des témoins, ou des

---

<sup>432</sup>. Le Service Central de Préservation des Prélèvements Biologiques (S.C.P.P.B), dépend de l'institut de recherche criminelle de la Gendarmerie Nationale (Rosny sous bois)

<sup>433</sup>. M. LE FUR, "Rapport d'information n° 504 déposé par la commission des finances, de l'économie générale et du plan sur le fichier national automatisé des empreintes génétiques", enregistré à la présidence de l'Assemblée nationale le 18 décembre 2002, disponible: <http://www.assemblee-nationale.fr>

suspects pourront être conservés au sein du S.C.P.P.B.<sup>434</sup>. La C.N.I.L. dans sa délibération du 28 octobre 1999<sup>435</sup>, rappelle justement que si la loi autorise un magistrat à opérer des rapprochements au F.N.A.E.G. à l'encontre d'une personne contre laquelle il existe des « indices graves et concordant de nature à motiver leur mise en examen », elle interdit de conserver les empreintes génétiques dans la base. Elle précise ainsi « qu'une telle centralisation devra se limiter à la conservation des scellés et ne devra permettre en aucune façon au service central qui en a la charge de procéder pour son propre compte à une exploitation du matériel biologique ainsi centralisé ». Les prélèvements ne peuvent faire l'objet d'une exploitation qu'avec l'autorisation du magistrat en charge du scellé.

Afin de faciliter les recherches, un profil inscrit au F.N.A.E.G. et son échantillon associé, peuvent toutefois être dotés du même numéro d'ordre. En tout état de cause, le fichier du S.C.P.P.B. ne peut contenir des résultats d'analyses d'identification par empreintes génétiques. Toute inter-connection du F.N.A.E.G. avec d'autres bases de données est expressément prohibé (article R. 53-19 du CPP).

Le stockage d'un nombre important d'échantillons biologiques, variés quant à leur nature – solide, organes congelés, liquides etc - et leur taille pose des problèmes pratiques de conditionnement. Le bâtiment hébergement actuellement le S.C.P.P.B. dispose d'une capacité de stockage de 300.000 échantillons. Ce service s'implantera dans des locaux spécialement construits à Pontoise en 2004, portant ainsi la capacité de stockage des scellés à trois millions. L'investissement immobilier réalisé est d'environ 4,3 millions d'€uros et le coût annuel de fonctionnement du service est évalué à 640.000 € annuel<sup>436</sup>.

---

<sup>434</sup> « Art. R. 53-20. - Sur décision du procureur de la République ou, en cours d'information, du juge d'instruction, les scellés contenant des échantillons de matériel biologique saisis dans le cadre d'une enquête préliminaire, d'une enquête pour crime ou délit flagrant, ou d'une instruction préparatoire suivie pour l'une des infractions mentionnées à l'article 706-47 et ayant fait l'objet d'un conditionnement normalisé, sont conservés, jusqu'à l'expiration des délais prévus par l'article R. 53-14, par le service central de préservation des prélèvements biologiques de l'institut de recherche criminelle de la gendarmerie nationale.

« Dans les conditions prévues par la loi no 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, les informations transmises au service central pourront faire l'objet d'un traitement informatisé. Celui-ci pourra, par dérogation à l'article R. 53-19, comporter un numéro d'ordre commun avec le fichier mentionné à l'article R. 53-9. Il ne pourra, en aucun cas, contenir des résultats d'analyses d'identification par empreintes génétiques.

<sup>435</sup> Commission Nationale Informatique et des Libertés, "20ème rapport d'activité 1999", disponible:

<http://www.cnil.fr>

<sup>436</sup> M. LE FUR, "Rapport d'information n° 504 déposé par la commission des finances, de l'économie générale et du plan sur le fichier national automatisé des empreintes génétiques", enregistré à la présidence de l'Assemblée nationale le 18 décembre 2002, disponible: <http://www.assemblee-nationale.fr>

S'inspirant de l'expérience canadienne, le S.C.P.P.B. a choisi de retenir le principe de conservation sur papier buvard FTA. Ce choix impose la diffusion de kits de prélèvements auprès des services d'enquêtes.

Néanmoins, certains échantillons ne pourront être prélevés sur papier traité. C'est le cas en particulier des organes prélevés au cours d'une autopsie, des liquides biologiques ou des draps maculés de sang. Le S.C.P.P.B. semble se retrancher derrière l'article 53-20 du C.P.P. qui prévoit que le matériel biologique prélevé doit « faire l'objet d'un conditionnement normalisé ». Les échantillons dépassant le format « A5 », devront préalablement à leur stockage, être reconditionnés, de manière à leur assurer des conditions de conservation optimales<sup>437</sup>. Plusieurs obstacles se dressent contre ce reconditionnement éventuel. Juridique tout d'abord, car il serait nécessaire de modifier en France, les dispositions du code de procédure pénale, qui attribuent aux seuls O.P.J. - et non aux experts - la possibilité de constituer des scellés judiciaires. Mais, la difficulté essentielle réside dans le fait que le reconditionnement imposera parfois de faire des choix sur le matériel à conserver, entraînant la destruction d'une partie du scellé. Il est impossible de s'assurer que la partie non prélevée aux fins de conservation, ne comporte pas de traces pouvant être exploitée dans le cadre d'une contre expertise ultérieure. A qui revient, en conséquence, la charge de faire ce choix délicat ?

Si les experts semblent vouloir conserver le scellé dans son intégralité, une solution permettant une conservation d'échantillons biologiques parfois volumineux doit être déterminée. Elle passe certainement par une rationalisation des prélèvements et de la constitution de scellés.

#### 4°) La contre-expertise

Le droit à obtenir une contre-expertise doit être apprécié de manière différente, selon le système juridique en application – contradictoire ou accusatoire.

Pour la Cour européenne des droits de l'homme, le droit à un procès équitable s'applique à l'expertise, et en particulier le principe de l'équilibre des armes, doit être respecté. Au bout de

---

<sup>437</sup> C. CABAL, "Rapport de l'Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques sur la valeur scientifique de l'utilisation des empreintes génétiques dans le domaine judiciaire", disponible: <http://www.assemblee-nationale.fr>

cette logique, certains auteurs<sup>438</sup> y voient un droit à la contre-expertise. Dès le prélèvement, il serait judicieux de prévoir, autant que possible, la mise en place systématique de double scellés, permettant la réalisation de contre expertise.

En droit français, le recours à l'expertise n'est pas contradictoire<sup>439</sup>. La généralisation de l'expertise contradictoire avait été envisagée lors de l'élaboration du code de procédure pénale français. Elle a été abandonnée raison de difficultés pratiques d'application. « Le juge d'instruction désigne l'expert chargé de procéder à l'expertise. Si les circonstances le justifient, il désigne plusieurs experts »<sup>440</sup>. Or « en matière criminelle, l'expertise est une chose trop grave pour être confiée à un seul homme »<sup>441</sup>. L'interprétation des indices est faite par le juge et lui seul peut recourir aux services d'un expert, dès lors que se pose une question technique. Cela ne signifie pas que la contradiction est absente. Les conclusions de l'expert doivent être communiquées aux parties et la personne en cause doit avoir été en mesure de présenter ses observations. Dans le cadre d'une information judiciaire, le juge d'instruction ordonne d'office ou à la demande du ministère public ou des parties, les expertises génétiques dès lors qu'il estime leur utilité. Le juge d'instruction procède « conformément à la loi, à tous les actes d'information qu'il juge utiles à la manifestation de la vérité »<sup>442</sup>. Ce dernier communiquera aux parties le rapport d'expertise, en leur laissant la possibilité d'y faire leurs observations.<sup>443</sup> Il incombe au juge de concilier l'utilisation d'une technique puissante avec les droits de la défense dont il est le garant<sup>444</sup>. Dans le cadre d'une infraction flagrante, et sur instruction du parquet, l'officier de police judiciaire donnera connaissance des résultats des examens techniques à la personne suspectée<sup>445</sup>.

<sup>438</sup> J.F. RENUCCI: "L'expertise pénale et la Convention européenne des droits de l'homme", J.C.P., n° 19, 10 mai 2000, Chronique 2000, I, 227, p. 850 et s.

<sup>439</sup> articles 156 à 169-1 du code de procédure pénale

<sup>440</sup> article 159 du C.P.P.

<sup>441</sup> M. LEMOIGNE et P. SAVEL: "Réflexions sur l'expertise médico-légale et toxicologique", D.S. 1962, chronique, p. 44 et s.

<sup>442</sup> article 81 du C.P.P., article 156 du C.P.P. pour la juridiction de jugement

<sup>443</sup> Le projet de loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité fix à quinze jours minimum, le délai imparti par le juge d'instruction aux parties pour présenter leurs observations ou formuler des demandes de complément d'expertise ou de contre expertise. Article 43 § IV, - J.L. WARSMANN, "Rapport sur le projet de loi n° 784 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité", Assemblée nationale, Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 14 mai 2003, disponible: <http://www.assemblee-nationale.fr>

<sup>444</sup> M. BONNIEU: "Le juge d'instruction et les empreintes génétiques à l'aube du troisième millénaire", Revue de droit pénitentiaire et de droit pénal, 2000, p. 202 et s.

<sup>445</sup> article 60 alinéa 4 du C.P.P.

Le rapport d'expertise est soumis à la contradiction. Il faut remarquer toutefois qu'en matière correctionnelle, le rapport d'expertise n'est pas, contrairement aux affaires criminelles, présenté à l'audience de jugement. Les parties peuvent en fait solliciter le magistrat instructeur aux fins de procéder à des compléments d'investigations ou de nouvelles analyses. Elles disposent également d'un droit de formuler des observations sur les constatations relevées par l'expert. Le juge d'instruction sera tenu de motiver son ordonnance refusant une contre expertise, dès lors qu'il aura été demandé par les parties<sup>446</sup>. Le procureur de la République, pouvant également interjeté appel de l'ordonnance dans les dix jours<sup>447</sup>. La défense peut enfin faire entendre à l'audience un témoin, lorsque ce dernier contredit les conclusions d'une expertise, ou « apporte au point de vue technique des indications nouvelles<sup>448</sup> »

Le choix de l'analyse à effectuer relève de l'autorité judiciaire, mais cette décision sera en pratique souvent et nécessairement éclairée par l'avis de l'expert qui devra prendre en compte l'ensemble des paramètres de l'enquête. Le support sur lequel est effectué le prélèvement pourra également influencer le choix de la technique employée.

En Belgique, le suspect peut demander une contre-expertise dans les quinze jours qui suivent les résultats de la première analyse. Elle est effectuée à partir d'un nouveau prélèvement si possible, et d'une partie non encore exploitée des indices recueillis. A défaut de contre-expertise ou après communication des résultats, les échantillons devront être détruits.

La loi belge<sup>449</sup> prévoit que lorsqu'une contre expertise est demandée par le mis en cause, le coût de ce nouvel examen revient à la charge du demandeur dans la mesure où la seconde expertise venait confirmer la première réalisée. Cette contre-expertise sera réalisée sur la base des échantillons prélevés pour la première expertise, ou à défaut, un second prélèvement sera réalisé. Conformément à l'article I § 5 de cette même loi, l'expert détruit l'échantillon de cellules prélevé dès qu'il est informé par le ministère public soit de l'absence d'une contre-expertise, soit du fait que le résultat de la contre-expertise a été porté à la connaissance de

---

<sup>446</sup> article 156 al 2 du C.P.P.

<sup>447</sup> article 185 al 1

<sup>448</sup> article 169 du C.P.P. – Il est à noter que le témoin-expert de la défense n'aura pas accès au dossier (H. LECLERC: "L'expertise", R.S.C. 1992, I, p. 25 et s. )

<sup>449</sup> loi du 22 mars 1999 (§ 4). - Loi relative à la procédure d'identification par analyse A.D.N. en matière pénale, MB du 20 mai 1999, disponible : <http://www.just.fgov.be>

l'intéressé. Dans le mois suivant cette communication par le ministère public, l'expert informe ce dernier que l'échantillon de cellules prélevé, a été détruit.

L'art. 151 du CPP portugais dispose que la réalisation d'une expertise se justifie lorsque la perception ou l'appréciation des faits demande des connaissances techniques, scientifiques ou artistiques spéciales, étrangères à celles du juge. Celui-ci n'est pas obligé de suivre le résultat de l'expertise, mais, en cas de désaccord, doit justifier sa décision<sup>450</sup>. Ainsi, le législateur portugais prétend affirmer l'indépendance du juge par rapport aux experts et réaffirmer le principe de la libre appréciation de la preuve<sup>451</sup>. Les parties peuvent indiquer un conseiller technique bénéficiant de leur confiance pour assister l'expertise ; le juge a aussi la faculté d'être présent<sup>452</sup>. Si elle l'estime nécessaire, ou après requête des parties, l'autorité judiciaire peut déterminer la réalisation d'une nouvelle expertise ou peut convoquer les experts pour donner des informations complémentaires. Cet acte peut être réalisé par « téléconférence »<sup>453</sup>.

Dans le système de anglo-saxon, chaque partie a le droit de poser des questions aux témoins de l'autre partie (« cross examination »). L'avis des experts est discuté par les avocats des parties, et incite des experts à améliorer la qualité de leurs travaux. Le coût élevé des expertises biologiques peut parfois dissuader certaines parties, moins favorisées économiquement.

## B) Le contexte de l'enquête

Qu'ils soient de type accusatoire ou inquisitoire, les systèmes juridiques laissent une place toujours plus grande aux acteurs chargés de mettre en oeuvre les techniques de criminalistique. Le nombre toujours croissant d'expertises A.D.N. sollicitées par les enquêteurs et magistrats oblige les laboratoires à faire des choix de priorité. Mais l'expertise A.D.N. influe de manière importante sur le déroulement des investigations et parfois le comportement des acteurs.

---

<sup>450</sup> art. 163 CPP

<sup>451</sup> art. 127 CPP

<sup>452</sup> art. 155 CPP

<sup>453</sup> art. 158 CPP, nouvelle rédaction donnée par le Décret-loi n°320-C/2000 du 15 décembre

### 1°) Le facteur temps

En France, la jurisprudence estime que l'examen aux fins d'analyse A.D.N. n'est pas de droit en particulier dans la phase terminale du procès. En effet, « si la partie poursuivie doit pouvoir combattre par tous les moyens prévus par la loi les accusations formulées à son encontre, l'obligation d'assurer la continuité du cours de la justice et de permettre le jugement des accusés dans un délai raisonnable fait obstacle à ce que soit nécessairement accepté par les juges tout supplément d'information sollicité par la défense ; qu'il en est ainsi, lorsque, comme en l'espèce, la demande intervient tardivement et que son acceptation serait de nature à entraîner le renvoi de l'affaire sans donner lieu d'espérer plus de certitude dans les résultats »<sup>454</sup>

Dans le cadre d'une enquête de flagrance ou préliminaire, l'officier de police judiciaire peut en France, conformément aux articles 60 et 77-1 du code de procédure pénale<sup>455</sup>, faire procéder à l'analyse des produits biologiques prélevés sur le lieu de l'infraction. Le recours aux expertises n'est plus subordonné en France à un caractère d'urgence. Elles peuvent être employées dès les premiers stades des investigations<sup>456</sup>. Elle est employée en particulier pour disculper ou confondre un suspect placé en garde à vue. Toutefois, l'officier de police judiciaire ne pourra requérir qu'une personne ayant fait l'objet d'un agrément par décret, et inscrite sur la liste d'experts judiciaires. A défaut, l'expertise réalisée pourrait être annulée dans la mesure où elle serait de nature à causer un grief à la personne mise en cause.

Au titre de l'année 1999, plus de 20.000 empreintes génétiques ont été effectuées au sein des cinq laboratoires de police scientifiques français. La charge de travail toujours plus pesante, conduit les laboratoires à « gérer la crise » en établissant des priorités. Les expertises sollicitées par les magistrats dans le cadre d'une garde à vue sont traitées en priorité, alors que l'établissement de profil A.D.N. d'individus condamnés, aux fins d'alimentation du

---

<sup>454</sup> Cass. Crim. (1er février 1995), bulletin criminel, 1995, n° 45, p. 101 et s., disponible: <http://www.legifrance.gouv.fr>

<sup>455</sup> La loi du 23 juin 1999 relative à l'efficacité de la procédure pénale a supprimé la condition d'urgence

<sup>456</sup> Loi n° 99-515 du 23 juin 1999, Article 12 - I. - Au premier alinéa de l'article 60 et au premier alinéa de l'article 77-1 du même code, les mots : « qui ne peuvent être différés » sont supprimés.

F.N.A.E.G. passe au second plan<sup>457</sup>. Les délais de réponses s'allongent considérablement. Dans le cadre d'une affaire « non urgente », le délai d'analyse peut atteindre entre deux et six mois. La mise en place du fichier national des empreintes génétiques semble encore avoir augmenté la charge de travail des laboratoires. Une affaire est révélatrice du risque d'engorgement des laboratoires. En 2002, trois cadavres ont été découverts dans le département de la Somme. Les enquêteurs ont fait procéder à plusieurs centaines de prélèvements sur les lieux du meurtre et les habitants de la région. Un délai de près de quatre mois a été nécessaire pour effectuer l'analyse d'un prélèvement réalisé sur un suspect - qui s'est révélée positive. Comme l'indique un enquêteur, « il a fallu quatre mois parce que les laboratoires sont débordés et qu'on analyse prioritairement l'ADN de l'entourage de la victime »<sup>458</sup>. Près de 3.250 analyses sont en souffrance dans les laboratoires de police technique et scientifique. De 300 à 500 analyses peuvent en théorie être actuellement réalisées chaque mois, au sein de ces cinq laboratoires.<sup>459</sup>

Un amendement déposé par la commission des lois du Sénat rappelle que l'extension proposée du F.N.A.E.G. à un certain nombre d'infractions est indispensable pour « que ce fichier revête une réelle efficacité ». « Il convient cependant que le gouvernement prenne dès à présent, des dispositions pratiques pour éviter que l'extension prévue par la présente loi n'aboutisse à une impossibilité d'alimenter convenablement le fichier faute de moyens matériels et humains suffisants »<sup>460</sup>.

Aux Etats-Unis, l'augmentation du nombre d'analyse A.D.N. et le manque de moyens financiers conduit également de nombreux laboratoires à établir un ordre de priorité pour les

---

<sup>457</sup> Toutes les personnes condamnées pour infractions sexuelles concernées par la loi du 17 juin 1998 n'ont toujours pas fait l'objet du prélèvement imposé par la législation. En tenant compte des extensions prévues par la loi du 18 mars 2003, 30.000 détenus devront chaque année se soumettre à une analyse ADN. – G. GIREL: Conférence "Colloque du Service de coopération technique internationale de police", Intervention du Directeur central de la police judiciaire, non publié

<sup>458</sup> Déclaration faite à l'AFP, citée par M. LE FUR, "Rapport d'information n° 504 déposé par la commission des finances, de l'économie générale et du plan sur le fichier national automatisé des empreintes génétiques", enregistré à la présidence de l'Assemblée nationale le 18 décembre 2002, disponible: <http://www.assemblee-nationale.fr>

<sup>459</sup> Ibid.:

<sup>460</sup> J.P. COURTOIS, "Rapport au nom de la commission des Lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur le projet de loi pour la sécurité intérieure", Annexe au procès-verbal de la séance du 30 octobre 2002, disponible: <http://www.senat.fr>

expertises A.D.N. réalisées<sup>461</sup>. Les demandes d'identification comparatives urgentes – celles opérées dans le cadre de détention policière sont traitées en priorité<sup>462</sup>. Il appartient au magistrat de limiter le nombre des demandes formulées en urgence, aux seuls cas où le résultat de l'analyse commande par exemple, le placement en détention provisoire. Les retards dans les analyses ADN est dû à un accroissement des demandes, sans accroissement correspondant des capacités d'analyses, en particulier en raison du manque d'ingénieurs formés à l'expertise ADN. Une évaluation exhaustive du retard est presque impossible dans la mesure où les Etats-Unis disposent de 17.000 agences gouvernementales différentes, pouvant potentiellement stocker des échantillons biologiques en attente d'analyse. Le ministère de la justice a évalué à 350.000 affaires de viols ou d'homicides en attente d'analyse ADN. Seul 10 % des échantillons relatifs à ces affaires sont parvenus dans les laboratoires en charge de leur analyse.<sup>463</sup>

Les nouvelles perspectives offertes par l'expertise A.D.N. conduit de nombreux pays à s'efforcer de se replonger dans le passé et ressortir les dossiers d'affaires non résolues par le passé avec des méthodes classiques<sup>464</sup>. Ainsi dans le comté d'Alameda (Californie), une enquête est systématiquement ré-ouverte pour les affaires de meurtres intervenus entre 1975 et 1985, non résolus. La contrainte rencontrée était celle de pouvoir interroger ou faire comparaître des témoins plusieurs dizaines d'années après les faits. C'est pourquoi une limite de trente années a été retenue pour l'ancienneté des affaires à traiter. Pour la majorité des cas – 80 % des affaires soumises ! - qui ont été résolues grâce au recours à l'expertise A.D.N., les enquêteurs disposaient d'un suspect préalablement identifié par l'enquête de police classique, et confondu par comparaison génétique.

Le problème de la prescription de l'action publique se pose fréquemment pour les enquêtes sur des cas anciens non résolus. Certains policiers n'ont pas hésité, afin de retarder le point de départ de la prescription, à demander l'établissement de « warrants » (mandat de recherche et d'arrestation) sur la base de la description du profil A.D.N. du suspect. Cette pratique n'est

---

<sup>461</sup> National commission on the future of DNA Evidence: "Recommandation of the national commission on the future of DNA evidence to Attorney général regarding arrestee DNA sample collection", Site Internet, disponible : <http://www.ojp.usdoj.gov>

<sup>462</sup> D. SAINT-DIZIER: "Les laboratoires de police scientifique", in *10 ans d'empreintes génétiques*, Doc. française, 2001, p. 81 et s.

<sup>463</sup> Sarah V. HART, "Report to the attorney general on delays in forensic DNA analysis", March 2003, disponible : <http://www.ujp.usdoj.gov/nij>

<sup>464</sup> R. P. HARMON: "The value of DNA evidence", in *1st International DNA user's conference*, 1999, disponible : <http://www.interpol.int>.

pas considérée par les tribunaux comme étant contraire au IV<sup>ème</sup> amendement qui prohibe les recherches irraisonnables. Un tel mandat peut en effet être établi dès lors qu'il « comporte le nom de la personne à arrêter, ou s'il est inconnu, le mandat doit comporter une description de l'individu qui permettra son identification avec une certitude raisonnable, dès lors qu'il aura été arrêté ».<sup>465</sup> Certains états américains ont modifié leur législation de manière à ce que les poursuites puissent être autorisées par un juge dès lors que le suspect peut être identifié au travers de son profil A.D.N. C'est le cas du Texas, de la Californie et de la Louisiane<sup>466</sup>.

D'autres états ont étendu le délai de prescription pour les seules affaires impliquant un problème d'identification par A.D.N. Dans d'autres états enfin, certaines infractions comme les infractions criminelles les plus graves sont devenues imprescriptibles<sup>467</sup>.

## 2°) Le coût

Si juridiquement l'établissement d'un profil génétique de toutes les personnes arrêtées peut être réalisé, il reste à résoudre en pratique, le problème du financement d'une telle opération. Au niveau fédéral, les experts ont conclu que coût de l'établissement d'un profil génétique pour toutes les personnes arrêtées est rédhibitoire. Selon la « National commission on the future of DNA evidence »<sup>468</sup>, la grande majorité des laboratoires doivent établir des priorités dans la réalisation des analyses, en raison des contraintes financières et de personnel. Les laboratoires favorisent en premier lieu les affaires qui doivent être jugées dans un bref délai, et en second lieu, dans les affaires où un suspect est identifié, mais dont les enquêteurs ont besoin d'une comparaison d'Adn pour procéder à l'arrestation.

En raison de ces contraintes budgétaires, la plus part des services conservent dans leurs placards, un grand nombre de prélèvements de tissus biologiques, issus d'une personne non suspectée.

---

<sup>465</sup> Mr GAHN, (traduit par nous) National Institute of Justice: "The fifth annual conference on the future of DNA : Implications for the criminal justice services", Site internet, 8 et 9 mai 2000, disponible:

<http://www.ojp.usdoj.gov>

<sup>466</sup> Pr KAYE, American university law review: Conférence "The human genome project, DNA science and the law : the american legal system's response to breakthroughs in genetic science", Criminal law and DNA science : balancing societal interests and civil liberties, Washington, DC, 2001, disponible: <http://www.wcl.american.edu>

<sup>467</sup> Pr KAYE, Ibid.

<sup>468</sup> National institute of justice, "Recommendation of the national commission on the future of DNA evidence to the attorney general regarding arrestee DNA sample collection", 16 janvier 2000, disponible:

<http://www.ojp.usdoj.gov/nij/dna/arrestre.html>

Au Royaume-Uni, le coût d'une expertise par prélèvement de cellules buccales a été estimé à environ 240 £ (soit 375 €). Le coût d'un prélèvement sur une scène de crime peut être évalué à 200 £ (312 €), soit un total de 440 £ (688 €) pour l'établissement d'un profil génétique.

Selon les experts que nous avons consulté, le coût estimé d'une expertise génétique en France est comparable. Le coût unitaire d'un kit de prélèvement s'élève à 10 €. L'analyse réalisée à partir de ce kit de prélèvement s'élève à 35 €, hors frais de personnel et d'amortissement de matériel. Le coût total d'une identification génétique « simple » s'élève en conséquence à 45 €. Cette même expertise réalisée dans un laboratoire privée est facturée entre 300 et 400 €. Le coût annuel engendré par les 835.000 analyses envisagées dans le cadre du projet de loi en discussion s'élève à plus de 30 millions d'€uros.

Aux Etats-Unis, 70 % des demandes d'identification A.D.N. concernent des infractions violentes graves. La plus grande difficulté à surmonter réside dans le manque de moyens et la nécessaire redéfinition des priorités. Certains états n'hésitent toutefois pas à investir des sommes importantes pour réaliser les analyses quotidiennes mais aussi prendre en compte le « passif » - tant d'échantillons prélevés sur les scènes de crimes que sur des condamnés.

Outre la baisse du coût d'une analyse entraînée par une économie d'échelle, la résolution rapide d'un crime abaisse le coût global de l'enquête : « la protection de la société et de l'administration de la justice sont bien servies par la découverte, l'arrestation et la condamnation rapides des contrevenants, lesquelles peuvent être facilitées par l'utilisation de profils d'identification génétique <sup>469</sup> ».

Des responsables policiers américains<sup>470</sup> n'hésitent pas à préconiser la réalisation de prélèvements d'A.D.N. dès l'arrestation des suspects, économisant ainsi un certain nombre d'heures d'investigations. « Dans le pays entier, il existe des personnes qui attendent en prison, afin d'être jugés. Certains d'entre eux ont certainement commis des viols ou autres crimes pour lesquels, ayant donné lieu à l'établissement d'un profil A.D.N. Avec un peu de

---

<sup>469</sup> article 4(a) de la loi sur l'identification par les empreintes génétiques

<sup>470</sup> Commissioner SAFIR, National Institute of Justice: "The fifth annual conference on the future of DNA : Implications for the criminal justice services", Site internet, 8 et 9 mai 2000, disponible: <http://www.ojp.usdoj.gov>

chance, le suspect sera reconnu coupable d'une infraction pour laquelle, selon la loi de l'état en question, un profil A.D.N. pourra être réalisé, ce qui ne serait peut-être pas le cas dans un autre état. Dans le même temps, des enquêteurs travaillent jour et nuit pour résoudre cette même affaire, explorant des pistes sans issues. »<sup>471</sup>. Cet auteur poursuit en précisant que le coût de la réalisation systématique de profils A.D.N. pourrait apparaître élevé au départ. Aux Etats-Unis, 15 millions de personnes environ sont arrêtées chaque année. Il serait raisonnable de procéder à 12 millions de prélèvements et de réaliser une économie d'échelle. Le coût d'un examen A.D.N. pouvant alors être estimé entre 30 à 50 dollars.

D'autres auteurs<sup>472</sup> arrivent à la même conclusion pour le Royaume-Uni. Au-delà des possibilités offertes par l'analyse A.D.N. en terme de réduction de la durée du procès, il est probable que cette puisse également réduire le coût des enquêtes de police, en améliorant leur efficacité. Une enquête criminelle nécessite, lorsque les constatations effectuées sur les lieux n'apportent aucun élément probant, de longues investigations – réquisitions relatives à des comptes bancaires, à des opérateurs téléphoniques, des centaines d'auditions ou surveillances etc... Cette économie est difficilement quantifiable, mais très probable.

Il faut également noter qu'une identification positive permettra souvent de résoudre plusieurs affaires d'un seul coup.<sup>473</sup> Les statistiques établissent en effet que 84 % des personnes condamnées pour viol, possèdent des antécédents de vol effraction ou infractions assimilées. Il est probable qu'avec une base de donnée plus importante, le taux d'élucidation des affaires augmenterait considérablement, ce qui n'est pas négligeable.

L'extension éventuelle du nombre d'infractions permettant une intégration dans le F.N.A.E.G. ou permettant une comparaison avec les données incluses dans la base de donnée risque d'avoir des répercussions financières importantes<sup>474</sup>. Le FNAEG, était susceptible à sa conception en 1998, de contenir 10.000 empreintes génétiques de délinquants sexuels et 10 à 15.000 traces. L'extension du nombre d'infractions permettant une intégration dans la base, au travers de la loi relative à la sécurité quotidienne de 2001 laisse envisager une base

<sup>471</sup> (traduit par nous)

<sup>472</sup> D. DOVASTON: "La base de données génétiques du Royaume-Uni", R.I.P.C., n° 457, p. 17 et s.

<sup>473</sup> Secrétariat général OIPC - Interpol: Conférence "2nd international DNA user's conference for investigative officers", Minutes, Lyon, 2001, disponible: <http://www.interpol.int>

<sup>474</sup> M. LE FUR, "Rapport d'information n° 504 déposé par la commission des finances, de l'économie générale et du plan sur le fichier national automatisé des empreintes génétiques", enregistré à la présidence de l'Assemblée nationale le 18 décembre 2002, disponible: <http://www.assemblee-nationale.fr>

contenant 100.000 profils d'individus ou traces. Les évaluations statistiques établissent qu'avec l'adoption de la loi pour la sécurité intérieure<sup>475</sup>, le nombre de profils ou traces contenus dans la base pourraient atteindre 510.000. L'amendement sénatorial permettant le rapprochement des empreintes génétiques de toute personne auteur d'un crime ou délit quelconque porte ce chiffre à 835.000.

### 3°) Les Infractions pour lesquelles une comparaison génétique est possible

Il est possible de classer les pays soumis à l'étude en deux catégories au regard des infractions justifiant une analyse et une comparaison génétique. Les pays anglo-saxons admettent en principe l'échantillonnage pour un grand nombre d'infraction. Les autres pays entendent limiter la comparaison génétique aux personnes condamnées pour des infractions les plus graves et aux infractions sexuelles. Ce fût le cas, initialement pour le moins en France<sup>476</sup>. La limitation aux seules infractions à caractère sexuel est fondée sur l'hypothèse d'un fort taux de récurrence pour les délinquants sexuels. Or pour une partie de la doctrine, cette donnée « n'obéit à aucune raison logique, à aucune donnée criminologique »<sup>477</sup>.

La détermination d'un profil ADN systématique d'une population a été écarté dans la plupart des pays, pour des raisons commandées à la fois par le respect de la liberté individuelle, et du coût financier qui rend impossible, le « profilage » d'un grand nombre d'individu. A défaut de base de donnée généralisée, quelles infractions doivent faire l'objet d'un prélèvement aux fins d'identification ADN ? L'étude menée<sup>478</sup>, à partir des identifications réalisées sur la base de donnée génétique de New-York a eu pour objet de déterminer le degré de versatilité dans la commission des infractions, des individus ayant fait l'objet d'une identification positive dans la base de donnée. L'objectif de cette étude étant de déterminer l'existence éventuelle d'une ou plusieurs catégories d'infractions mineures qui, intégrées dans la base de données, permettrait d'optimiser les identifications positives d'auteurs d'infractions majeures.

---

<sup>475</sup> Loi (2003), "pour la sécurité intérieure" du 18 mars 2003, n° 2003-239, disponible:

<http://www.legifrance.gouv.fr>

<sup>476</sup> Loi (1998), n° 98-468, "relative à la prévention et à la répression des infractions sexuelles ainsi qu'à la protection des mineurs" du 17 juin 1998, disponible: <http://www.legifrance.gouv.fr>

<sup>477</sup> M. ROBERT: "Le fichier national automatisé des empreintes génétiques", in *10 ans d'empreintes génétiques*, Doc. française, 2001, disponible : <http://www.interpol.int>

<sup>478</sup> J. A. GILMER et D. J. VAN ALSTYNE, "The first 100 hits - forensic-offender matches on the new-York DNA state bank. Research note", Office of justice systems analysis, January 2002, disponible:

<http://www.criminaljustice.state.ny.us>

Pour une couverture optimale, la base de donnée doit en effet permettre d'identifier les criminels actifs, qui ont soit, commis dans le passé des infractions pour lesquelles une intégration dans la base est possible, soit sont susceptibles de commettre dans le futur, de telles infractions. L'étude a permis d'établir que les auteurs d'infractions violentes étaient particulièrement versatiles. Il apparaît en effet qu'un individu ayant commis une infraction d'une gravité importante, a commis un certain nombre d'infractions mineures par le passé, variables dans leur nature.<sup>479</sup>

Des études similaires menées au Royaume-uni ont démontré que dans de nombreuses affaires criminelles, les auteurs avaient été précédemment condamnés pour des infractions mineures, dont la nature était cependant variable. Ce fût à titre d'exemple, le cas dans les années soixante-dix pour celui que la presse avait dénommé « l'éventreur du Yorkshire » (13 victimes). Ce fût également le cas plus récemment en France pour le « tueur de l'est parisien ». La société civile anglaise semble très largement favorable à l'établissement de profils génétiques des criminels en particulier pour les meurtriers, et les auteurs de crimes sexuels – 98 %. La proportion de personnes favorables à des signalements pour d'autres types d'infractions est beaucoup plus faible<sup>480</sup>. Les britanniques restent, dans une large proportion (46 %), prêts à admettre que le profil génétique d'un individu accusé d'un crime, et finalement acquitté, soit conservé dans la base de donnée.<sup>481</sup>

Selon les informations du bulletin d'information statistique du ministère de la justice<sup>482</sup>, le taux de récurrence des auteurs de viol est comparativement moins élevé qu'en matière de vol aggravé. En revanche, près de 80 % des récidivistes violeurs ont déjà été condamnés pour une autre infraction au cours des cinq années précédentes. Nous pensons que l'avenir, l'ensemble des pays sans réelle distinction possible, accepteront une liste élargie d'infractions pour lesquelles un prélèvement et une signalisation dans la base de donnée sera possible. La base de donnée génétique change ainsi de fonction : D'un instrument destiné à réprimer *a posteriori* les cas de récurrence d'infractions sexuelles, il devient un outil « au service de la manifestation de la vérité ».

<sup>479</sup> L'espoir des criminologues en quête des gènes du déterminisme criminel s'éloigne à nouveau. Mais, pour combien de temps ?

<sup>480</sup> Human Genetics Commission: "Public attitude to human genetic information", Site Internet, disponible: <http://www.hgc.gov.uk>

<sup>481</sup> Ibid.:

<sup>482</sup> Bulletin infostat n° 68 portant sur les condamnés de 2001 en état de récurrence, août 2003.

En France, les profils génétiques des personnes contre lesquelles il existe des « indices graves ou concordants de nature à motiver leur mise en examen » pour une infraction sexuelle peuvent faire, à la demande du juge d'instruction ou du ministère public, d'un rapprochement avec les données incluses dans la base. Les profils ainsi soumis ne seront pas intégrés dans la base. Cette opération ne nécessite pas que la personne ait été préalablement mise en examen ou même qu'une information ait été ouverte. Dans une affaire déterminée, il sera possible de comparer une empreinte de question (prélèvement d'un échantillon) avec les profils A.D.N. relevés dans un groupe de personne (par exemple les hommes en âge adulte d'un même village). Il ne sera pas possible d'opérer un rapprochement des différents profils du groupe avec la base de données, car il n'existe pas d'indice de culpabilité contre les membres du groupe.<sup>483</sup>

Le FNAEG comptait au 1er octobre 2003 près de 12 000 profils génétiques et traces relevées sur des scènes de crime: environ 8 000 profils génétiques de condamnés appartenant le plus souvent à des personnes lourdement condamnées pour des infractions de nature sexuelle, 500 traces ainsi qu'environ 3 200 profils génétiques de mis en cause qui seront enregistrés lorsque les décrets d'application de la loi auront été pris. Il devrait atteindre 150.000 à la fin de l'année 2004<sup>484</sup>. L'objectif est que ce fichier contienne à terme 600 000 à 700 000 empreintes<sup>485</sup>.

La loi sur la sécurité intérieure, élaborée sous l'impulsion du ministère de l'intérieur<sup>486</sup> et adoptée définitivement après désignation d'une commission mixte paritaire, prévoit la possibilité d'intégrer dans le F.N.A.E.G., au delà des personnes définitivement condamnées pour une infraction visée à l'article 706-55 du C.P.P. , les suspects - "personnes à l'encontre desquelles il existe des indices graves ou concordants de nature à motiver leur mise en examen pour un crime ou un délit puni d'une peine d'emprisonnement". Le projet présenté au Conseil d'Etat prévoyait toutefois de limiter les prélèvements relatifs aux suspects, pour des

---

<sup>483</sup> circulaire (2000), "Présentation des dispositions relatives au fichier national automatisé des empreintes génétiques et au service central de préservation des prélèvements biologiques" du 10 octobre 2000, Ministère de la justice, direction des affaires criminelles et des grâces, n° CRIM 2000-08 F1/10-10-2000 , Cette circulaire abroge et se substitue à la circulaire CRIM98-2/F1 du 14 décembre 1998.

<sup>484</sup> Déclaration du ministre de l'intérieur, séance des questions au gouvernement du 22 octobre 2003.

<sup>485</sup> Bulletin hebdomadaire d'information du SCTIP n° 268, semaine du 24 au 30 octobre 2003, non publié

<sup>486</sup> P. CEAUX: "Le fichier génétique est élargi à toutes les infractions et aux simples suspects", *Le monde*, 27 septembre 2002

infractions punies d'une peine minimale d'emprisonnement de trois années<sup>487</sup>. Le projet, tout d'abord présenté en Conseil des Ministres le 23 octobre 2002<sup>488</sup>, prévoyait que le F.N.A.E.G. pourrait voir son champ d'application s'élargir à de nombreux délits de violences contre les personnes ou les biens, ou mettant en danger l'ordre public, comme les délits en matière d'armes et d'explosifs<sup>489</sup>.

Il semble d'ailleurs que les membres de la C.N.I.L. aient été informés tardivement de l'existence du projet d'élargissement du F.N.A.E.G., alors que le décret du 17 juillet 1978, pris pour l'application de la loi informatique et libertés, précise que "tout projet de loi portant création d'un traitement automatisé d'informations nominatives est transmis au Parlement accompagné de l'avis de la CNIL".<sup>490</sup> La président de cette autorité administrative indépendante observe toutefois qu'une telle extension des conditions d'inscription à ce fichier "modifie profondément sa nature" et implique de meilleures garanties visant à protéger les droits des citoyens. "Nous pensons que la décision d'y inscrire une personne ne doit pas relever de la seule décision d'un officier de police judiciaire, mais de l'autorisation d'un magistrat"<sup>491</sup>.

Les députés ont introduit une distinction entre deux catégories de « suspects »<sup>492</sup> :

Tout d'abord, les personnes « à l'encontre desquelles il existe des *indices graves ou concordants rendant vraisemblable qu'elles aient commis* l'une des infractions mentionnées à l'article 706-55 ... »<sup>493</sup>. Ces derniers pourront faire l'objet d'une intégration dans le F.N.A.E.G. sur décision d'un officier de police judiciaire agissant soit d'office, soit à la demande du procureur de la République ou du juge d'instruction. Il sera fait mention de cette décision au dossier de la procédure. Ces empreintes seront effacées sur instruction du

<sup>487</sup> P. SMOLAR: "Nicolas Sarkozy transmet un projet amendé au Conseil d'Etat", *Le Monde*, 5 octobre 2002

<sup>488</sup> B. BISSUEL, P. KREMER et P. SMOLAR: "Plusieurs articles du projet de loi sur la sécurité intérieure ont été modifiés." *Le monde*, 24 octobre 2002

<sup>489</sup> Avec l'extension du fichier, c'est 500.000 empreintes par an qui pourraient théoriquement être incluses, contre 10.000 au total actuellement.

<sup>490</sup> S. FOUCART: "La CNIL a été tenue à l'écart de la rédaction du texte. Le fichier des empreintes génétiques sera élargi aux suspects de délits", *Le monde*, 5 octobre 2002

<sup>491</sup> S. FOUCART: "La CNIL s'inquiète des "dangers" de l'utilisation des fichiers prévue par le projet de loi sur la sécurité", *Le Monde*, 26 octobre 2002

<sup>492</sup> "Projet de loi sur la sécurité intérieure", n° 381, 2002, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 19 Novembre 2002, disponible: <http://www.assemblee-nationale.fr>, article 15. Les critères finalement retenus sont identiques à ceux permettant la mise en examen et le placement en garde à vue.

<sup>493</sup> article 706-54 al 2 du C.P.P.

procureur de la République agissant soit d'office, soit à la demande de l'intéressé, lorsque leur conservation n'apparaît plus nécessaire compte tenu de la finalité du fichier. Le « suspect » pourra contester la décision prise en saisissant le juge des libertés et de la détention, dont la décision peut être contestée devant le président de la chambre de l'instruction. Les critères permettant le prélèvement d'A.D.N. sont identiques à ceux retenus pour la mise en examen<sup>494</sup>.

Enfin, la « personne à l'encontre de laquelle il existe *une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis un crime ou un délit* »<sup>495</sup> pourra faire l'objet d'un rapprochement d'empreinte, par comparaison avec le F.N.A.E.G. Les O.P.J. pourront opérer ce rapprochement, d'initiative ou sur instruction du procureur de la République ou du juge d'instruction. L'empreinte de comparaison ne pourra être conservée. Néanmoins, il faut remarquer que l'article 706-54 al 3 permet d'opérer le rapprochement pour l'ensemble des crimes ou délits – sans limitation aux infractions prévues par l'article 706-55 du C.P.P.

Le F.N.A.E.G. peut devenir, à terme, un instrument d'identification très large, à l'instar du fichier des empreintes digitales.<sup>496</sup>

L'inscription dans ce fichier se fera sous le contrôle de l'autorité judiciaire, dans la mesure où ces personnes pourront demander l'effacement de ces données au procureur de la République, si leur conservation n'est plus justifiée au regard de la finalité du fichier. Un double recours

---

<sup>494</sup>. amendement n° 68 rectifié bis, Projet de loi sur la sécurité intérieure, "Compte rendu analytique officiel du Sénat", 2002, séance du 14 novembre 2002, disponible: <http://www.senat.fr>, en remplaçant les mots de l'article 706-54 du C.P.P. al. 2 : «une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'elles ont», par les mots : «des indices graves ou concordants rendant vraisemblable qu'elles aient ».

<sup>495</sup>. article 706-54 al 3. Les critères retenus sont similaires à ceux qui permettent le placement en garde à vue – article 63 du C.P.P. (rédaction issue de la loi n° 2002-37, du 4 mars 2002, article 2-1)

<sup>496</sup> C. ESTROSI, "Rapport n° 508, au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la république sur le projet de loi pour la sécurité intérieure", Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 18 décembre 2002., disponible: <http://www.assemblee-nationale.fr>

devant le juge des libertés et de la détention, puis devant le président de la chambre de l'instruction<sup>497</sup> est possible.

L'O.P.J. peut procéder ou faire procéder sur toute personne concernée par la procédure, « aux opérations de prélèvements externes à la réalisation d'examens techniques et scientifiques de comparaison avec les traces et indices prélevés ». Cette prérogative a été critiquée par certains députés dans le cadre des débats parlementaires<sup>498</sup>. Le refus de se soumettre à un prélèvement sera passible d'une peine de six mois d'emprisonnement et de 7.500 € d'amende<sup>499500</sup>. Le Conseil constitutionnel a considéré que le juge pénal devra proportionner la peine spécifique prévue par la loi à celle qui pourra être infligée pour le crime ou le délit qui aura justifié le prélèvement<sup>501</sup>.

Au Canada, lorsque le délinquant est condamné pour une infraction « primaire », la juridiction aura l'obligation de procéder à cette identification, à moins que la mesure soit manifestement à l'intérêt du public. Lorsque le condamné est emprisonné pour une infraction « secondaire », cette mesure est à la discrétion du tribunal dès lors qu'il est de l'intérêt de la justice d'y procéder. La juridiction devra motiver sa décision en fonction de la nature de l'infraction et les circonstances de sa commission. Des échantillons peuvent être prélevés sur des délinquants condamnés avant l'entrée en vigueur de la loi, s'agissant soit de « délinquants dangereux » aux termes du Code criminel, soit de délinquants sexuels condamnés à deux ans

<sup>497</sup> article 15 du projet de loi, modifiant l'article 706-54 du C.P.P. : (al. 2 : « Les empreintes génétiques des personnes à l'encontre desquelles il existe une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'elles ont commis l'une des infractions mentionnées à l'article 706-55 sont également conservées dans ce fichier sur décision d'un officier de police judiciaire agissant soit d'office, soit à la demande du procureur de la République ou du juge d'instruction ; il est fait mention de cette décision au dossier de la procédure. Ces empreintes sont effacées sur instruction du procureur de la République, agissant soit d'office, soit à la demande de l'intéressé, lorsque leur conservation n'apparaît plus nécessaire compte tenu de la finalité du fichier. Lorsqu'il est saisi par l'intéressé, le procureur de la République informe celui-ci de la suite qui a été réservée à sa demande ; s'il n'a pas ordonné l'effacement, cette personne peut saisir à cette fin le juge des libertés et de la détention, dont la décision peut être contestée devant le président de la chambre de l'instruction. »

<sup>498</sup> Mr B. LE ROUX, «on ne peut que s'étonner qu'un OPJ puisse de sa propre initiative décider de l'inscription d'une personne au FNAEG, lorsque celle-ci est facultative. La moindre des choses serait de confier l'affaire à un magistrat et de mettre l'intéressé en mesure de s'expliquer», compte rendu analytique, 2ème séance, "Projet de loi sur la sécurité intérieure, débats parlementaires, Assemblée-nationale", 2003, 14 janvier 2003, disponible:

<http://www.assemblee-nationale.fr>

<sup>499</sup> 2 ans et 30 000 € d'amende en cas de crime (article 706-56 du C.P.P. nouveau tel qu'établi par la loi du 15 novembre 2001. La commission des lois a proposé de porter à 1 an d'emprisonnement et 15.000 € d'amende, la peine encourue en cas de refus de se soumettre à un prélèvement biologique. La peine infligée ne pouvant faire l'objet d'une confusion de peine avec celle éventuellement prononcée. La loi prévoit d'étendre la sanction du refus éventuel aux personnes suspectées. (article 706-54 CPP)

<sup>500</sup> article 16 du projet de loi, insérant un article 55-1 du C.P.P.

<sup>501</sup> Conseil constitutionnel, 13 mars 2003, Décision n° 2003-467 DC sur loi relative à la sécurité intérieure, disponible: <http://www.conseil-constitutionnel.fr>

minimum d'emprisonnement, soit de coupables de plus d'un meurtre (article 487.055 du code criminel) (2000 personnes devront livrer leur empreinte génétique)

La loi canadienne C 104 de 1995 permet à un juge de décerner un mandat en vue de prélever un échantillon de substances corporelles à des fins d'analyse génétique d'une personne soupçonnée d'avoir commis une « infraction désignée »<sup>502</sup>. L'article 487.05 du code criminel impose la délivrance d'un mandat par un juge de la cour provinciale, ordonnant le prélèvement aux fins d'analyse génétique. Cet acte est alors soumis d'une part au régime de droit commun des mandats de perquisition<sup>503</sup> - existence de motifs raisonnables qu'une infraction a été commise, que la personne sujette à la perquisition a participé (existence de motifs raisonnables) à l'infraction et que la perquisition apportera des preuves relatives à l'affaire. D'autre part, le juge de la cour provinciale doit être convaincu que le prélèvement servirait au mieux l'administration de la justice. Pour les suspects, il faut noter qu'il n'existe pas de distinction entre les infractions dites « primaires » ou « secondaires ». L'agent de la paix qui procède au prélèvement est tenu d'informer au préalable l'intéressé de la teneur du mandat ou de l'autorisation, de la nature du prélèvement, du but de celui-ci, de son pouvoir d'employer la force nécessaire pour procéder au prélèvement, et dans le cas où les échantillons sont prélevés en exécution d'un mandat, de la possibilité que les résultats de l'analyse génétique soient présentés en preuve.

Aux Etats-Unis, le « Patriot Act » adopté en octobre 2001 en réponse aux attentats du 11 septembre 2001 a étendu de manière significative la liste des infractions qui pouvaient, au niveau fédéral, donner lieu à la réalisation d'un profil A.D.N. et son intégration dans la base fédérale. Désormais, tous les actes de terrorismes et toutes les infractions impliquant l'usage de la violence peuvent faire l'objet d'un échantillonnage. Il est prévu, du seul fait de ces nouvelles infractions, une augmentation du nombre d'analyses réalisées de 50.000 échantillons et 10.000 profils de personnes condamnées par an<sup>504</sup>. A la suite des événements du « 11 septembre », certains auteurs n'ont pas hésité à évoquer la possibilité de procéder à

---

<sup>502</sup> Ces infractions sont considérées comme étant les plus graves ou pour lesquelles, il est probable que des substances corporelles pourront être découvertes.

<sup>503</sup> Voir *Hunter c. Southam* [1984] 2 RCS 145.

<sup>504</sup> F.B.I., "F.B.I. Laboratory annual report 2001", Department of justice, janvier 2002, disponible: <http://www.fbi.gov>

l'établissement d'un profil génétique pour tout étranger se rendant sur le territoire américain<sup>505</sup>.

Au Royaume-Uni, le « Criminal Justice and Police Act 2001 » autorise que des échantillons d'A.D.N. prélevés avec le consentement de l'intéressé, puissent faire l'objet de recherches « spéculatives » aux fins d'identifier la participation éventuelle à une infraction antérieure. Les policiers britanniques ont été invité à se soumettre, avec leur autorisation expresse, à un prélèvement destiné à la constitution d'une base de donnée contenant des profils A.D.N. Cette base est constituée aux fins d'écarter le plus rapidement de possible, une pollution accidentelle, mais les policiers semblent réticents à consentir au prélèvement. Une circulaire du Home Secretary<sup>506</sup> impose aux policiers nouvellement recrutés, de se soumettre à un prélèvement de tissus biologique – cheveux avec racines, salive ou cellules de la muqueuse buccale selon leur choix. Ces échantillons sont destinés à alimenter une base de donnée spéciale (« Police Elimination Database » – PED). Un échantillon est destiné à l'établissement du profil génétique, alors qu'un second est conservé au froid pour une éventuelle application de nouvelle technique qui seront découvertes dans le futur. Chaque nouvelle recrue doit désormais consentir expressément au prélèvement. L'établissement du profil génétique est une condition préalable à l'embauche. En cas de concordance, le FSS devra aviser le service de police concerné, et établir un rapport expliquant les raisons de la pollution. Le retrait de la base de donnée intervient lorsque le membre quitte les forces de police.

La victime peut également faire l'objet d'un prélèvement destiné à écarter une pollution. A cette occasion, il pourrait être découvert une participation de la victime à une infraction antérieure.

#### 4°) Modalités du prélèvement

L'identification génétique est effectuée par comparaison d'au moins de deux empreintes déterminées soit à partir de matériaux existant indépendamment de la volonté de la personne

---

<sup>505</sup> Pr ASPLEN, American university law review: Conférence "The human genome project, DNA science and the law : the american legal system's response to breakthroughs in genetic science", Criminal law and DNA science : balancing societal interests and civil liberties, Washington, DC, 2001, disponible:

<http://www.wcl.american.edu>

<sup>506</sup> Circular (2002), HOC 40/2002, "The police (amendment) regulations 2002" du 1er août 2002, disponible: <http://www.homeoffice.gov.uk>

concernée par la mesure, soit à partir d'échantillons directement prélevés sur elle<sup>507</sup>. La question du respect du corps humain n'existant que dans la seconde hypothèse.

Le principe d'inviolabilité du corps humain reconnu par de nombreux textes internationaux et protégé par la plus part des textes constitutionnel. Il requiert le recueil du consentement de la personne sur laquelle il est envisagé un prélèvement de tissus biologiques. Toutefois, ce principe doit être concilié avec la nécessité de réaliser des investigations criminelles. Quelle réaction doit s'imposer lorsque l'individu – témoin, suspect ou détenu condamné – refuse de se soumettre à un prélèvement ? Peut-on imposer à l'individu un mode particulier de prélèvement ?

Trois systèmes sont en théorie concevables<sup>508</sup> : Une première option est de sanctionner le refus d'une peine d'emprisonnement et/ou d'amende. C'est la solution qui fût adoptée en France pour sanctionner le refus de se soumettre à un dépistage d'imprégnation alcoolique. C'est également la solution retenue par les lois récentes pour sanctionner le refus de prélèvement biologique aux fins d'expertise A.D.N. Une seconde solution consiste à laisser le juge libre de tirer les conséquences d'un éventuel refus, au regard de la preuve de l'infraction. Cette solution, critiquable au regard du principe de présomption d'innocence, est admise par la Cour européenne des droits de l'homme. La troisième solution consiste dans la possibilité de recourir à la force pour obtenir un prélèvement. La contrainte<sup>509</sup>, devant dans ce cas être proportionnelle à l'objectif poursuivi, et la gravité de l'infraction. Les solutions retenues par les différents pays différent, mais conduit en pratique, à un résultat souvent identique.

Dans le cadre d'une procédure judiciaire, l'article 16-11 du code civil<sup>510</sup>, tel qu'issu de la loi du 29 juillet 1994, ne précise pas expressément s'il est nécessaire de recueillir le consentement, contrairement à la première mouture du texte soumis à l'Assemblée Nationale. Cet article dispose que « l'identification d'une personne par ses empreintes génétiques ne peut être recherchée que dans le cadre de mesures d'enquête ou d'instruction diligentées lors d'une procédure judiciaire ou à des fins médicales ou de recherche scientifique ». Les débats

---

<sup>507</sup> E. MOLINA: "*La liberté de la preuve des infractions en droit français contemporain*", PUF Marseille, 2001, 620 pages, p. 181 et s.

<sup>508</sup> Peter J-P. TAK et G. A. VAN EIKEMA HOMMES: "Le test ADN et la procédure pénale en Europe", R.S.C. 1993, p. 679 et s.

<sup>509</sup> relative dans le cadre du prélèvement de cellules buccales.

<sup>510</sup> article 16-11 du code civil, article 4 de la loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain, J.O. du 30/07/1994 p. 11056

parlementaires<sup>511</sup> pourraient permettre de penser qu'il est possible de procéder à un prélèvement, malgré l'opposition de la personne en cause. En effet, un amendement déposé par le gouvernement, non retenu, précisait : « En matière pénale, le consentement de l'intéressé n'est pas requis ».<sup>512</sup>

A défaut de précision, il faut se référer aux principes reconnus par les textes internationaux, la jurisprudence constitutionnelle et les règles du droit commun de l'administration des preuves.

La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme<sup>513</sup> reconnaît que le droit de se taire et de ne pas contribuer à sa propre incrimination est un droit lié au principe de présomption d'innocence reconnu par l'article 6§2 C.E.S.D.H. Même si la juridiction peut tirer les conséquences d'un silence prolongé relativement à son intime conviction, il semble qu'il soit impossible en France de procéder à un prélèvement sous la contrainte<sup>514</sup>. La Commission européenne des droits de l'homme s'est par ailleurs prononcée sur une requête relative à un prélèvement obligatoire de sang dans le cadre d'un procès visant à établir une filiation<sup>515</sup>. En se basant sur l'article 8 §2 C.E.S.D.H, elle estime que l'ingérence en cause pouvait être justifiée dès lors qu'elle était prévue par la loi, nécessaire dans une société démocratique et proportionnée au but recherché. La Commission estimant à cette occasion qu'une prise de sang devait être considérée comme une atteinte faible à l'intégrité.

Le Conseil constitutionnel en France affirme dans sa décision du 27 juillet 1994, que les principes affirmés dans les lois qui lui sont soumises tendent à assurer le respect du principe constitutionnel de sauvegarde de la dignité humaine<sup>516</sup>. Il faut remarquer que le prélèvement forcé ne paraît pas contraire principes constitutionnels. En effet, malgré la saisine qui visait à reconnaître le « droit à l'intégrité physique » comme principe de valeur constitutionnelle, le Conseil s'est borné à consacrer le principe de « dignité humaine », sur la base du préambule

<sup>511</sup> Le rapporteur de la loi devant l'Assemblée nationale (Mr Bioulac) précise même : « Dans le cadre de l'identification, on distingue ce qui est civil, qui nécessite le consentement, et ce qui est pénal, qui ne nécessite pas le consentement », A.N., débat, 2<sup>ème</sup> Séance du 23 novembre 1992, p. 5869

<sup>512</sup> amendement n° 76, A.N. débat 2<sup>ème</sup> séance du 23 novembre 1992, p. 5870

<sup>513</sup> C.E.D.H. Saunders c/Royaume-Uni 17 décembre 1996

<sup>514</sup> «le droit de ne pas s'incriminer soi-même concerne en premier lieu le respect de la détermination d'un accusé à garder le silence .... il ne s'étend pas à l'usage, dans une procédure pénale, de données que l'on peut obtenir de l'accusé en recourant à 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 d'A.D.N.»

<sup>515</sup> Commission européenne des droits de l'homme, 13 décembre 1979, n° 8378/78

<sup>516</sup> D. THOUVENIN: "Les lois n° 94-548 du 1er juillet 1994, n° 94-653 et n° 96-654 du 29 juillet 1994 ou comment construire un droit de la bioéthique", A.L.D. 1995, comm. légis., p. 149 et s.

de la Constitution de 1946. Le principe « d'intégrité du corps humain » se voit en conséquence reconnaître une valeur infra-constitutionnelle, qui « tend à assurer le principe de dignité ». Une loi en conséquence peut en théorie, restreindre ce principe.<sup>517</sup>

Par ailleurs, dans sa décision relative à la loi sur la sécurité quotidienne<sup>518</sup>, le Conseil a admis la possibilité de recourir à la contrainte pour pratiquer une prise de sang sur l'auteur d'une agression sexuelle, afin de déterminer si l'intéressé n'est pas atteint par une maladie sexuellement transmissible. Dans sa décision, le Conseil considère que la « contrainte à laquelle est soumise la personne concernée n'entraîne aucune rigueur qui ne serait pas nécessaire au regard des autres exigences constitutionnelles en causes ».

Une partie de la doctrine se base sur la décision du Conseil constitutionnel pour admettre la possibilité d'un prélèvement forcé d'échantillons biologiques. Toutefois, comme le souligne certains auteurs<sup>519</sup>, la position de la Cour européenne des droits de l'homme n'empêche pas les états signataires d'adopter une position plus protectrice des personnes, et refuser le prélèvement forcé. La recommandation du Conseil de l'Europe sur l'utilisation des analyses A.D.N. dans le cadre de la justice pénale<sup>520</sup> prévoit d'ailleurs expressément que « lorsque le droit interne admet que des échantillons soient prélevés sans le consentement du suspect, un tel prélèvement ne devrait être effectué que si les circonstances de l'affaires exigent une telle mesure ».

En cas de crime, délit ou accident suivi de mort, la loi du 9 juillet 1970 permet en France de procéder à la détection avec le consentement de l'intéressé, puis à la détermination par analyse du taux d'imprégnation alcoolique. Mais des contrôles préventifs peuvent également être réalisés sur réquisitions du Procureur de la République ou à l'initiative d'un officier de Police Judiciaire. S'il se révèle positif, le taux d'alcoolémie sera vérifié soit par éthylomètre, soit par prise de sang. La prise de sang est exceptionnelle, elle ne sera pratiquée qu'en cas d'incapacité physique à souffler, notamment dans le cadre d'accident avec dommages

---

<sup>517</sup> V. LESCLOUS: "Empreintes génétiques et procédures pénales", in *Les empreintes génétiques en pratique judiciaire*, Doc. française, 1998, p. 111 et s.

<sup>518</sup> Décision n° 2003-467 DC du 13 mars 2003 sur la loi pour la sécurité intérieure, disponible <http://www.conseil-constitutionnel.fr>

<sup>519</sup> A. GIUDICELLI: "Chronique de jurisprudence - Procédure pénale", R.S.C.2000, n° 3, Chronique de jurisprudence, p. 607 et s.

<sup>520</sup> Recommandation (1992), "Recommandation du comité des ministres aux états membres sur l'utilisation des analyses de l'acide désoxyribonucléique (ADN) dans le cadre du système de justice pénale" du 10 février 1992, Conseil de l'Europe, Comité des ministres, Recommandation n° R(92) 1, disponible: <http://cm.coe.int>

corporels. La prise de sang réalisée avant la sixième heure de la commission de l'infraction ou de l'accident doit être réalisée par un médecin ou interne. L'officier ou l'agent de police judiciaire devant assister à la prise de sang, qui sera répartie en deux flacons scellés. Le premier est destiné à l'analyse dont les résultats seront transmis au Procureur de la République et à l'intéressé. Le second flacon étant destiné à la contre expertise éventuelle. Le conducteur n'a pas le choix du moyen de vérification, puisque la loi accorde la même valeur de conviction aux deux procédés. C'est l'agent verbalisateur qui apprécie librement quel sera le mode de vérification. L'opposition à une vérification par éthylomètre, au motif que la prise de sang serait plus fiable, est passible de poursuite pour refus de se soumettre aux vérifications destinées à établir l'imprégnation alcoolique, délit sanctionné de la même façon que la conduite sous l'empire d'un état alcoolique supérieur ou égal à 0,40 mg par litre d'air expiré.

Le juge ne devrait-il pas, en l'absence de précision de la loi, interpréter la règle de droit en s'efforçant, selon la technique élaborée par Geny, de respecter « l'équilibre des intérêts en présence ». Le juge est alors amené à concilier cette valeur fondamentale avec d'autres principes généraux du droit tel que le droit à la preuve. Ainsi, il sera amené à mettre en balance, non pas les principes en eux-même, mais l'importance du droit dont le plaideur entend établir les éléments et la gravité de l'atteinte à la personne, impliquée par la demande de preuve<sup>521</sup>.

Pour le doyen Carbonnier<sup>522</sup>, toute dérogation au principe de l'inviolabilité du corps humain est de la compétence exclusive du législateur. Dans le silence de la loi, le juge ne saurait ainsi être autorisé à déroger au principe de protection de la personne.

Certains auteurs<sup>523</sup> distinguent les prélèvements à des fins civiles pour lesquelles la contrainte ne saurait être employée, des investigations pénales, pour lesquelles un prélèvement de matériel biologique pourrait être réalisée contre le gré du suspect<sup>524</sup> <sup>525</sup>. L'autre partie de la doctrine – majoritaire - rejette ainsi la possibilité pour l'autorité judiciaire, de recourir à la

<sup>521</sup> R. VIENNE : "Preuve et atteintes à la personne", J.C.P 1949., doctrine, I, 758

<sup>522</sup> J. CARBONNIER, D.S. 1947, p. 510 et s.

<sup>523</sup> H. GAUMONT-PRAT : Ch. Acc. Rennes (14 août 1997), D.S. 1998, somm. commentés, p. 160 et s.

<sup>524</sup> V. LESCLOUS et C. MARSAT : "Chronique des parquets et de l'instruction. Du procès pénal et du juge à propos des empreintes génétiques", Pénal, 1998, juin, n° 17, p. 5 et s.

<sup>525</sup> P. PY : "Vers un statut de l'homme biologique. Les lois sur la bioéthique", R.D.P. 1996, 2, p. 1319 et s.

contrainte, même minime, imposée par le refus de l'individu en cause, de consentir à un prélèvement<sup>526 527</sup>. En effet, seule la loi pourrait remettre en cause le droit au silence de l'accusé, entendu dans sa dimension physique, en infligeant à la personne refusant le prélèvement, une sanction pénale.

L'information génétique participe à l'intégrité corporelle, et permet de surcroît l'identification de l'individu. La réalisation d'un test de comparaison nécessite un prélèvement, qui passe par une atteinte même minime à l'intégrité corporelle<sup>528</sup>. Mais comme certains auteurs<sup>529</sup>, nous pensons que le principe de respect de l'intégrité du corps humain s'applique indépendamment de toute notion d'atteinte physique, même bénigne.

La circulaire de présentation des dispositions relatives au fichier des empreintes en France<sup>530</sup> semble se rallier à la doctrine majoritaire en précisant que les « échantillons de matériel biologiques prélevés sur une personne ne nécessite pas, dans le cadre d'une procédure pénale, l'accord de l'intéressé, les dispositions du 2<sup>ème</sup> alinéa de l'article 16-11 du code civil n'étant alors pas applicables ». Ce même texte réglementaire précise toutefois que les principes généraux de notre droit garantissent l'inviolabilité du corps humain. En conséquence, il ne pourra pas être procédé à une prise de sang, un prélèvement capillaire ou un prélèvement buccal sans l'autorisation de la personne. Le recueil de cette autorisation n'a pas à être transcrit par procès verbal. Néanmoins, les opérations de prélèvement mentionnant l'accord de la personne pourront être utilement transcrites par procès verbal. La circulaire ne le précise pas, mais il s'agit bien là d'établir en fait, la preuve de l'origine du prélèvement.

La voie choisie par le droit français est considérée par certains auteurs comme médiane<sup>531</sup>. Elle est également teintée d'une certaine hypocrisie. Dans la mesure où le législateur n'a pas osé recourir à la force pour contraindre les prélèvements, l'autorité administrative pourra

<sup>526</sup> S. ROUQUIE: "Les rapports actuels entre le droit et les sciences de la vie", *Petites Aff.*, n° 57, du 13 mai 1998

<sup>527</sup> J.C. GALLOUX: "L'empreinte génétique : la preuve parfaite ?" *J.C.P.*1991, n° 12, *Doctrine*, I, 3497

<sup>528</sup> N.J. MAZEN: "Tests et empreintes génétiques : du flou juridique au pouvoir scientifique", *Petites Aff.*, n° 149, du 14 décembre 1994

<sup>529</sup> C. HENNAU-HUBLET: "Les tests d'identification génétique en matière pénale", *R.I.P.C.* 1997, n° 462, p. 38 et s.

<sup>530</sup> circulaire (2000), "Présentation des dispositions relatives au fichier national automatisé des empreintes génétiques et au service central de préservation des prélèvements biologiques" du 10 octobre 2000, Ministère de la justice, direction des affaires criminelles et des grâces, n° CRIM 2000-08 F1/10-10-2000

<sup>531</sup> C. HENNAU-HUBLET: "Les tests d'identification génétique en matière pénale", *R.I.P.C.* 1997, n° 462, p. 38 et s.

recourir à la ruse ! Ce texte précise en effet, qu'il est possible de réaliser l'analyse à partir d'un échantillon de matériel biologique qui se serait détaché naturellement du corps humain (cheveux trouvés sur un peigne, traces de salive présentes sur un verre) « à condition que les circonstances permettent de s'assurer que cet échantillon provient bien de l'intéressé ».

Pour « contraindre » une personne condamnée définitivement, la circulaire suggère également d'informer du refus le juge de l'application des peines par l'intermédiaire du procureur de la République, « afin qu'il en apprécie les conséquences quant à l'octroi des mesures d'aménagement de peine, comme les réductions de peines, les permissions de sortie ou la libération conditionnelle ». C'est ce que certains pourraient appeler du chantage à la libération ! Il ne nous paraît d'ailleurs pas exclus, dans l'hypothèse de refus d'un détenu condamné de se soumettre à un prélèvement d'A.D.N.<sup>532</sup>, que le parquet, agissant sur la base de l'infraction de refus de se soumettre au prélèvement, ordonne une perquisition en cellule et appréhende des effets personnels du détenu aux fins d'établissement de profil génétique. La loi sur la sécurité intérieure.<sup>533</sup> prévoit que les mis en cause qui refuseront de se soumettre au prélèvement d'A.D.N. sont passibles de poursuites qui ne visent là aussi que les condamnés définitifs. Ces peines ne seront pas soumises à la règle de cumul de peine. Une opération destinée à étudier la possibilité d'une généralisation des prélèvements sur les personnes condamnées a récemment été conduite dans quatre prisons françaises. Au cours de celle-ci, 1.165 détenus ont fait l'objet d'un prélèvement de salive à l'aide d'un coton-tige. 21 détenus ont refusé ce prélèvement<sup>534</sup>.

---

<sup>532</sup>. Guy GEORGE a d'ailleurs récemment refusé de se soumettre au prélèvement imposé par la loi .... réaction pour le moins légitime dans la mesure où sa condamnation était largement fondée sur ces mêmes expertises A.D.N. qui l'ont confondu.

<sup>533</sup>. P. CEAUX: "Le fichier génétique est élargi à toutes les infractions et aux simples suspects", *Le monde*, 27 septembre 2002

<sup>534</sup>. Dépêche AFP, du 22 octobre 2003, 17h28

Un décret précise<sup>535</sup> qu'un nouveau prélèvement doit être réalisé pour l'établissement du profil dans les six mois de la condamnation définitive « lorsqu'elle n'a pas été réalisée au cours de la procédure d'enquête, d'instruction ou de jugement ». Selon nous, « au cours de la procédure d'enquête » ne signifie pas dans « le cadre de l'enquête ». Il ne semble donc pas exclure la possibilité d'utiliser des prélèvements obtenus par des moyens détournés aux fins d'établir un profil génétique. La réalisation d'un profil pourrait tout à fait selon nous, être ainsi opéré sur la base d'échantillons prélevés dans le cadre d'exams médicaux préalables.

On assiste en pratique à de grandes disparités dans le délai au cours duquel les condamnés définitifs sont prélevés.<sup>536</sup> Il faut à cet égard se rappeler que la condamnation n'est juridiquement définitive qu'à après l'expiration du délai d'appel de deux mois. Un tel prélèvement ne devrait en conséquence intervenir avant cette forclusion.

La pratique a conduit les enquêteurs à utiliser le stratagème pour obtenir le prélèvement souhaité. Une cigarette offerte généreusement dont le filtre est précieusement gardé, un verre d'eau mis à disposition sont parfois un excellent moyen d'obtenir un échantillon A.D.N. La circulaire du 10 octobre 2000 valide ces pratiques.

La Cour de cassation française valide le prélèvement d'échantillon biologique sans qu'un prélèvement direct sur l'intéressé ait été nécessaire<sup>537</sup>. En l'espèce, des policiers avaient récupéré le mégot d'une cigarette utilisée par le mis en cause pour effectuer une comparaison génétique. L'intéressé avait été remis en liberté, mais n'avait pas été informé qu'une analyse serait réalisée sur le mégot. La chambre criminelle valide le procédé en précisant que « l'officier de police judiciaire a procédé, du consentement de l'intéressé, à la saisie d'un reste de cigarette que ce dernier venait de fumer, et dont l'analyse a permis de mettre en évidence

---

<sup>535</sup>. Art. R. 53-21. - Lorsqu'elle n'a pas été réalisée au cours de la procédure d'enquête, d'instruction ou de jugement, l'analyse d'identification par empreintes génétiques d'une personne définitivement condamnée pour l'une des infractions énumérées à l'article 706-47 est ordonnée par le procureur de la République. Cette analyse est effectuée par un expert habilité conformément aux dispositions de l'article 16-12 du code civil.

« Cette analyse est ordonnée dans les six mois suivant la date à laquelle la condamnation est devenue définitive. Si, en raison de sa condamnation, la personne exécute une peine privative de liberté, un travail d'intérêt général, fait l'objet d'un sursis avec mise à l'épreuve ou se trouve placée sous le régime de la libération conditionnelle, l'analyse est ordonnée pendant la période d'exécution de peine ou le temps d'épreuve.

« Le procureur de la République peut si nécessaire requérir un officier ou un agent de police judiciaire pour procéder ou faire procéder aux prélèvements destinés à l'analyse. Ceux-ci sont placés sous scellés. Lorsque l'analyse a été effectuée, ces scellés sont conservés par le service central de préservation des prélèvements biologiques prévu par l'article R. 53-20. »

<sup>536</sup>. de 10 jours à 2 mois selon juridictions.

<sup>537</sup>. Cass. crim. , 30 avril 1998, n° 98-80741 inédit

une similitude d'empreinte génétique avec celle décelée également sur une cigarette trouvée sur les lieux de l'infraction ». Pour la chambre criminelle, l'identité entre les mégots saisis et placés sous scellés lors de la perquisition et ceux sur lesquels l'expert commis par le juge d'instruction avait relevé une empreinte génétique, est assurée dès lors que les mégots ont été saisis et placés sous scellés, que leur intégrité est constatée, qu'un inventaire réalisé et qu'ils sont répertoriés par l'expert<sup>538</sup>.

Ces preuves, recueillies en violation du principe de loyauté ne devraient pourtant pas être acceptées. Si l'on se réfère à la jurisprudence de la Cour de cassation établie en ce domaine, et qui nous permet d'opérer schématiquement une distinction entre les preuves ainsi obtenues émanant d'une partie privée – admises devant la juridiction – et les preuves déloyales obtenues par les enquêteurs – qui ne peuvent être produites en justice, nous devrions conclure à l'impossibilité de produire en justice un tel prélèvement. D'autant qu'il suffira dans cette hypothèse au mis en cause, de contester l'origine de l'échantillon obtenu par un procédé déloyal, pour annihiler ce moyen de preuve.

Dans les systèmes inquisitoires, le juge d'instruction doit veiller à la légalité et à la loyauté des preuves obtenues<sup>539</sup>. «Le droit au silence s'interprète largement. Il implique, par exemple, que le consentement du prévenu à un prélèvement corporel pouvant servir de preuve contre lui soit donné de manière certaine, libre et éclairée. Cette condition requiert qu'il soit expressément porté à la connaissance du prévenu, préalablement audit prélèvement, les raisons de celui-ci et l'utilisation précise qu'il en sera faite ».

L'un des premiers droits de la défense est celui de se taire (droit au silence). Ce droit s'interprète largement et implique en principe, le consentement du prévenu à un prélèvement corporel. C'est le cas notamment, dans le cadre du dépistage de l'imprégnation alcoolique dans de nombreux pays. La Cour européenne des droits de l'homme reconnaît expressément ce droit. Toutefois, elle permet aux juridictions de tirer toutes les conséquences d'un silence relativement à l'intime conviction.

---

<sup>538</sup> Cass. crim. (X, Y, Z), pourvoi n° 03-82163, 9 juillet 2003, disponible: <http://www.legifrance.gouv.fr>

<sup>539</sup> J. DE CODT: "Les nullités de l'instruction préparatoire et le droit de la preuve. Tendances récentes", R.D.P.C. 2000, p. 1 et s.

La loi du 29 juillet 1994 ne prévoyait pas la possibilité de sanctionner un éventuel refus de prélèvement, même s'il était de nature à attirer le soupçon des enquêteurs ou magistrats<sup>540</sup>. Malgré plusieurs amendements déposés en ce sens<sup>541</sup>, la loi du 17 juin 1998 relative à la prévention et à la répression des infractions sexuelles ainsi qu'à la protection des mineurs ne prévoyait pas non plus de sanctionner un tel refus. La loi relative à la sécurité quotidienne de 2001 introduit une peine d'emprisonnement et d'amende pour sanctionner un condamné définitif, qui refuserait un prélèvement<sup>542</sup>. Cette sanction ne pourrait en conséquence s'appliquer à un suspect contre lequel il est possible d'établir des indices graves ou concordant de culpabilité. Cette procédure pourrait être utilement simplifiée<sup>543</sup>. Il semble que les premiers prélèvements réalisés, en priorité sur des détenus en fin de peine, ont été globalement bien acceptés. Selon des enquêteurs ayant réalisés des prélèvements, la perspective d'une sortie proche, mais également la possibilité de ne plus être systématiquement inquiété par les services de police dès qu'un crime sexuel serait commis dans une zone proche de leur nouveau domicile ont été les facteurs essentiels de l'acceptation des détenus. Il pourrait bien en être autrement pour des détenus pour lesquels, une longue peine reste encore à effectuer, le spectre d'une condamnation à une peine supplémentaire de quelques années ou le paiement d'une amende, étant peu dissuasif. En pratique, il semble que le nombre de refus de prélèvement soit en augmentation en France depuis l'élargissement de la base des infractions pour lesquelles un prélèvement est prévu par la loi.<sup>544</sup> Il faut enfin s'efforcer de réaliser les prélèvements sur des détenus emprisonnés avec une grande précaution. En effet, les détenus pourraient s'adapter et être tentés de fausser les résultats en procédant à des échanges de brosses à cheveux, de salive<sup>545</sup> etc ... Il pourrait être envisagé un prélèvement dès l'entrée dans le processus carcéral.

---

<sup>540</sup> S. ROUQUIE: "Les rapports actuels entre le droit et les sciences de la vie", *Petites Aff.*, n° 57, du 13 mai 1998

<sup>541</sup> Art 78-9 : Toute personne qui aura refusé de se soumettre au prélèvement prévu par le présent chapitre sera punie d'un emprisonnement de deux ans et d'une amende de 200.000 francs. (Il n'a pas été retenu), A.N. débat 2<sup>ème</sup> séance du 30 septembre 1997, J.O. débats p. 3548 et s.

<sup>542</sup> « Art. 706-56. - Le fait, pour une personne définitivement condamnée pour une des infractions visées à l'article 706-55, de refuser de se soumettre à un prélèvement biologique destiné à permettre l'analyse d'identification de son empreinte génétique est puni de six mois d'emprisonnement et de 7 500 Euro d'amende. Lorsque la personne a été condamnée pour crime, la peine est de deux ans d'emprisonnement et 30 000 Euro d'amende. »

<sup>543</sup> C. CABAL, "Rapport de l'Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques sur la valeur scientifique de l'utilisation des empreintes génétiques dans le domaine judiciaire", disponible: <http://www.assemblee-nationale.fr>

<sup>544</sup> Selon nos sources, une centaine de refus ont pu être constaté en France à ce jour.

<sup>545</sup> Dans ce cas en particulier, l'analyse pourrait selon nous toutefois, déceler un "mélange" d'A.D.N..

La loi pour la sécurité intérieure prévoit qu'un suspect refusant un prélèvement encours une peine d'emprisonnement de six mois et 7.500 € d'amende<sup>546</sup>.

Saisie du projet de loi portant adaptation de la justice face aux évolutions de la criminalité, la commission des lois du Sénat<sup>547</sup> a adopté 236 amendements au projet élaboré par l'Assemblée nationale. En particulier, elle retient la possibilité de procéder à l'identification de l'empreinte génétique d'une personne à partir de matériel biologique qui se serait « naturellement détaché du corps de l'intéressé », d'effectuer un prélèvement sans le consentement de l'intéressé lorsqu'il s'agit d'un condamné pour crime<sup>548</sup>, et la création d'une incrimination sanctionnant le fait pour une personne faisant l'objet d'un prélèvement de commettre ou de tenter de commettre des manœuvres destinées à substituer à son propre matériel biologique le matériel biologique d'une tierce personne<sup>549</sup>.

Au Royaume-Uni, le « Police and Criminal Evidence Act » (PACE) de 1984 a introduit la possibilité de prélever de force des échantillons aux fins d'expertise A.D.N. pour les « serious arrestable offences » (infractions les plus graves), dès lors que le prélèvement s'avérait pertinent pour la conduite des investigations. En Ecosse, le Criminal Procedure Act de 1995 adoptait une législation comparable. En Angleterre et au Pays de Galles, les échantillons peuvent être prélevés dans les mêmes conditions que les empreintes digitales. Les prélèvements « non intimes » - muqueuse buccale, et cheveux – pouvant être prélevé sans consentement de l'intéressé dès lors que la personne était détenue sur la base de l'existence de suspicion d'une implication dans une « arrestable offence », mais également les personnes accusées formellement d'une « arrestable offence » - infractions incluant en générale la violence ou la malhonnêteté et pouvant entraîner une peine de prison. Dès 1999, le ministère

<sup>546</sup> J.M. LECLERC : "Les 44 articles de Sarkozy pour la sécurité", *Le Figaro*, 5 octobre 2002 – article 16 du projet

<sup>547</sup> F. ZOCCHETTO, Rapport du Sénat n° 441, fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale, enregistré à la présidence du Sénat le 24 septembre 2003,

<sup>548</sup> La commission des lois constitutionnelles de l'Assemblée nationale a étendu la possibilité de prélèvement forcé des empreintes génétiques aux délits punis d'une peine de dix ans d'emprisonnement. Rapport au nom de la commission des lois constitutionnelles de la législation et de l'administration générale de la république sur le projet de loi, modifié par le sénat, portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, J.L.

WARSMANN, n° 1236, 3<sup>ème</sup> partie, enregistré à la présidence de l'Assemblée nationale, le 19 novembre 2003, disponible <http://www.assemblee-nationale.fr>

<sup>549</sup> article 706-56 3°. Une nouvelle sanction prévoit en particulier de retirer de plein droit, les réductions de peines auxquelles la personne condamnée pourrait prétendre.

de l'intérieur britannique mis en place une réforme de ces procédures qui a été reprise par le « Criminal justice and police act » de 2001.

Cette loi autorise désormais l'établissement et la rétention des échantillons prélevés sur les suspects avec leur consentement, même s'ils sont acquittés des crimes ou infractions pour lesquelles ils ont été prélevés. Cette loi a été soumise récemment à l'appréciation des tribunaux<sup>550</sup>. Au-delà du fait que selon le juge, les mesures d'identification étaient justifiées au regard de l'article 8 § 2 de la CESDH, il est intéressant de noter le raisonnement du magistrat. Selon ce dernier, l'article 8 de la CEDH ne saurait être applicable car le profil A.D.N. ne permet d'identifier une personne qu'à l'aide d'un équipement sophistiqué. Le matériel biologique stocké ne révèle aucune caractéristique physique ou la vie de la personne.

Un projet de loi actuellement en discussion devant la « House of Commons », entend assouplir les conditions de prélèvement de tissus aux fins de déterminer un profil ADN. Il prévoit la possibilité de procéder au prélèvement d'échantillon « non-intime » sans le consentement de l'intéressé, dès lors que la personne est simplement détenue pour « arrestable offence » et qu'au cours des investigations antérieures, aucun prélèvement d'échantillon de tissus « non-intimes » n'a été réalisé, ou qu'un tel prélèvement a eu lieu, mais c'est révélé insuffisant pour réaliser une analyse.<sup>551</sup>

Comme le précise une circulaire du ministère de l'intérieur britannique<sup>552</sup>, le consentement pour un prélèvement d'A.D.N. requis par la loi de 2001 distingue deux choses : tout d'abord le consentement à un prélèvement destiné à mettre hors de cause, pour une investigation déterminée. Il comprend également le consentement exprès à la conservation sans délai dans

---

<sup>550</sup>. "S" and Marper vs The chief constable of South Yorkshire, QBD Court, Mars 2002, cité par Human Genetics Commission: "Inside Information. Balancing interests in the use of personal genetic data", Site Internet, chap 9, forensic uses of personal genetic information, disponible: <http://www.hgc.gov.uk>

<sup>551</sup>. Criminal justice bill, House of Commons, HL Bill 111, october 2003, modifiant section 63 de PACE 1984, disponible : <http://www.parliament.uk>

<sup>552</sup>. Circulaire (2001), "The criminal justice and police act 2001 : changes to sections 63A et 64 of police and criminal evidence act (PACE) 1984 relating to the retention of fingerprints and samples" du 11 juin 2001, HOC 25/2001, disponible: <http://www.homeoffice.gov.uk/circulars/2001/hoc25.htm>

la base de données<sup>553</sup>. Le danger serait de vouloir recueillir ces consentements sans explication adéquate.

En Belgique, le consentement de l'inculpé à un prélèvement corporel pouvant servir de preuve contre lui doit être donné de manière certaine, libre et éclairée ; cette condition exclut l'utilisation de la ruse ou de tout procédé déloyal pour obtenir ce consentement.<sup>554</sup> Toutefois, le juge d'instruction belge peut également procéder<sup>555</sup> à un prélèvement « forcé »<sup>556</sup> lorsqu'il dispose d'indices que la personne visée présente un « lien direct » avec la réalisation des faits. Le prélèvement pourra ainsi être réalisé sur un suspect, la victime, un témoin ou un policier. La loi n'autorise pas la prise d'empreinte génétique d'un groupe de population comme parfois réalisé en France par exemple<sup>557</sup>, en l'absence de lien direct. Il devra dans cette hypothèse, rendre au préalable une ordonnance motivée, communiquée au procureur du Roi. La personne devra être entendue et il lui sera exposé les circonstances de l'affaire. Elle pourra exercer un droit à formuler ses observations. Elle sera avisée que son empreinte génétique sera versée dans la base de donnée.

En 1998, les 50 états des USA avaient adoptés des législations leur permettant de contraindre des personnes condamnées à se soumettre à un prélèvement en vue d'analyse A.D.N.. 700.000 profils génétiques ont ainsi été collectés et 300.000 analyses réalisées cette même année. L'attorney general John Aschroft a annoncé le 11 mars 2003, l'augmentation des crédits alloués à la base de données génétique du FBI, à raison d'un milliard de dollars réparti sur 5 ans. L'objectif est de stocker 50 millions de prélèvements contre 1,3 millions

<sup>553</sup> "1) I consent to a DNA/mouth swab being taken for forensic analysis. I understand that unless I give my written consent below to the sample's retention and use, it will be destroyed at the end of the case and that my profile will only be compared to the crime stain profile from this enquiry. I have been advised that the person taking the sample may be required to give evidence and/or provide a written statement to the police in relation to the taking of it. I further understand that my thumb impression and photograph are required as an aid to identification in this enquiry only and that they will also be destroyed at the end of the case. (signature)  
2) I consent to my DNA sample and information derived from it being retained and used for purposes related to the prevention and detection of a crime, the investigation of an offence or the conduct of a prosecution. I understand that this sample may be used in a speculative search (ie checks may be made against other DNA records held by or on behalf of relevant law enforcement authorities). I understand that once I have given my consent for the sample to be retained and used I cannot withdraw this consent." (signature)

<sup>554</sup> Cass. 2ème ch. (31 janvier 2001), avis du ministre public sous, R.D.P.C. 2001, juillet/août, p. 730 et s.

<sup>555</sup> article 28septies du code d'instruction criminelle

<sup>556</sup> article 2 loi du 22 mars 1999 "Si la mesure doit être exécutée sous la contrainte physique, celle-ci est exercée par des fonctionnaires de police sous l'ordre de l'officier de police judiciaire. Dans ce cas, le prélèvement de sang est interdit." La pratique montre cependant que cette disposition est en réalité prévue pour n'être jamais appliquée. En effet, lorsque l'individu sait qu'il n'a aucun moyen d'imposer un refus, il ne s'y oppose pas.

<sup>557</sup> R. LANDUYT: "Rapport fait au nom de la commission de la justice relatif à la proposition de loi relative à la procédure d'identification par analyses génétiques dans le cadre de la justice pénale", Site Internet de la Chambre des représentants de Belgique, Session 1998-1999, n° 1047/6-96/97, disponible: <http://www.lachambre.be>

aujourd'hui. La base actuelle, qui ne comporte que des profils génétiques de personnes condamnées, pourrait se voir étendre aux simples suspects ainsi qu'aux mineurs. Une loi doit entériner cette décision.

Pour certains auteurs, la constitution d'une base de donnée ADN est contraire au Vème amendement qui prohibe toute obligation de témoigner contre sa personne. C'est en particulier cet amendement qui justifie selon ces auteurs, le droit de refuser un prélèvement<sup>558</sup>. La jurisprudence a cependant limité ce droit (*Boling v. Romer*) : En effet, pour les tribunaux, le prélèvement obligatoire d'ADN chez les détenus n'était pas nécessairement auto-incriminant dans la mesure où il ne s'agit pas d'une preuve testimoniale.

D'autres auteurs ont évoqué le IVème amendement, selon lequel les suspects ont droit à un procès équitable, et bénéficient de garanties contre les perquisitions et saisies. Ainsi, un mandat est en principe nécessaire pour faire une perquisition, qui doit par ailleurs être justifiée par une cause probable. « A personne invoking its protection [IVème amendement] can claim a legitimate expectation of privacy in the place search or the item seized ». Pour les tribunaux, le fait d'obtenir un échantillon biologique, comme de la salive, aux fins d'analyse génétique doit être considéré comme une fouille selon le IVème amendement. Celui-ci néanmoins, prohibe seulement les fouilles ou perquisitions qui sont particulièrement déraisonnables. Ce caractère est apprécié en confrontant le degré d'intrusion dans la vie privée et les intérêts légitimes de l'état.

L'analyse ADN est à ce titre, considérée par la jurisprudence, d'un degré d'intrusion similaire au prélèvement d'empreinte papillaire. Ainsi dans l'affaire *Rise v. State of Oregon*, procéder au relevé d'empreinte d'une personne libre est constitutif d'une interférence dans la vie privée d'une importance suffisante pour exiger des autorités, la démonstration de l'existence d'une cause probable.

Aux Pays-Bas<sup>559</sup>, la révision de la loi de 1997 est actuellement en discussion. En effet, seul le juge d'instruction peut ordonner de force un prélèvement lorsque la personne ne consent pas

---

<sup>558</sup>. S.K. MORIN: "The physician as gatekeeper to the use of genetic information in the criminal justice system", *Journal of law, medicine, & Ethics* 2002, p. 88 et s.

<sup>559</sup>. JANSSEN, "The DNA database in the netherlands", in *1st International DNA user's conference*, 1999, disponible : <http://www.interpol.int>.

au prélèvement. Toutefois, si la personne reconnaît avoir commis l'infraction qui lui est reprochée, une analyse A.D.N. ne sera pas effectuée et aucun rapprochement ne pourra être fait avec d'éventuels crimes commis par le passé. D'autre part, le juge d'instruction est saisi « in rem ». Si la procédure ne lui permet pas d'établir une relation avec d'autres infractions commises par le passé, il ne sera pas compétent pour effectuer de telles recherches. Le procureur de la République est compétent en principe pour procéder à des identifications lorsque le suspect n'est pas identifié. Il est prévu d'étendre sa compétence, même lorsqu'un suspect a été identifié et qu'il s'agit par exemple, de déterminer s'il a participé par le passé à d'autres infractions.

La Cour suprême canadienne<sup>560</sup> s'est prononcé en faveur de la constitutionnalité de la législation relative à la preuve par A.D.N. Selon cette juridiction, le procédé de preuve est admissible dans la mesure où l'emploi de cette technique est limitée à des infractions énumérées, et satisfait ainsi les principes de nécessité et proportionnalité. La preuve A.D.N. participe en outre, à la garantie du respect du droit constitutionnel à la sécurité, énoncé par l'article 7 de la Charte des droits canadienne. De plus, La Cour Suprême a déclaré dans les arrêts importants de *Dyment*<sup>561</sup> et *Pohoretsky*<sup>562</sup> qu'un prélèvement corporel ne peut se justifier que si la loi l'autorise. Pour la Cour, le prélèvement ne constitue qu'une intrusion minimale sans affront inacceptable à la dignité humaine<sup>563</sup>. La loi prévoit la possibilité de recourir au prélèvement forcé. Il n'existe pas de statistiques disponibles relatives au nombre de prélèvements opérés par la force. Toutefois, comme le souligne très pragmatiquement la responsable du centre de formation et de collecte de l'A.D.N. : « ils ne sont pas nombreux les contrevenants qui refusent de collaborer lorsque l'équipe de policiers entre dans la salle et qu'ils réalisent qu'ils n'ont aucune chance d'éviter l'échantillonnage ».<sup>564</sup>

Le droit espagnol ne régleme pas les analyses génétiques de manière spécifique. La preuve génétique est encadrée par une décision du tribunal constitutionnel de 1996. Le prélèvement destiné à des fins de comparaison d'A.D.N. porte nécessairement atteinte à l'intégrité physique et à l'intimité de la personne. Mais le sacrifice réalisé peut rencontrer une

---

<sup>560</sup> *R.c. Beare, R. c. Higgins* [1988] 2 RCS 387.

<sup>561</sup> *R. c. Dyment* [1988] 2 RCS 417.

<sup>562</sup> *R. c. Pohoretsky* [1987] 1 RCS 945.

<sup>563</sup> Voir *R. c. F.(S.)* (1997) 120 CCC (3d) 260 in 291-292.

<sup>564</sup> E-Mail du 15/10/02, Josée Charron, Gestionnaire de la formation et de la collecte d'A.D.N., Banque nationale de données génétiques, (NDDDB-BNDG@rcmp-grc.gc.ca)

justification objective et raisonnable. Le droit à l'intégrité physique et à la vie privée ne sont pas des droits absolus. Ils peuvent céder pour des motifs d'intérêt général, dès lors que les atteintes sont prévues par la loi. L'intérêt public des investigations relatives à l'identification de l'auteur d'une infraction, peut permettre de porter atteinte à l'intégrité physique dès lors que la mesure est prévue par la loi. Le tribunal constitutionnel exige un encadrement par une loi, dès lors que la mesure suppose une ingérence relative à la vie privée ou porte atteinte à l'intégrité physique.<sup>565</sup>

Pour ce qui est de l'inculpé, en tant que faisant l'objet de diligences probatoires, Mme. Antunes affirme que « lorsqu'il est pris comme moyen de preuve<sup>566</sup>, l'inculpé est protégé par un statut reposant sur le respect inconditionnel de sa volonté, ce qui se reflète dans la matière de la preuve ». Ce statut semble fondé sur la garantie qu'il n'est pas obligé de produire des preuves contre lui-même. Par conséquent, il est possible de conclure qu'il ne pourrait pas être soumis au prélèvement d'A.D.N. sans son accord. La jurisprudence constitutionnelle espagnole a toutefois admis par le passé de tels prélèvements qui nécessitent des interventions insignifiantes. Il semble que la même protection ne se retrouve pas dans le cas d'autres personnes – autres que l'auteur de l'infraction - liées aux faits objet de l'infraction.

En Espagne, le droit fondamental à l'intégrité physique<sup>567</sup> et morale « protège l'inviolabilité de la personne pas seulement contre les attaques dirigées contre le corps, mais également contre l'esprit. Toute intervention contre ces deux entités devant être réalisées avec l'accord de l'individu »<sup>568</sup>

Il n'existe pas dans la Constitution espagnole de principe qui s'oppose à des investigations corporelles. L'autorité judiciaire est en conséquence la seule habilitée à l'autoriser éventuellement. Cette compétence exclusive de l'autorité judiciaire dans la limitation des droits fondamentaux laisse toutefois la possibilité, pour la loi, d'autoriser les services de police à agir dans un contexte précis comme par exemple l'urgence ou la nécessité, pour

---

<sup>565</sup>. S. GUILLEN GARCIA: "Borrador del Anteproyecto de Ley reguladora de las bases de datos de ADN. Incidencia en los derechos fundamentales y libertades públicas." Site Internet, février 2001, Boletín jurídico, disponible: <http://www.derecho.com>

<sup>566</sup>. articles 60 et 61, n°3, alinéa c, du CPP

<sup>567</sup>. article 15 de la Constitution

<sup>568</sup>. Tribunal Constitutionnel, n° 120/1990

effectuer des actes comportant une simple investigation corporelle, ou même nécessitant une «intervention corporelle légère », dès lors que le principe de proportionnalité est respecté.

La jurisprudence distingue les «inspections et fouilles corporelles» qui ne portent pas en principe atteinte à l'intégrité physique - tout acte de reconnaissance du corps humain destiné à établir la participation à un acte criminel (ex examens dactyloscopiques) ou établir les circonstances de celui-ci (examens gynécologiques); des « interventions corporelles » qui consistent dans l'extraction d'un élément corporel interne ou externe (analyse de sang, urines ...). Ces actes impliquent une atteinte à l'intégrité corporelle qui pourra être qualifiée de «légère» (lorsqu'elle ne sera pas de nature à mettre en péril la santé ou d'entraîner des souffrances comme un prélèvement de cellule de la peau ou de prélèvement d'échantillon d'ongle) ou « grave » (dans le cas par exemple d'une ponction lombaire). En toute hypothèse, une intervention ne saurait, quelque soit ses objectifs, entraîner un risque pour la santé. Les interventions corporelles doivent être réalisées par du personnel médical, ayant recours à des médecins spécialisés dès lors que l'intervention le nécessitera. L'intervention devra respecter la dignité de la personne, et ne saurait entraîner un traitement inhumain et dégradant. (articles 10.0 et 15 de la Constitution)

La décision judiciaire autorisant la mesure doit être motivée. Cette exigence est nécessaire pour évaluer la proportionnalité de la mesure, principe selon lequel la limitation des droits fondamentaux par le juge doit faire l'objet d'une appréciation entre le droit fondamental limité et les droits constitutionnellement protégés. Cette évaluation permettant d'évaluer si la mesure est nécessaire.

Le juge doit apprécier le caractère proportionnel de la mesure, en particulier si la mesure est susceptible d'aboutir à l'objectif poursuivi, si elle est nécessaire (dans la mesure où une autre mesure moins attentatoire au droit en cause pourrait être adoptée avec une efficacité similaire) et enfin si le sacrifice imposé aux droits protégés n'est pas disproportionné.

Le fait de prélever un cheveux ou un poil doit être réalisé dans la forme prévue par la loi, c'est-à-dire par un membre du corps médical. Cet acte n'est pas protégé par la norme constitutionnelle. Néanmoins, le droit à la vie privée garanti par l'article 18.1 de la constitution admet une acceptation plus large. En effet, selon la jurisprudence du tribunal constitutionnel, le droit à l'intimité personnelle implique « l'existence d'un domaine propre et

déterminé au regard de l'action et la connaissance selon nos critères culturels, de la nécessité de maintenir une qualité minimale à la vie humaine ».<sup>569</sup>

Les investigations et actes relatifs à la preuve telles que des interventions corporelles peuvent conduire, non à travers de l'intervention, mais en raison de ses objectifs, au droit protégé constitutionnellement à l'intimité de la vie personnelle. Par exemple, le fait de présenter publiquement un individu comme un consommateur de drogue aura pour conséquence de le dévaloriser au regard de la communauté en raison de la publicité. Ces investigations tomberont alors sous le coup de l'article 18.1 de la Constitution espagnole.

Il est symptomatique qu'en matière d'expertise A.D.N., de nombreux pays ont établi des sanctions lourdes contre des personnes se refusant à un prélèvement et même autorisé, sous certaines conditions, à contraindre un individu à se soumettre à une expertise, en ayant recours à la force publique. Tel est le cas notamment au Canada, aux Pays-Bas, au Royaume-Uni et en Belgique. Le juge d'instruction peut ainsi procéder de force à un prélèvement aux fins d'expertise A.D.N. lorsque la peine est punie de cinq années au moins, d'emprisonnement.<sup>570</sup>

Dans l'hypothèse où la loi nationale d'un pays prévoit la réalisation d'un prélèvement forcé, la loi doit-elle imposer le mode de prélèvement qui privilégiera une moindre atteinte à l'intégrité physique comme le frottis buccal ou le prélèvement de bulbe pileux, ou privilégier une autre technique – le prélèvement sanguin - qui permettrait une identification comparative à moindre coût.

La France, comme de nombreux pays européens, privilégie le recours aux prélèvements buccaux<sup>571</sup>, « qui peuvent être facilement effectués par des enquêteurs formés, plutôt qu'aux prises de sang qui nécessitent l'intervention d'un médecin. Cette technique présente en outre l'avantage d'une conservation optimale du matériel biologique, sans recours à la congélation. De plus, elle se révèle peu encombrante en terme de volume». Le prélèvement est réalisé en deux exemplaires afin de permettre la conservation d'un support intact, non altéré par

---

<sup>569</sup> Décision 231/1998 ; 143/1994

<sup>570</sup> article 90 undecies nouveau du code d'instruction criminelle inséré par la loi du 22 mars 1999

<sup>571</sup> circulaire (2001), "Mise en place du fichier national automatisé des empreintes génétiques et du service central de préservation des prélèvements biologiques" du 20 juillet 2001, Ministère de la justice, direction des affaires criminelles et des grâces, n° CRIM 2001-15 E6/20-07-2001

l'expertise, au S.C.P.P.B.. Le préleveur recueille à l'intérieur des joues et sur la langue de l'individu, au moyen d'un applicateur à extrémité en mousse, suffisamment de cellules buccales qu'il transfère sur un papier buvard de couleur rose ("papier F.T.A."), qui piège et protège l'A.D.N. des attaques microbiennes. Les deux supports de transfert, sur lesquels sont apposées les empreintes digitales de la personne prélevée, sont ensuite placés dans des pochettes hermétiques à l'abri de la lumière.

Au Canada, le choix du prélèvement revient au policier qui prend l'échantillon et non pas au contrevenant, par contre, dans certains cas le juge indiquera sur l'ordonnance le type de prélèvement à utiliser. A défaut de précision du juge sur l'ordonnance, la décision est prise par l'enquêteur. La banque nationale de données génétiques recommande aux policiers, pour différentes raisons<sup>572</sup>, d'utiliser le prélèvement sanguin comme premier choix. « Tout d'abord, les échantillons de sang donnent des résultats plus constants et se prêtent plus facilement aux analyses de laboratoire que les échantillons buccaux ou de cheveux. Ces derniers peuvent prendre plus de temps et coûter plus cher à analyser que les échantillons de sang. Il paraît également plus simple d'analyser le prélèvement sanguin car il est facile à voir sur la carte alors que le prélèvement buccal est invisible. Pour les autorités canadiennes, il est moins envahissant pour la personne de se faire piquer le bout d'un doigt avec une petite lancette afin d'obtenir quelques gouttes de sang que de se faire froter la langue, l'intérieur des joues et les gencives afin d'obtenir des cellules épithéliales et non seulement de la salive. Etant moins envahissant, ce prélèvement permet d'obtenir plus facilement la coopération de l'individu et les policiers se sentent plus à l'aise également à faire ce genre de prélèvement. Par ailleurs, si le contrevenant refuse de coopérer il est toujours possible d'obtenir un prélèvement sanguin en utilisant la force nécessaire pour obtenir l'échantillon. Dans ce cas, si la force est nécessaire, le prélèvement sanguin s'avère encore une fois à être plus facile à prendre rapidement que de tenter de forcer l'individu à ouvrir sa bouche et pour la sécurité des policiers il y a moins de chance que l'individu les morde. En ce qui concerne enfin les cheveux, ce type de prélèvement s'opère en dernier choix puisque la majorité du temps ces échantillons sont rejetés puisqu'ils ne contiennent pas de racines. Lorsqu'un échantillon est rejeté, le processus est long et complexe et la chance d'obtenir un deuxième échantillon est souvent perdue. »

---

<sup>572</sup> E-Mail du 11/10/02, Josée Charron, Gestionnaire de la formation et de la collecte d'A.D.N., Banque nationale de données génétiques. (NDDB-BNDG@rcmp-grc.gc.ca)

### 5°) Modification du comportement des acteurs

Certains auteurs<sup>573</sup> n'hésitent pas à lier directement la baisse de criminalité violente avec l'augmentation du nombre de profils intégrés dans la base. Ce qui peut, par contre, paraître moins discutable, c'est l'intérêt de la technique de comparaison A.D.N. pour identifier les auteurs de crimes non élucidés.

Tant au niveau de la société civile que des professionnels des investigations criminelles, la preuve par A.D.N. a suscité un vif intérêt. En effet, il était possible de voir dans cette nouvelle technique un moyen d'obtenir une preuve immédiate et infaillible d'identification de l'auteur d'un crime. Cette vision réductrice conduit naturellement, à se focaliser sur le résultat de l'analyse<sup>574</sup>. L'approche en terme de probabilités, mais dichotomique de l'expertise A.D.N. est réduite par l'opinion publique en une alternative : coupable ou non coupable. La réalité est cependant plus complexe.

Le raisonnement binaire imposé par la preuve génétique est également rassurant pour les enquêteurs. Paradoxalement, le risque d'erreur judiciaire ou plutôt de mauvaise interprétation des éléments matériels apportés par la comparaison génétique n'est que plus présent.

Il faut toujours garder à l'esprit que le degré de certitude apporté par la preuve scientifique pourra être anéantie en mettant en doute les méthodes de prélèvement, la préservation et l'analyse des pièces à conviction. Ce fût le cas en particulier dans l'affaire O.J. SIMPSON aux Etats-Unis en 1994. Le sportif fût ainsi acquitté au bénéfice du doute par une première juridiction, au motif que les constatations opérées sur les lieux du crime prêtaient à interprétation. Il fût finalement rejugé et reconnu coupable de l'homicide de son ex-épouse et de son compagnon.

La généralisation de la technique de comparaison A.D.N. pourrait inciter les enquêteurs à négliger les autres aspects de l'enquête, qui pourraient aussi entrer en contradiction avec eux

---

<sup>573</sup>. Mr PATAKI, National Institute of Justice: "The future of DNA testing : predictions of the research and development working group", Site internet, novembre 2000, disponible: <http://www.ncjrs.org/>

<sup>574</sup>. J.H. MATELLY: "Influence de la preuve génétique dans l'enquête judiciaire", in *10 ans d'empreintes génétiques*, Doc. française, 2001, p. 121 et s.

ou apporter une autre vision des circonstances ?<sup>575</sup> » Il faut rappeler toutefois que l'approche « classique » de l'enquête reste indispensable afin de corriger les correspondances fortuites ou les soupçons issues de traces non pertinentes<sup>576</sup>. L'expertise A.D.N. constitue une avancée considérable dont la fonction n'est cependant que de compléter et non de remplacer l'enquête judiciaire. L'identification du meurtrier présumé de Caroline Dickinson en 2001 a été possible grâce à l'expertise A.D.N. mais également grâce à la persévérance des enquêteurs<sup>577</sup>.

L'analyse comparative d'A.D.N. n'établit en fait, avec certitude, que l'origine d'un élément biologique. Elle ne saurait établir à elle seule la culpabilité ou l'innocence d'un individu<sup>578</sup>. Dans l'hypothèse d'un viol suivi d'un homicide, la victime a pu avoir des relations sexuelles librement consenties peu de temps avant son agression. Si l'agresseur porte un préservatif et transporte le cadavre, il est probable que les seuls éléments retrouvés sur la victime appartiendront à son dernier partenaire régulier. Le travail des enquêteurs étant alors d'établir et vérifier les hypothèses possibles : dispute conjugale, crime d'un rôdeur etc ...

La possibilité de recourir à l'expertise A.D.N. risque de modifier l'équilibre et le déroulement de l'enquête. Lorsque les enquêteurs disposent d'un profil A.D.N. élaboré à partir d'un prélèvement réalisé sur la scène de crime, ils vont naturellement et obligatoirement, faire procéder à une comparaison avec le profil A.D.N. d'un suspect placé en garde à vue. «Comment, au pays de Descartes, résister aux attraits de la certitude pour se complaire aux charmes de la probabilité<sup>579</sup> ? ». L'analyse comparative d'A.D.N. est en effet devenu un

<sup>575</sup> R. COQUOZ: "Profils ADN : matière d'expertise ou élément d'enquête préliminaire ? Ce qui changera avec le fichier national de profils ADN", R.P.S. 2000, 2, p. 161 et s.

<sup>576</sup> Le suspect peut en effet avoir fréquenté les lieux du crime dans un passé proche, sans pour autant être l'auteur du crime.

<sup>577</sup> C. PRIEUR: "Le meurtrier présumé de Caroline Dickinson confondu par son ADN", Le monde, 17 avril 2001 : L'enquête menée par le magistrat instructeur avait fait émerger l'hypothèse d'un agresseur sexuel opérant en priorité dans les auberges de jeunes. L'ensemble des directeurs d'établissement sur le territoire national furent alors entendus et des investigations menées en vue d'inventorier les incidents faisant état de rôdeurs autour d'auberges de jeunes. Une centaine de suspects sont alors identifiés et parmi eux, un espagnol, entendu en 1994 par les gendarmes car il s'était introduit dans une auberge située à la Croix-en-Touraine. Il avait été relâché en raison de l'absence d'infraction pénale. Entre 1997 et 2000, les gendarmes vont localiser, et soumettre à l'expertise A.D.N. cinquante suspects. Francisco Arce Montes s'affirme peu à peu comme le suspect principal, mais reste introuvable. Le magistrat instructeur mentionnera le nom du suspect, qui sera cité dans un article du Sunday Times dans l'édition du 1er avril 2001. Il a fallu ensuite le coup de génie d'un policier américain travaillant dans les services de l'immigration pour attendre la résolution de l'énigme. Lisant par hasard l'article en question, il passe machinalement le nom du suspect sur son terminal et constate qu'il est actuellement détenu en Floride.

<sup>578</sup> J.H. MATELLY: "Influence de la preuve génétique dans l'enquête judiciaire", in *10 ans d'empreintes génétiques*, Doc. française, 2001, p. 121 et s.

<sup>579</sup> P. CATALA au sujet de l'affaire Yves Montant, cité par J.P. GRIDEL: "Essai de synthèse et libres propos de clôture", in *Le droit des preuves au défi de la modernité*, Doc. française, 2000, p. 133 et s.

passage obligé pour les enquêteurs et magistrats, dès lors qu'elle pourra être opérée. Réalisée dans le cadre d'une garde à vue, l'emploi de cette technique modifiera le comportement des participants à l'enquête. Dans l'attente des résultats, le suspect risque en effet de se retrancher, dans un mutisme. Une réponse négative ne signifie pas pour autant l'absence de participation au processus criminel en tant que complice ou témoin<sup>580</sup>. A l'inverse, une réponse positive ne veut pas nécessairement dire que le suspect est le coupable de l'infraction. Le rapport de force entre le gardé à vue et les enquêteurs risque de s'en trouver largement modifié. Le choix de recourir ou non à l'expertise A.D.N., dès qu'il en a la possibilité, n'appartient cependant déjà plus ni aux enquêteurs, ni au magistrat en raison du fort caractère discriminant de cette technique. Les résultats doivent faire l'objet d'une analyse empreinte d'un large esprit critique. L'A.D.N. ne doit être que l'un des éléments venant confirmer les directions de l'enquête. Les résultats d'une identification génétique restent soumis à l'appréciation des juges du fond, au même que les autres modes de preuves – témoignages, etc ...<sup>581</sup>

Confondu par le résultat des expertises, le suspect risque de perdre le « droit à la parole, ni pour se confesser ni d'ailleurs pour nier »<sup>582</sup>. Pour contre balancer ces inconvénients, il pourrait être envisagé de ne recourir à l'expertise A.D.N. qu'après avoir procédé à une phase d'interrogatoires. Le risque alors n'est-il pas d'obtenir des aveux qui se verraient contredits par les résultats d'une analyse qui interviendraient quelques jours plus tard ?<sup>583</sup>. Le prix attaché à la liberté individuelle est trop élevé pour que l'on puisse différer, ne serait-ce de quelques heures, une comparaison A.D.N.

Par ailleurs, une meilleure connaissance par le délinquant des possibilités d'identification au moyen de comparaison A.D.N. risque d'avoir une influence sur son comportement lors de la commission de l'infraction.<sup>584</sup> La publicité donnée à la force de conviction des « preuves génétiques », pourrait également donner l'idée à un criminel, de brouiller les pistes en polluant la scène de crime par des éléments prélevés à l'extérieur (mégots, excréments, mais

---

<sup>580</sup> J.H. MATELLY: "Critique de la preuve génétique", Revue de la gendarmerie nationale, 2000, n° 195, p. 87 et s.

<sup>581</sup> Crim. 9 janvier 1998

<sup>582</sup> C. DIAZ, D. FONTANAUD et M. DESFARGES: "*Le livre du crime*", Calmann-Lévy, Paris, 1994, p. 208

<sup>583</sup> J.H. MATELLY: "Critique de la preuve génétique", Revue de la gendarmerie nationale, 2000, n° 195, p. 87 et s.

<sup>584</sup> Destruction des traces et indices par l'effet de substances incendiaires postérieurement à la commission de l'infraction, enlèvement de tous objets utilisés, etc ...

également sperme<sup>585</sup>, etc ...) et ainsi entraîner les enquêteurs sur des pistes multiples ou de tenter de faire désigner une personne déterminée.

Le criminel peut parfois être tenté d'avouer des faits pour éviter un prélèvement d'ADN, qui pourrait le confondre dans un certain nombre d'affaires. Ainsi, aux Pays-Bas, le prélèvement doit être nécessaire, de sorte que le test doit être le seul moyen qui reste pour établir la vérité. En pratique, il n'y a pas de prélèvement en cas d'aveux.

La preuve génétique ne doit pas se substituer à l'enquête. Elle est, par contre, en mesure d'en démultiplier l'efficacité. En effet, l'enquête de police traditionnelle, fondée sur des auditions, témoignages, reconstitutions, confrontations, permettra de cibler de manière efficace les personnes qui feront l'objet d'un test comparatif. L'économie réalisée n'est pas seulement financière<sup>586</sup>.

L'expert se voit attribué une place prépondérante au sein du procès pénal<sup>587</sup>. La complexité des techniques employées pourrait inciter les magistrats à donner une importance prépondérante aux conclusions des rapports d'expertises, percevant la preuve par comparaison A.D.N. avec une logique binaire – inclusive ou exclusive. Certains auteurs n'ont pas hésité à parler de démission du juge devant l'expert<sup>588</sup>. Cette constatation s'affirme avec d'autant de force en matière d'expertise génétique, en raison du degré de technicité des méthodes d'analyse employées. La probabilité d'erreur ou de correspondance fortuite ne doit pas néanmoins être négligée, et devra être nécessairement prise en compte par le magistrat, lorsqu'il décidera de verser au dossier des traces potentiellement non pertinentes<sup>589</sup>.

Dans l'affaire *Doheny et Adams*<sup>590</sup>, une Cour d'appel britannique a précisé le rôle respectif de l'expert et du jury. La tâche de l'expert doit se cantonner à l'analyse scientifique ; en particulier, son avis personnel quant à la culpabilité de la personne mis en cause n'a pas à être demandé ou rapporté. En outre, la partie poursuivante doit révéler à la défense des détails

<sup>585</sup> J.H. MATELLY: "Critique de la preuve génétique", Revue de la gendarmerie nationale, 2000, n° 195, p. 87 et s.

<sup>586</sup> J.P. BANDIERA: "Les enquêtes de population", in *10 ans d'empreintes génétiques*, Doc. française, 2001, p. 153 et s.

<sup>587</sup> P. MARGOT et P. NIDEGGER: "Police et experts", R.I.C.P.T. 1997, p. 162 et s.

<sup>588</sup> J. VERIN: "L'expertise dans le procès pénal", R.S.C. 1980, p. 1022 et s.

<sup>589</sup> R. COQUOZ: "Besoins de formation en rapport avec l'utilisation forensique de l'analyse d'ADN", in *1st International DNA user's conference*, 1999, disponible : <http://www.interpol.int>.

<sup>590</sup> [1997] 1 Cr.App.R. 369

suffisants quant aux méthodes employées pour l'expertise ; en particulier, les services nationaux de médecine doivent être accessibles à la personne mise en cause et son conseil. Enfin, dans son résumé fait au jury à l'issue des débats, le juge doit insister sur la part d'aléa qui demeure, même en cas d'analyses génétiques concordantes, afin de ne pas conférer à la preuve biologique le statut d'une véritable « ordalie scientifique ».

Un autre danger serait d'accorder trop de confiance à la science<sup>591</sup>. Le juge n'est pas lié par les conclusions de l'expert<sup>592</sup> et peut les apprécier selon son intime conviction. Cependant, les magistrats ne sauraient écarter délibérément les conclusions d'experts, en y substituant, sans les motiver, par d'autres éléments de conviction, leur propre appréciation<sup>593</sup>. Dans la pratique néanmoins, l'expertise constitue la pièce essentielle du procès pénal. Les progrès de la science ont considérablement fortifié la position de l'expert.

Le système judiciaire en vigueur peut également avoir une influence sur la manière dont est expliquée « la preuve génétique » au procès. Ainsi, dans le système de droit continental, un expert témoignant en justice peut seulement répondre aux questions posées. L'expert, en fonction des compétences des magistrats, du procureur et des avocats dans le domaine, sera ainsi amené parfois à ne révéler qu'une partie des informations pertinentes. Un style plus narratif, tel qu'employé dans la « cross-examination », peut certainement faciliter la présentation de la preuve A.D.N. en justice, dès lors qu'un jury populaire participe aux délibérations.

Des audiences préliminaires sur la preuve apportée dans le cadre de l'expertise génétique, auxquelles assisteraient experts, associé à un effort de formation des personnels participant au procès pénal pourrait permettre de combler certaines lacunes.

### C) De la recherche *a priori* à l'approche proactive

C'est la mise en œuvre d'une base de donnée associée à un grand nombre de profils génétiques, qui va donner toute la mesure à la « preuve ADN » et modifier la conception des

---

<sup>591</sup> Y. MARX: "Le problème de l'expertise pénale", in *Problèmes contemporains de procédure pénale. Recueil d'études en hommage à M. Louis Hugueney*, Sirey, 1968, p. 193 et s.

<sup>592</sup> Cass. crim. 28 octobre 1971; bull. crim. n° 287, Cass. crim. 22 novembre 1966, Bull. crim. n° 264

<sup>593</sup> « Nul ne peut être à la fois juge et expert », C.A. Paris, 4 novembre 1967, D.S. 1967, p. 713 et s.

enquêtes : Traditionnellement, le suspect préalablement identifiés par les enquêteurs fait l'objet d'analyses destinées à déterminer l'existence éventuelle d'une correspondance avec les traces retrouvées sur les lieux de l'infraction. Comme le souligne Gareth CROSSMAN, membre du "civil rights group Liberty", le danger pourrait venir de l'utilisation du profil stocké dans la base de donnée, pour désigner le suspect<sup>594</sup>.

Le prélèvement réalisé sur un individu ou le recueil d'une trace biologique ne présente un intérêt, en terme de preuve, que si un rapprochement avec une base de données est réalisé. C'est pourquoi l'ensemble des pays ont recourt à la constitution de base de données génétiques dont le champ tend à s'élargir considérablement. Toutefois, les recherches scientifiques menées sur le génome pourraient dans un avenir proche, conduire à l'identification de certaines caractéristiques physiques ou tendances criminogènes.

#### 1°) La constitution de bases de données

A partir d'une substance (tissu humain ou fluide corporel) est extrait en laboratoire, un « profil » ou « empreinte génétique ». Il est traduit ensuite en une série de codes alphanumériques, pouvant être introduits dans une base de donnée informatique et ainsi facilement comparés. Ainsi, l'existence d'un fichier centralisé des empreintes génétiques offre aux enquêteurs, un outil déterminant permettant de lutter contre la récidive, de procéder à des rapprochement entre les affaires et de confondre leur auteur à partir de traces non résolues, dès lors qu'elles auront été préalablement intégrées dans la base.

Le législateur est soumis dans l'ensemble des pays à une double pression. De la part de la société civile tout d'abord, au travers d'association de défense des intérêts des victimes, qui contraint le pouvoir législatif à étendre le nombre d'infractions pour lesquelles, une expertise A.D.N. pourra être réalisée et dont le résultat sera confronté à la base de donnée existante. Les conséquences concrètes de tels élargissements ne sont cependant pas toujours parfaitement mesurées. De la part des professionnels enfin, qui élaborent des dispositifs destinés à contourner les hésitations de la loi.

---

<sup>594</sup>. BBC news 27 juin03 : "*We are led to believe that DNA evidence is foolproof, yet Professor Sir Alec Jeffreys, the inventor of the DNA database, has warned that it is unsafe to use it to secure a conviction.*", disponible <http://news.bbc.co.uk>

Trois systèmes sont en théorie concevables<sup>595</sup>. Le premier envisage une base donnée comportant le plus grand nombre possible de profils génétiques au sein d'une population – y compris non criminogène. Un second système envisage l'intégration des seules personnes ayant un lien établi avec l'infraction qui fait l'objet d'investigations. Ce système est celui appliqué dans la plus part des pays européens et en Amérique du nord. Le dernier système est celui qui fait place à de fortes limitations lors de la constitution ou la mise en œuvre d'une base de donnée génétique.

Les bases de données ne contribuent à arrêter que des criminels ayant déjà eu affaire à la police. C'est pourquoi, il est parfois nécessaire de procéder à des recherches relatives à des habitants d'une région considérée, dans la mesure où les recherches auprès des fichiers des empreintes génétiques n'ont pas donné de résultat. En 1997, la Cour d'appel de Rennes a procédé à l'établissement de profils génétique, sur le fondement de l'article 16-11 du code civil, des hommes âgés de 15 à 35 ans habitant un village, « avec leur consentement »<sup>596</sup> <sup>597</sup>. Le dépistage d'une population choisie *a priori*<sup>598</sup> peut apparaître comme attentatoire avec la vie privée. A défaut d'identifier souvent l'auteur, elle contribue néanmoins à la paix publique en levant la suspicion qui pèse sur les habitants d'un village par exemple<sup>599</sup>. En toute logique, une analyse négative d'une fraction de la population d'un village, ne devrait-elle pas être étendue à l'ensemble du canton ou du département ?<sup>600</sup>

Il n'existe pas de textes normatifs au niveau supranational qui encadre la constitution de bases données relatives aux informations recueillies à des fins d'enquête judiciaire par la police de manière générale et en particulier en matière de fichiers génétiques. La directive européenne n° 95/46/CE du parlement européen et du Conseil du 24 octobre 1995, a exclu de son champ d'application, les traitements de données à caractère personnel ayant pour objet la sécurité

<sup>595</sup> M. GUILLEN, M.V. LAREU, C. PESTONI, A. SALAS et A. CARRACEDO: "Ethical-legal problems of DNA databases in criminal investigation", Journal of medical Ethics, n° 26, p. 266 et s., disponible:

<http://www.jmedethics.com>

<sup>596</sup> H. GAUMONT-PRAT : Ch. Acc. Rennes (14 août 1997), D.S. 1998, Somm. commentés, p. 160 et s. .

<sup>597</sup> Un habitant de Pleine-fougères avait refusé le prélèvement sollicité par le magistrat. Il a néanmoins été mis hors de cause malgré lui grâce à des prélèvements effectués sur sa brosse à dents, son peigne et son rasoir électrique – Le monde, édition du 27 octobre 1998

<sup>598</sup> Cette méthode appelée également « screening » consiste à cerner un groupe d'individu en fonction de critères morphologiques, géographiques déterminés par les enquêteurs, et de soumettre l'ensemble des personnes du groupe à une analyse ADN.

<sup>599</sup> F. DAOUST : "L'empreinte génétique en question", Revue de la gendarmerie nationale, 1998, n° 188 et 189, p. 135 et s.

<sup>600</sup> O. PASCAL: "Empreintes génétiques : pourquoi et pour qui ?" Médecine et droit, 1998, n° 32, p. 1 et s.

publique, la défense et sûreté de l'Etat. Toutefois, le Conseil de l'Europe s'est efforcé d'établir un certain nombre de principes directeurs, n'ayant toutefois aucune portée contraignante.

La recommandation R(87) 15 du Conseil de l'Europe adoptée le 17 septembre 1987 relative à la protection des données à caractère personnel dans le secteur de police est applicable aux fichiers « d'empreintes génétiques ». Elle dispose que les communications de données à des autorités étrangères doivent se limiter à des services de police et ne devrait être permise que s'il existe une disposition légale claire de droit interne ou international. A défaut de l'existence d'une telle norme, ces communications doivent être limitées à la prévention d'un danger grave et imminent ou à la répression d'une infraction pénale grave de droit commun.

La recommandation R(92)1 préconise que « l'établissement et la gestion de tout fichier d'A.D.N. pour les besoins d'enquête et de poursuites pénales, doivent être réglementées par la loi » (principe n° 8) Les conditions juridiques d'utilisation des fichiers génétiques relèvent de la compétence de chaque état.

La plupart des pays considèrent qu'une base de donnée génétique incorporant l'ensemble de la population doit être considérée comme disproportionnée au regard des objectifs poursuivis. Les théoriciens allemands font référence au principe de la « proportionnalité à la renonciation », qui nécessite la mise en évidence d'un degré certain de relation entre le crime qui fait l'objet d'investigation et la personne soumise au test d'ADN. La base de donnée ne devant comporter essentiellement que des profils de personnes devant être considérées comme ayant un lien avec l'infraction considérée. Les personnes pouvant faire l'objet d'une expertise ADN peuvent être déterminées au préalable par la loi<sup>601</sup> ou par un juge statuant au cas par cas. La loi pouvant contraindre un simple suspect à se soumettre au test ADN ou exiger des antécédents judiciaires en relation avec l'infraction qui fait l'objet des investigations. Un juge en charge des investigations peut également déterminer les personnes qui feront l'objet d'un prélèvement biologique aux fins de comparaison avec la base de donnée<sup>602</sup>. Le type d'infraction peut parfois servir de critère permettant au juge de contraindre un individu à se soumettre à une expertise génétique. Ainsi au Royaume-Uni, le prélèvement

---

<sup>601</sup> Cour constitutionnelle espagnole, décision n° 199/1987, du 16 décembre 1987.

<sup>602</sup> C'est le cas de l'Allemagne - § 81 du C.P.P., de l'Italie - articles 244 et 245 du décret du 22 septembre 1988 et du Portugal - articles 171 et 172 du C.P.P.

« d'échantillons intimes » ne peut être réalisées contre le gré de la personne, avec l'accord d'un officier de police de grade de superintendant pour les « serious arrestable offence ». Aux Pays-Bas, le juge d'instruction peut autoriser un prélèvement contre le gré du mis en cause, pour les seuls crimes punis d'une peine minimale de quatre années d'emprisonnement.

L'augmentation récente des moyens financiers à disposition des services de police britannique<sup>603</sup>, conduit une augmentation du nombre de profils intégrés dans la base de données. Ces personnes ne seront pas poursuivies dans la plupart des cas pour des affaires mineures. L'objectif avoué par certains policiers étant d'intégrer ces individus dans la base.

Au Royaume-Uni, en 2000, 1 millions de vols avec effraction ont été commis. 10.000 d'entre eux sont résolus grâce à la base de donnée génétique. Récemment, la base de donnée regroupant les profils ADN au Royaume-Uni a dépassé les deux millions de profils<sup>604</sup>. Sur un million de vols de véhicules, 7.000 ont été solutionnés grâce à la génétique. Selon le home office, 21.000 personnes ont pu être identifiées grâce à l'analyse ADN dans le cadre d'enquêtes criminelles au cours de l'année 2002. Le taux d'élucidation atteint 37 % lorsqu'un échantillon d'ADN est disponible – 24 % pour la moyenne des affaires criminelles. En matière de cambriolages, le taux d'élucidation atteint 48 % d'élucidations lorsqu'un échantillon d'ADN est analysé – 14 % en moyenne pour les enquêtes relatives à ces infractions. 405.000 échantillons ont été intégrés en 2002 et 2003 dont 180.000 traces prélevées sur les scènes de crime. Sur 1.200 viols, 336 ont été résolus selon la même technique.<sup>605</sup> Ces résultats – faibles selon certains - sont expliqués en partie par la qualité des prélèvements effectués - pollution, A.D.N. non exploitable. C'est pourquoi il a été constitué, sur une base de volontariat dans un premier temps, une base A.D.N. intégrant les policiers, permettant d'identifier une pollution éventuelle opérée lors de la constitution du prélèvement. Un effort de formation est par ailleurs réalisé pour assurer une meilleure qualité du prélèvement en général.

---

<sup>603</sup> Human Genetics Commission: "Inside Information. Balancing interests in the use of personal genetic data", Site Internet, chap 9, forensic uses of personal genetic information, disponible: <http://www.hgc.gov.uk>, § 9.18

<sup>604</sup> "National DNA database hits two million mark", 15 July 2003, Home Office Minister H. BLEARS, Communiqué de presse, disponible : <http://www.forensic.gov.uk>

<sup>605</sup> MR WERRETT, National Institute of Justice: "The fifth annual conference on the future of DNA : Implications for the criminal justice services", Site internet, 8 et 9 mai 2000, disponible: <http://www.ojp.usdoj.gov>

Aux Etats-Unis, l'ensemble des cinquante états dispose d'une législation encadrant la création des bases de données génétiques. Il en est de même pour le district de Columbia et le gouvernement fédéral.

Les bases de données génétiques aux Etats-Unis peuvent être locales, au niveau de l'état ou nationale. Il existe quatre type de données qui peuvent être intégrées dans les bases de données génétiques : les personnes condamnées pour une infraction déterminée, les échantillons prélevés sur la scène de crime, les reste humains non identifiés et les données relatives aux personnes disparues. Certaines données peuvent être stockées légalement localement mais dans le silence des textes, il n'est pas établi que ces données puissent être stockées au niveau de l'état. Cette différence de législation est parfois source de contentieux entre les états.

Le débat sur le type d'infraction devant donner lieu à une alimentation de la base de donnée génétique anime la plus part des pays. Aux Etats-Unis, la ville de New-York préconise d'identifier une personne, dès lors qu'elle aura été arrêtée. Pour l'instant, la base de donnée fédérale ne contient que les personnes reconnues coupables des crimes les plus graves (« *felonies* ») et les auteurs d'infractions à caractères sexuels. La police fédérale (F.B.I.) estimait en 1997, le nombre de personnes arrêtées à 15 millions. Les responsables policiers estiment qu'un élargissement de la base de donnée à d'autres infractions entraînerait une efficacité accrue de la lutte contre le crime. On estime en effet à 30 %, le pourcentage de scènes de crime pour lesquelles il est possible de prélever sang, sperme, ou salive contenant de l'A.D.N.

La loi fédérale<sup>606</sup> autorise le directeur du FBI a établir une base de donnée nationale. Mais il a fallu attendre décembre 2000, pour que le Congrès autorise le F.B.I. à intégrer les données recueillies au sein des états de la fédération pour les personnes condamnées pour les crimes les plus graves.

Le gouverneur de l'état de New-York en décembre 1999 a fait voter une loi permettant d'augmenter le nombre d'infractions susceptibles de donner lieu à une identification A.D.N. de leur auteur. Le nombre d'identification annuel est ainsi passé de 3.000 à 30.000

---

<sup>606</sup>. DNA identification act de 1994

prélèvements. Cette nouvelle législation permet également de procéder, par effet rétroactif, à des prélèvements sur des individus antérieurement condamnés, soit environ 40.000 condamnés. Par ailleurs, l'état de New-York a débloqué un million de dollars pour permettre la réalisation d'analyses relatives à des affaires non élucidées.<sup>607</sup> Un contrat de 8 millions de dollars a été signé avec un laboratoire privé pour permettre le prélèvement et l'analyse des profils génétiques des 40.000 condamnés. Une véritable industrie est née.<sup>608</sup>

La Cour suprême canadienne considère que la conservation de profils génétiques dans une banque de donnée porte atteinte à la vie privée. Cette violation des principes fondamentaux est néanmoins justifiée dès lors qu'il existe des indices sérieux qu'une personne a commis une infraction ou qu'elle a été condamnée pour avoir commis une « infraction désignée ». La jurisprudence estime qu'il existe dans ce cas, une expectation à la vie privée réduite.<sup>609</sup>

En France, le Conseil constitutionnel<sup>610</sup> estime qu'il appartient au législateur d'assurer la conciliation entre d'une part, la sauvegarde de l'ordre public - y compris la prévention des atteintes à l'ordre public, la recherche des auteurs d'infractions, nécessaires à la protection de principes et de droits à valeur constitutionnelle, et d'autre part, le respect de la vie privée et des autres droits et libertés reconnues par la constitution.

Les conditions juridiques d'utilisation des fichiers génétiques sont déterminées en grande partie par la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés. Cette loi prévoit toutefois certaines dérogations en faveur des traitements mis en œuvre à des fins de sécurité. En particulier, elle limite les droits des personnes dont les données font l'objet de traitement liés à la sécurité.

En France, la demande d'enregistrement des traces peut être opérée par les officiers de police judiciaire lorsqu'elles ont été relevées au cours de l'enquête. En revanche, pour les personnes condamnées, c'est le procureur de la République près le Tribunal de Grande Instance ou le

---

<sup>607</sup>. National Institute of Justice: "The future of DNA testing : predictions of the research and development working group", Site internet, novembre 2000, disponible: <http://www.ncjrs.org/>

<sup>608</sup>. P. ROUGER: "*Les empreintes génétiques*", P.U.F., 2000, 127 pages p. 64

<sup>609</sup>. *R. c. Stillmann*, selon laquelle "une personne accusée aura une expectation à la vie privée basse après son arrestation ou sa mise en garde à vue. Son expectation à la vie privée sera encore plus basse durant la période qu'elle servira sa peine". *R. c. Stillmann* [1997] RCS 607, 113 CCC (3d) 321 et en particulier p. 348

<sup>610</sup>. Conseil constitutionnel, 13 mars 2003, Décision n° 2003-467 DC sur loi relative à la sécurité intérieure, disponible: <http://www.conseil-constitutionnel.fr>, considérant n° 8, n° 20

Procureur général près la Cour d'appel, qui sont seuls habilités à demander l'inscription des données au fichier.

La possibilité de recourir au Fichier National Automatisé des Empreintes Génétiques (F.N.A.E.G.) a été consacrée par la loi n° 98-468 du 17 juin 1998 relative à la répression des infractions sexuelles ainsi qu'à la protection des mineurs. La base de donnée permet de recueillir des profils relatifs à des indices prélevés sur les scènes de crime (« traces non résolues ») et des individus définitivement condamnés pour les infractions sexuelles énumérées à l'article 706-47 du code pénal<sup>611</sup>. Lors de la discussion de la loi relative à la sécurité quotidienne<sup>612</sup>, il avait été envisagé par le Sénat d'étendre la liste des infractions, pour lesquelles, les auteurs seraient soumis à un relevé d'empreintes génétiques : actes de tortures et barbarie, certains vols aggravés, le trafic de stupéfiants etc ... Il a également proposé que les empreintes relevées des suspects soient incluses dans le fichier, à l'identique de ce qui est procédé en matière d'empreintes digitales<sup>613</sup>. L'Assemblée nationale en nouvelle lecture avait repoussé cette extension aux personnes suspectées, mais devait accepter le principe d'étendre le fichier des empreintes A.D.N. à d'autres infractions<sup>614</sup> visées à l'article 706-55 du code pénal<sup>615</sup>. L'expertise des échantillons « trace » relevée sur des effets ayant servi à la commission d'un vol à main armée constitue à 50 % l'activité du laboratoire de police scientifique de Paris. Il semble toutefois que les « traces » permettant d'établir un profil A.D.N. ne soient en pratique, que très marginalement intégrées à la base de données<sup>616</sup>.

La circulaire ministérielle d'application invite à procéder à l'identification de toutes personnes poursuivies pour infraction sexuelle, « même dans les cas où ces actes ne sont pas directement

<sup>611</sup>. meurtre ou assassinat d'un mineur précédé ou accompagné d'un viol, de tortures ou d'actes de barbaries, de viol, agression sexuelle, corruption de mineur, pornographie infantile, atteintes sexuelles sur mineur

<sup>612</sup>. Loi (2001), France, "Loi relative à la sécurité quotidienne" du 15 novembre 2001, disponible:

<http://www.legifrance.gouv.fr>

<sup>613</sup>. X. RAUFER et S. QUERE: "Le crime organisé", P.U.F., 2ème éd., Paris, 2001, 123 pages, J.P.

SCHOSTECK: "Rapport fait au nom de la commission des lois relatif à la loi sur la sécurité quotidienne", Site internet Sénat, session 2001-2002, n° 7, disponible: <http://www.senat.fr>

<sup>614</sup>. Loi n° 2001-1062 du 15 novembre 2001 relative à la sécurité quotidienne, (J.O. du 16 novembre 2001)

<sup>615</sup> « Art. 706-55. - Le fichier national automatisé des empreintes génétiques centralise les traces et empreintes génétiques concernant les infractions suivantes :

« 1o Les infractions de nature sexuelle visées à l'article 706-47, ainsi que le recel de ces infractions ;  
 « 2o Les crimes d'atteintes volontaires à la vie de la personne, de torture et actes de barbarie et de violences volontaires prévus par les articles 221-1 à 221-5, 222-1 à 222-8, 222-10 et 222-14 (1o et 2o) du code pénal ;  
 « 3o Les crimes de vols, d'extorsions et de destructions, dégradations et détériorations dangereuses pour les personnes prévus par les articles 311-7 à 311-11, 312-3 à 312-7 et 322-7 à 322-10 du code pénal ;  
 « 4o Les crimes constituant des actes de terrorisme prévus par les articles 421-1 à 421-4 du code pénal.

<sup>616</sup>. Selon nos sources, le F.N.A.E.G ne comporterait à ce jour que 90 "traces" ....

nécessaires à l'élucidation des faits qui font l'objet de la procédure ». Cette précision, critiquable dans la mesure où l'on peut considérer qu'elle vient « diriger » les investigations menées par le juge d'instruction, est empreinte de bon sens. En effet, le texte de loi n'oblige pas à prélever un échantillon aux fins d'alimentation de la base de données. Il y a tout lieu de penser que sans cette incitation, un individu « tueur en série », aurait tout intérêt à reconnaître son implication dans une affaire, pour éviter une signalisation dans la base génétique et ainsi l'imputation d'autres faits criminels.

Les infractions commises antérieurement pourront être intégrées dans le F.N.A.E.G. car afin d'assurer un « efficacité optimale lors de sa mise en service, l'article 2 du décret du 18 mai 2000<sup>617</sup> prévoit que le gestionnaire du fichier peut reprendre, pour les intégrer au traitement, toutes les données antérieurement obtenues dans le cadre des procédures pénales.<sup>618</sup> Ni la loi du 17 juin 1998, ni les décrets d'application ne prévoient une telle reprise des procédures anciennes. Du point de vue des enquêteurs, et des victimes, cette démarche est compréhensible. Il s'agit bien néanmoins d'un moyen détourné de faire une application rétroactive de la loi ! D'un point de vue juridique, la loi instaurant le F.N.A.E.G., relative à l'établissement des preuves, doit être certainement considérée comme une loi de forme, applicable immédiatement à des faits intervenus, même antérieurement à son édicton. Mais la signalisation d'un individu est destinée à prévenir le risque de récidive, en permettant d'identifier un individu, dès lors que son empreinte serait déjà connue du système informatique. Cette loi ne pourrait-elle pas ainsi être considérée comme une loi de fond, insusceptible de faire une application rétroactive. Nous pensons que cette question aurait nécessité pour le moins un débat devant le parlement. Cette solution est également critiquable dans la mesure où le consentement au prélèvement nous paraît vicié. En effet, a-t-on informé le criminel que le prélèvement réalisé, allait en fait servir à alimenter une base de données, permettant éventuellement d'établir sa culpabilité sur d'autres faits criminels ? Peut-on alors parler de « consentement libre et éclairé » ?

---

<sup>617</sup> B. FAUVARQUE-COSSON: "Droit comparé et droit international privé : la confrontation de deux logiques à travers l'exemple des droits fondamentaux." R.I.D.C. 2000 , n° 4, p. 797 et s.

<sup>618</sup> circulaire (2000), "Présentation des dispositions relatives au fichier national automatisé des empreintes génétiques et au service central de préservation des prélèvements biologiques" du 10 octobre 2000, Ministère de la justice, direction des affaires criminelles et des grâces, n° CRIM 2000-08 F1/10-10-2000

En France, un effort est réalisé pour intégrer dans la base de donnée, les échantillons relatifs aux infractions à caractère sexuel non résolues<sup>619</sup>. Il semble toutefois que le nombre de « traces » intégrées dans la base soit minime<sup>620</sup>. Certains auteurs militent en faveur d'une extension du fichier français à l'ensemble des crimes<sup>621</sup>. D'autres ont préconisé d'entrer le profil génétique des suspects<sup>622</sup>. Cette idée a été reprise par le projet de loi pour la sécurité intérieure qui prévoyait la possibilité d'intégrer dans le F.N.A.E.G., les "personnes à l'encontre desquelles il existe des indices graves ou concordants de nature à motiver leur mise en examen pour un crime ou un délit puni d'une peine d'emprisonnement minimale d'emprisonnement de trois années"<sup>623</sup>. Le texte final de loi<sup>624</sup> retient la possibilité de réaliser un prélèvement aux fins d'intégration dans le F.N.A.E.G. des personnes à l'encontre desquelles il existe des « indices graves et concordants rendant vraisemblable qu'elles aient commis l'une des infractions mentionnées » à l'article 706-5 du C.P.P. Par ailleurs, il pourra être procédé à un rapprochement de l'empreinte de toute personne à l'encontre de laquelle il existe « une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis un crime ou un délit, avec les données incluses au fichier, sans toutefois que cette empreinte puisse y être conservée ». Avec cette nouvelle extension du domaine d'application des empreintes génétiques, c'est 500.000 empreintes par an qui pourraient théoriquement être incluses, contre 10.000 au total actuellement<sup>625</sup>.

Un échantillon d'A.D.N. n'est pas un scellé ordinaire. Il en effet possible, au-delà de l'affaire pour lequel il a été prélevé, de relier grâce à la base de donnée plusieurs affaires. Les plus anciennes pourront être prescrites par la loi. Elles pourront néanmoins permettre d'opérer des liens avec d'autres affaires qui ne sont pas prescrites. Les conséquences d'un élargissement du nombre d'infractions susceptibles de faire l'objet d'une intégration dans le F.N.A.E.G. doivent cependant être parfaitement évalués.

<sup>619</sup>.- OIPC - Interpol, "*Minutes*", 2nd international DNA user's conference for investigative officers, Lyon, 2001, disponible: <http://www.interpol.int>

<sup>620</sup>. 90 "traces" selon nos sources

<sup>621</sup>. O. PASCAL: "Empreintes génétiques : pourquoi et pour qui ?" *Médecine et droit*, n° 32, p. 1 et s.

<sup>622</sup>. M. ROBERT: "Le fichier national automatisé des empreintes génétiques", in *10 ans d'empreintes génétiques*, Doc. française, 2001, p. 189 et s.

<sup>623</sup>. P. SMOLAR: "Nicolas Sarkozy transmet un projet amendé au Conseil d'Etat", *Le Monde*, 5 octobre 2002

<sup>624</sup>. article 15 modifiant les articles 706-54 à 706-56 du C.P.P.

<sup>625</sup>. M. LE FUR, "Rapport d'information n° 504 déposé par la commission des finances, de l'économie générale et du plan sur le fichier national automatisé des empreintes génétiques", enregistré à la présidence de l'Assemblée nationale le 18 décembre 2002, disponible: <http://www.assemblee-nationale.fr>

La mise en place d'un fichier de profils A.D.N. ne conduit pas au fichage de personnes supplémentaires par rapport aux procédures existantes. Les individus soumis au prélèvement de tissu aux fins d'intégration dans la base de donnée génétique seront également introduits dans la base de donnée des empreintes digitales, avec leurs données personnelles<sup>626</sup>. Il faut toutefois observer que l'engorgement des laboratoires procédant à des expertises A.D.N. conduit ces derniers à opérer des priorités. La comparaison de profils génétiques est privilégiée au dépend de l'alimentation de la base proprement dite. En effet, le processus administratif est souvent décrit comme inutilement complexe. Tout anomalie étant par ailleurs sanctionnée par le gestionnaire du F.N.A.E.G. par un rejet de la demande d'inscription au fichier. Ces éléments expliquent en partie le relatif faible nombre de profils inclus dans la base de donnée française.

En France, la question de l'effet de l'amnistie d'une condamnation sur un tel fichier n'a pas été évoquée. La mise en œuvre d'un fichier des empreintes génétique a pour objectif de prévenir une récidive éventuelle. Au-delà de sa vocation à favoriser des comparaisons de profils A.D.N., le fichier pourrait se révéler comme un redoutable « casier judiciaire bis ».

Les professionnels – magistrats, policiers, ou biologistes - peuvent être également tentés de développer certaines pratiques destinées à pallier les faiblesses de la loi. Ainsi, dans l'attente d'une loi autorisant la constitution d'une base de donnée génétique, les magistrats instructeurs ont eu largement recours à ces commissions rogatoires, adressées à leur collègue, leur demandant de rechercher s'ils ne disposaient pas, dans le cadre d'affaire en cours d'instruction dont le mode opératoire employé pourrait révéler des similitudes, des profils génétiques compatibles avec des traces relevées.

Les résultats des analyses A.D.N. sont répertoriés dans les laboratoires procédant à des analyses<sup>627</sup>. Il est ainsi possible en théorie, pour l'autorité judiciaire d'interroger, à partir d'un profil relevé sur une scène de crime, l'ensemble des laboratoires se livrant à des recherches afin de savoir si l'un d'eux dispose d'une empreinte compatible. L'identification du « tueur de l'est parisien » en 1998 n'a été officiellement possible que par demande d'un juge

---

<sup>626</sup>. R. COQUOZ: "Profils ADN : matière d'expertise ou élément d'enquête préliminaire ? Ce qui changera avec le fichier national de profils ADN", R.P.S. 2000, 2, p. 161 et s.

<sup>627</sup>. M. ROBERT: "Empreintes génétiques et bases de données", in *Les empreintes génétiques en pratique judiciaire*, Doc. française, 1998, p. 127 et s.

d'instruction aux fins de procéder à l'examen des 3000 échantillons déposés au laboratoire de Nantes. Guy Georges avaient en effet été condamné en 1995 pour une agression et avait accepté de se soumettre à des prélèvements, conservés au laboratoire de Nantes. Si le fichier des empreintes digitales avait existé à l'époque, il n'aurait pas été possible d'identifier son A.D.N.<sup>628</sup> en raison du caractère restreint de la base. Il en serait différemment aujourd'hui, depuis l'extension du nombre d'infraction pouvant faire l'objet d'un signalement au F.N.A.E.G. par la loi relative à la sécurité quotidienne de novembre 2001.

Il semble en fait que l'ensemble des laboratoires privés ou publics réalisant des expertises A.D.N. conservent les « extraits A.D.N. », ainsi que les profils informatiques correspondant aux analyses réalisées sur les traces. En France, ces bases de données « sauvages » ne sont pas illégales dans la mesure où les profils réalisés sur la base de « traces » sont anonymes.<sup>629</sup> Un même laboratoire peut parvenir à opérer des rapprochements entre deux affaires judiciaires. Il ne pourra paradoxalement pas en faire une mention officielle, au risque du prononcé de la nullité de l'expertise et de la procédure subséquente. Il pourra dans ce cas d'adresser ses confidences aux enquêteurs ou magistrats, qui ne pourront utiliser cette information que pour orienter leurs recherches. Ces bases de « traces non résolues » (TNR) contiennent également en principe, les profils des personnels travaillant au laboratoire. Cette base permet ainsi également de détecter les pollutions éventuellement intervenues. La constitution de micro-bases officieuses pourrait utilement être remplacée par une politique d'intégration systématique des « traces » au sein du F.N.A.E.G.

La C.N.I.L.<sup>630</sup> n'a pas manqué de dénoncer l'existence de ces pratiques, en attirant « l'attention des pouvoirs publics sur les conséquences de l'informatisation de l'activité des laboratoires agréés, et sur l'insuffisance des dispositions législatives et réglementaires encadrant l'activité des laboratoires et tout particulièrement les conditions de conservation et d'effacement des résultats d'analyse d'empreintes génétiques, qu'ils auraient, chacun pour ce qui le concerne, pratiquées sur réquisition judiciaire. »

---

<sup>628</sup> A. PEREIRA: "Au procès de Guy Georges, la preuve par l'ADN et ses limites", *Le monde*, 1er avril 2001

<sup>629</sup> Il est probable que certaines de ces bases « officieuses » contiennent également des profils établis à partir de prélèvements réalisés sur des individus. La loi relative à l'informatique et aux libertés n'imposant en fait que les données soient anonymisées. Cette hypothèse pourrait selon nous expliquer comment l'identification par un heureux hasard de certains criminels.

<sup>630</sup> Commission Nationale Informatique et des Libertés, "20ème rapport d'activité 1999", disponible: <http://www.cnil.fr>

Le Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé avait appelé également l'attention des autorités sur « les dangers de la conservation des résultats obtenus par les techniques d'identification par analyse de l'A.D.N. »<sup>631</sup>.

La durée de conservation des profils génétiques dans la base de donnée varie considérablement selon les pays. De nombreux pays calquent cette durée sur la durée de prescription de l'action publique pour les échantillons non identifiés ou de la peine pour les prélèvements sur des individus. Aucune limite temporelle de conservation des profils n'est cependant fixée au Royaume-Uni. La plus part des pays retiennent une durée de conservation exceptionnellement longue. Ainsi en France, les profils intégrés dans la base de donnée seront conservés quarante ans à compter de l'analyse. Ils ne seront retirés antérieurement à ce délai, si l'auteur atteint l'âge de quatre-vingt ans.

La possibilité d'avoir une connaissance approfondie des événements passés ne risque-t-il pas d'entraîner un recours systématisé à ces techniques ? Faut-il introduire un critère de proportionnalité, préalable à l'emploi de ces méthodes ?

Dès la mise en place des techniques d'expertises A.D.N., les pays, répondant à des considérations économiques et politiques, ont mis en place des systèmes souvent différents et souvent incompatibles entre eux. Plusieurs laboratoires européens ont alors constitué un groupe destiné à harmoniser les techniques et procédures employées.<sup>632</sup> En particulier, l'EDNAP (« European DNA profiling group »), qui regroupe plusieurs laboratoires européens a joué un rôle essentiel dans la définition de standards communs et de kits de prélèvements.<sup>633</sup> IL est également possible de citer l'ENFSI (European network of forensic science institutes) regroupant les principaux laboratoires européens de police scientifique spécialisés dans l'analyse ADN

Les profils génétiques peuvent être soumis à un autre pays pour comparaison avec leur base de donnée. Cette opération est réalisée dans le cadre des conventions d'entraide judiciaire. Le

---

<sup>631</sup>. C.C.N.E.: "Avis du Comité consultatif national d'éthique relatif aux techniques d'identification génétique", Site Internet, 15 décembre 1989, n° 17, disponible: <http://www.ccne-ethique.org/>

<sup>632</sup>. P. MARTIN : "Un bref historique de l'utilisation de l'empreinte génétique dans des enquêtes criminelles", in 10 ans d'empreintes génétiques, Doc. française, 2001, p. 15 et s.

<sup>633</sup>. A. CARRACEDO: "Directives et standardisation des analyses génétiques médico-légales en Europe", in, Doc. française, 1998, p. 79 et s.

Conseil de l'Union européenne incite les états membres à procéder à des échanges de profils A.D.N. dans le cadre des activités de coopération en matière pénale<sup>634</sup>, pour que « la lutte contre la criminalité organisée soit contrôlée, efficace et systématique ». Elle préconise une harmonisation des marqueurs d'A.D.N. utilisés<sup>635</sup>. Dans l'affaire DICKSON, les empreintes génétiques du suspect ont été soumises à une comparaison au sein de la base de données britannique, sans résultat<sup>636</sup>.

2°) « Big brother » ne doit pas faire oublier le spectre de Cesare Lombroso<sup>637</sup>

De nombreuses discussions mettent en évidence les peurs générées par l'utilisation de génome aux fins de détermination d'un profil crimino-gène. La science ne semble pas en mesure, pour l'instant, de donner raison à ces angoisses. A court terme, le danger pourrait se trouver dans l'existence de nombreuses banques de tissus humains, qui pourraient être utilisées par la justice aux fins de recherche criminelle.

Les laboratoires de criminalistique ne travaillent que sur la partie non codante de l'A.D.N., c'est à dire celle ne contenant pas d'information relative à la physiologie ou la psychologie de l'individu. Cependant, rien n'empêche, après analyse de la partie codante de l'A.D.N., de déterminer la couleur des yeux, ou la forme du nez<sup>638</sup>. Dans l'état actuel de nos connaissances, il n'est pas possible de déduire la plupart des caractéristiques physiques d'un individu (phénotypes) à partir de la détermination de son profil ADN. Toutefois, certaines allèles se rencontrent plus fréquemment dans certaines populations que dans d'autres.<sup>639</sup>

<sup>634</sup> Résolution (1997), Union européenne, "Résolution du Conseil de l'Union européenne relative à l'échange de résultats des analyses d'ADN" du 9 juin 1997, Conseil de l'Union européenne, Journal officiel C 193, 24.06.1997, disponible: <http://europa.eu.int/>

<sup>635</sup> Résolution (2001), Union européenne, "Résolution du Conseil du 25 juin 2001 relative à l'échange des résultats des analyses d'ADN" du 25 juin 2001, Conseil de l'Union européenne, (Journal officiel C 187, 03.07.2001), disponible: <http://europa.eu.int>

<sup>636</sup> H. GAUMONT-PRAT : Ch. Acc. Rennes (14 août 1997), D.S. 1998, Somm. commentés, p. 160 et s.

<sup>637</sup> Il publia en 1876 « l'homme criminel » dans lequel il prétendait que les études qu'il avait réalisées sur plus de 6000 criminels tendaient à mettre en évidence certaines caractéristiques physiques nettement développées. Selon cet auteur, les récidivistes avaient une mâchoire plutôt large et de grandes oreilles ...

<sup>638</sup> C. DOUTREMEPUICH et F. DOUTREMEPUICH: "Les empreintes génétiques", in *10 ans d'empreintes génétiques*, Doc. française, 2001, p. 25 et s.

<sup>639</sup> R. COQUOZ: "*Preuve par l'ADN. La génétique au service de la justice*", Presses polytechniques et universitaires romandes, 2003, 327 pages, p. 135

Les chercheurs sont déjà en mesure d'identifier un certain nombre de maladies génétiques. La théorie de Cesare Lombroso pourrait alors recevoir une application concrète et il pourrait alors être tentant de vouloir détecter les prédispositions à la commission de certaines infractions.

L'accès aux informations contenues dans les bases de données contenant des profils génétique doit faire l'objet d'une protection particulière, en raison du caractère sensible des informations stockées.

La Commission européenne<sup>640</sup> reconnaît que « les données personnelles de santé, en tant qu'elles touchent à l'identité et à la vie privée de l'individu, doivent être considérées comme particulièrement sensibles et sont partie intégrante de la personnalité de l'individu qu'elles concernent ». « Le droit au respect de la vie privée suppose de garantir en permanence la confidentialité des données personnelles de santé »

Comme le précise la recommandation du Conseil de l'Europe R92, l'échantillon prélevé à des fins médicales ne pourra être utilisés à des fins judiciaires que si la loi le permet. Or la plus part des pays ne possèdent pas de protection spécifique des données génétiques. Les législations précisent les conditions dans lesquelles les informations peuvent être utilisées ou révélées sans le consentement ou l'information de l'individu. C'est le cas en particulier lorsque ces révélations sont commandées par la loi ou les besoins de la justice, dès lors que les informations sollicitées sont nécessaires à prévenir ou poursuivre l'auteur d'une infraction qui crée un risque à la santé ou la sécurité d'autrui.

C'est le cas du « Canadian personal information protection and electronic documents act » de 2000. En Allemagne, l'usage des données personnelles par l'autorité publique n'est possible que si l'utilisation est nécessaire à l'objectif pour lequel l'information a été collectée.<sup>641</sup> Des dérogations sont toutefois possibles, notamment pour poursuivre la commission d'une infraction pénale ou administrative, ou toute atteinte grave aux droits d'autres personnes.

---

<sup>640</sup> H. GAUMONT-PRAT : "Commission européenne, Groupe européen d'éthique des sciences et des nouvelles technologies. Aspects éthiques de l'informatisation des données de santé dans la société de l'information (avis n° 13)", D.S. 1999, sommaires commentés, p. 344

<sup>641</sup> Federal data protection Act 1990

En Espagne, la circulaire du 21 septembre 2000<sup>642</sup> précise que la loi organique n° 13/1999 du 13 décembre relative à la protection des données à caractère personnel et la circulaire d'application du 26 juillet 1994, réglementant spécifiquement les fichiers nominatifs gérés par le ministère de l'intérieur, est applicable au fichier automatisé d'identification génétique. Un projet de loi est actuellement en discussion pour donner une base légale spécifique, encadrant la base de donnée A.D.N.<sup>643</sup>.

Au Royaume-Uni, un certain nombre de base de données, établies essentiellement par des services médicaux de recherche stockent des tissus ou de nombreux échantillons biologiques. Dès lors que des tests génétiques pourraient être reliés à un individu, il constituerait une base de donnée soumise au « Data Protection Act » de 1998<sup>644</sup>. L'utilisation des données contenues dans la base est soumise, dès lors qu'elle dépasserait les objectifs pour lesquels les données ont été initialement collectées, est subordonnée à l'autorisation de leur « propriétaire », à moins qu'une loi en dispose autrement.

Dans un livre blanc<sup>645</sup>, le ministre de la santé a présenté le plan triennal britannique sur le système de santé. Il prévoit en particulier le déblocage de £ 50 millions (soit près de € 72 millions) pour soutenir la recherche génétique. Parmi les propositions réalisées, il est prévu de procéder à une identification génétique pour chaque nouveau né. Les données pourraient être utilisées « dans le cadre de traitements préventifs ou curatifs, qui seront de mieux en mieux adaptés à l'organisme à mesure que la connaissance scientifique progressera ». Ce livre retient également le principe du consentement au prélèvement, en prévoyant toutefois deux exceptions : les traitements médicaux dès lors que l'accord du patient est impossible, et les enquêtes de police.

---

<sup>642</sup> Orden (2000), Espagne, "Orden de 21 septiembre de 2000 por la que se regulan los ficheros automatizados para la identificación genética, ADN-humanitas, restos humanos, y ADN-Veritas, vestigios biológicos, y muestras para cotejo, en la Dirección General de la Policía" du 21 septembre 2000, n° 233/2000, disponible: <http://www.derecho.com>

<sup>643</sup> S. GUILLEN GARCIA: "Borrador del Anteproyecto de Ley reguladora de las bases de datos de ADN. Incidencia en los derechos fundamentales y libertades públicas." Site Internet, février 2001, Boletín jurídico, disponible: <http://www.derecho.com>

<sup>644</sup> Select Committee appointed to consider Science and Technology United Kingdom Parliament: "Human genetic databases : challenges and opportunities" Ibid., 20 mars 2001, disponible: <http://www.parliament.the-stationery-office.co.uk/>

<sup>645</sup> J. REID, "Realising the potential of genetics in the NHS", Department of health, juin 2003, disponible: <http://www.doh.gov.uk/genetics/whitepaper.htm>

Ce livre rappelle également qu'un projet de « *Biobank* » est sur le point d'être mis en place au Royaume-Uni, pour lequel il est envisagé de recueillir auprès de 500 .000 individus volontaires âgés de 45 à 69, des échantillons de sang et des informations relatives à leur mode de vie. Ce projet, sera conduit sous la responsabilité d'une société de droit privé indépendante, disposant d'une dotation initiale de £ 61 millions. (€ 88 millions). L'étude vise à établir les relations éventuelles entre génotype, mode de vie et environnement, au regard de l'évaluation du risque de développer une maladie. Cette étude, doit débiter au cours de l'année 2003, et se prolonger durant dix années.

Les scientifiques participant à l'élaboration du projet ont souligné la possibilité pour les autorités policières, d'utiliser les données génétiques recueillies dans la « *Biobank* », aux fins d'investigations criminelles. La « *Human Genetics Commission* » a préconisé que les données provenant de cette étude ne puissent être utilisées par la police aux fins d'investigations. Reconnaissant l'importance particulière de l'identification des auteurs de certains crimes tels que des meurtres, le gouvernement a précisé que ces données ne seraient en principe pas utilisable par la police, considérant que les données et échantillons recueillies par le projet devaient être considéré comme des matériaux ne pouvant faire l'objet d'investigation – « *excluded material* » - au sens du Police and Criminal Evidence Investigation Act de 1984 (PACE). Toutefois, cette loi prévoit la possibilité pour la police, d'accéder à ces informations, au travers d'un ordre ou d'un mandat établi par un juge (« *circuit judge* »)<sup>646</sup>.

En France et contrairement à certains auteurs<sup>647</sup>, nous pensons que du sang donné par exemple, dans le cadre d'une collecte organisée par un centre de transfusion sanguine pourrait

---

<sup>646</sup> Le Police and criminal evidence act de 1984 (PACE) assure une protection particulière contre les fouilles visant à la découverte de certains objets ou matériaux, en raison de leur nature. Le droit britannique distingue les objets soumis à une « *special procedure* », les objets bénéficiant d'un « *legally privileged* », et enfin les objets ne pouvant faire l'objet d'une mesure de perquisition selon le droit commun, « *excluded material* ». Dans cette dernière catégorie figure, les fichiers contenant des informations personnelles : dossiers médicaux, psychiatriques, déclarations faites dans le secret de la confession, les tissus ou fluides humains. Il en est de même pour le matériel journalistique, acquis ou créer dans le cadre des activités de journaliste. (section 10 à 14 du PACE). La police ne peut obtenir aisément un mandat de perquisition aux fins de recherche de ces objets. La procédure implique en principe une audition devant un magistrat, qui décidera s'il est de l'intérêt public, de rechercher ces matériaux. La personne qui détient les objets et la police peut être représentée durant cette audience. La personne peut également comparaître sur autorisation du juge. A l'issue de cette audience, le juge, s'il estime approprié, pourra établir un ordre de produire ces matériaux au bénéfice de la police. Si la personne qui détient ces objets ne s'exécute pas, elle pourra être poursuivie pour outrage à la cour (« *contempt of court* »). Le juge pourra alors établir un mandat de perquisition (« *warrant to search* »), habilitant la police à opérer des recherches dans des bâtiments. En cas d'urgence, la police peut requérir la délivrance directe d'un mandat de perquisition.

<sup>647</sup> Ministère Public: Cass. 2ème ch. (31 janvier 2001), avis sous, R.D.P.C. 2001, juillet/août, p. 730 et s.

servir à déterminer le profil génétique du donneur dans le cadre d'une information judiciaire. Il en serait selon nous de même, pour un prélèvement réalisé à des fins civiles, pour l'établissement d'une paternité, et utilisé dans le cadre d'une procédure pénale. Cet auteur justifie cette position par référence à la recommandation R(92) relative à l'utilisation des analyses de l'A.D.N. qui interdirait un usage « détourné » à des fins pénales. Cette recommandation – qui n'a pas, de surcroît, d'applicabilité directe – prévoit en effet des dérogations dans la mesure où la loi le permet. Le juge d'instruction, tant en France, qu'en Belgique, se voit doté de compétences très larges en matière d'investigations, fondées sur des textes généraux.

Un juge d'instruction, informant sur un crime sexuel, a la possibilité de soumettre les profils A.D.N. tirés d'échantillons prélevés à la comparaison avec la base de donnée génétique instaurée par la loi de juin 1998. Même si l'identification est négative, il lui reste la possibilité de soumettre l'échantillon prélevé à d'autres experts, en ayant pour mission d'identifier les éventuelles anomalies génétiques dont pourrait être porteur l'individu à identifier. La connaissance du génome humain nous permet d'envisager à court terme, la possibilité d'en distinguer un certain nombre – importantes ou bénignes. Rien ne l'empêchera ensuite, d'exploiter ces résultats en procédant à des investigations auprès des laboratoires, des centres hospitaliers, des centres de don de sang etc ... pour identifier des profils compatibles. Ces recherches, certes coûteuses, pourraient être envisagées lorsque l'importance du cas le justifie.

Les informations relatives au génome d'un individu comportent des spécificités qui pourraient justifier une protection particulière, et ainsi nécessiter une loi spécifique. Certains parlementaires français recommandent d'encadrer par une loi, les modalités d'accès aux fichiers publics ou privés, comportant des données biométriques<sup>648</sup>. Le projet est actuellement en discussion devant la chambre des Lords<sup>649</sup>. Au-delà des enquêteurs, ces informations pourraient intéresser les assureurs sur la vie. Jusqu'en 2006, le gouvernement britannique a mis en place un moratoire sur la réutilisation par les assureurs des données génétiques. Selon cet accord, les compagnies d'assurance ne peuvent utiliser les résultats des tests génétiques

---

<sup>648</sup> C. CABAL, "Rapport de l'Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques sur les méthodes scientifiques d'identification des personnes à partir de données biométriques et les techniques mises en oeuvre", Assemblée nationale, Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques, 16 juin 2003, disponible: <http://www.assemblee-nationale.fr>, *Recommandation n° 1. Des dispositions spécifiques sont applicables toutefois aux fichiers de police.*

<sup>649</sup> Human Genetics Commission: "Comments to inform the government response to the House of Lords report on Genetic databases", Site Internet, 13 juin 2001, disponible: <http://www.hgc.gov.uk>

pour fixer le tarif des polices d'assurance sur la vie, dès lors que leur montant d'excède pas £ 500.000 (720.000 Euros).<sup>650</sup>

Les bases de données génétiques à vocation de recherche médicale pose nécessairement le problème de l'anonymisation des données. Il est possible de distinguer trois niveaux d'anonymisation<sup>651</sup> : « données totalement identifiables » (un lien entre le matériel génétique et l'individu peut être immédiatement réalisé), « données anonymisées » (les données permettant l'identification des individus ont été codées, autorisant sous certaines conditions, la reconstitution des liens individus – code génétique), et les « données anonymisées » de façon définitive. Les objectifs mêmes de la recherche médicale proscrit l'anonymisation définitive. En effet, il peut être indispensable d'identifier et de localiser le titulaire d'un profil A.D.N., dès lors que des recherches auront établi qu'il est porteur d'une maladie génétique particulièrement grave.

Les procédés d'identification génétiques font l'objet d'améliorations constantes. – célérité, sensibilité accrue. La recherche permet également d'envisager à moyen ou long terme, la possibilité de dresser un « portrait génétique ». L'objectif de ces travaux étant de fournir, des informations caractéristiques de l'individu : sexe, couleur de la peau, des cheveux, le poids, l'âge etc .. Il est également envisagé de pouvoir déterminer des traits du comportement, comme une propension à la cigarette ou à l'alcool. Selon le FSS britannique, il est déjà possible d'identifier la race et les cheveux roux avec une grande probabilité. Les échantillons prélevés aux fins d'expérimentation ne sauraient provenir de la base d'identification des auteurs d'infractions. Il doit en effet être opérée une distinction entre les échantillons prélevés aux fins d'identification criminelle et les échantillons prélevés aux fins de recherche.

Des études réalisées montrent que la population aux Etats-Unis est globalement hostile au développement d'un profilage basé sur des caractéristiques physiques.<sup>652</sup>

---

<sup>650</sup>. J. REID, "Realising the potential of genetics in the NHS", Department of health, juin 2003, disponible: <http://www.doh.gov.uk/genetics/whitepaper.htm>

<sup>651</sup>. Select Committee appointed to consider Science and Technology United Kingdom Parliament: "Human genetic databases : challenges and opportunities", Site Internet, 20 mars 2001, disponible: <http://www.parliament.the-stationery-office.co.uk/>, Chap 7

<sup>652</sup>. Human Genetics Commission: "Inside Information. Balancing interests in the use of personal genetic data" Ibid., chap 9, forensic uses of personal genetic information, disponible: <http://www.hgc.gov.uk>, § 9.47

Les objectifs pour lesquels les bases de données établies à des fins d'identification criminelle ont été établies diffèrent des objectifs des bases de données médicales. Les enquêteurs pourraient toutefois être amenés à consulter des bases médicales. Il conviendrait de réserver cette faculté à la répression des infractions les plus graves.

## 2/ La preuve « cybernétique »

Maud OLINET

Kathia MARTIN

### Résumé :

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

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

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

De nombreux délits se sont multipliés, ils menacent autant les individus que les entreprises ou les Etats. Une enquête, réalisée dans les milieux d'affaires aux Etats-Unis, a révélé que 85% des entreprises sondées ont été victimes d'actes de piratage. Vecteur et cible d'une criminalité polymorphe, l'Internet, qui, par nature, ignore les frontières, pose des défis considérables à la procédure pénale. Le nombre de condamnations prononcées en la matière est faible au regard des milliers d'attaques annuelles. La poursuite et la répression de la cybercriminalité se heurtent à de nombreux obstacles : extraterritorialité et rapidité des réseaux, fugacité et volatilité des données constituent une difficulté en termes d'efficacité répressive. La nécessité de lutter donc utilement contre ces formes de criminalité suppose que soient adaptés, d'une part, les incriminations pénales (1), et d'autre part les instruments procéduraux, dont disposent les autorités chargées de l'enquête (2).

### 1° L'efficacité de la preuve cybernétique par l'harmonisation des incriminations

L'étude des différents systèmes juridiques démontre l'effort progressif des pays ici étudiés d'adapter leur législation à ces nouvelles formes de criminalité.

**Les atteintes directement portées contre les outils informatiques** englobent différentes infractions : le hacking, l'interception illégale de données informatiques, les atteintes à l'intégrité des données ou d'un système informatique, ainsi que les abus de dispositifs.

Le hacking, c'est-à-dire l'accès illégal à un système informatique, constitue l'infraction fondamentale, créant une atteinte à la sécurité, à la confidentialité, à l'intégrité et à la disponibilité des données et des systèmes informatiques.

La majorité des pays incriminent l'accès intentionnel et sans autorisation dans un système informatique, ainsi que la Convention sur la cybercriminalité. Seule l'Espagne ne l'incrimine pas de manière autonome. En droit espagnol, il est souvent fait référence à l'article 256 du Code pénal qui sanctionne l'utilisation induite d'un équipement terminal de communication, sans le consentement de son titulaire. Ainsi, même s'il n'existe pas d'infraction autonome, la législation espagnole permet de réprimer un tel comportement.

S'agissant des atteintes à l'intégrité de données informatiques, la majorité des systèmes juridiques étudiés, à l'instar de la Convention sur la cybercriminalité, ont prévu des incriminations spécifiques. Il en est de même, en matière d'atteintes à l'intégrité d'un système informatique. Par ces derniers termes, on entend toute entrave intentionnelle portée à l'usage légitime d'un système informatique, par introduction, transmission, endommagement, suppression, altération ou en rendant inaccessibles des données informatiques. A l'exception des trois systèmes juridiques anglo-saxons (Royaume-Uni,

Canada et Etats-Unis), qui ne disposent d'aucune incrimination spécifique, tous les autres pays sanctionnent expressément ces formes de criminalité. Il est permis d'observer que les différentes législations distinguent le sabotage des données informatiques du sabotage d'un système, et prévoient une sorte de gradation des peines en fonction des conséquences du dommage.

Quant aux abus de dispositifs, visant la possession, la production ou la mise à disposition de dispositifs ou de codes conçus pour permettre la commission de l'une des infractions précédentes, ils ne sont pas réglementés par les législations des différents pays, à l'exception de celle de l'Italie.

Mais en dehors de ces infractions qui portent directement atteinte aux outils informatiques, il existe aussi **celles qui sont commises à l'aide des réseaux informatiques**. Plus précisément, il s'agit des infractions qui utilisent ces réseaux comme vecteur. Les infractions, se rapportant à la pornographie infantile, constituent un exemple très significatif. Comme on a pu dire, la pédophilie est devenu un «délit de masse». Il suffit d'indiquer qu'en Allemagne, en l'espace d'un an, le nombre de sites pornographiques infantiles a augmenté de 100% ! L'ensemble des systèmes étudiés incriminent les actes de production et de diffusion de pornographie infantile.

D'autres infractions susceptibles d'être commises au moyen des réseaux informatiques sont celles relatives au racisme et à la xénophobie sur Internet. En Europe, la majorité des systèmes juridiques étudiés prohibent les contenus sur Internet ayant trait au racisme et à la xénophobie. Au niveau du Conseil de l'Europe, un protocole additionnel à la Convention sur la cybercriminalité devrait inclure la propagation d'idées racistes et la xénophobie à travers les réseaux. En revanche, aux Etats-Unis, le 1<sup>er</sup> Amendement à la Constitution garantit largement la liberté d'expression et ne fait pas obstacle aux contenus racistes et xénophobes sur Internet. L'arrêt de la District Court de Californie en date du 7 novembre 2001 relatif à l'affaire *Yahoo* illustre la politique américaine. Une harmonisation entre les différents systèmes juridiques s'impose donc en la matière.

## 2° L'efficacité de la preuve cybernétique par l'harmonisation de la procédure pénale

Comme il a été précédemment signalé, l'espace Internet représente un espace idéal pour la commission d'infractions. A la facilité de commission de l'infraction s'associent des difficultés de poursuite de celle-ci.

De l'analyse des systèmes juridiques des pays étudiés, il est permis de constater un certain souci d'«**adaptation des services**», spécialement ceux d'enquête, pour qu'ils soient aptes à répondre, d'une manière efficace, à cette nouvelle forme de criminalité. Il faut noter, par ailleurs, que ces services doivent, pour mener à bien leur travail, acquérir une connaissance informatique, ainsi qu'une capacité de coopération avec des spécialistes. C'est ainsi qu'en France, la Police nationale a réalisé un effort d'adaptation avec la création de l'Office central de lutte contre la criminalité liée aux technologies de l'information et de la communication (sa mission est fixée par le décret n° 2000-405 du 14 mai 2000). En outre, en ce qui concerne Paris, le préfet de police a créé la Brigade d'enquêtes aux fraudes des technologies de l'information, au sein de la sous-direction des affaires économiques et financières de la police judiciaire parisienne. Des brigades spécialisées ont été aussi créées au Portugal, tandis que les Etats-Unis ont renforcé les moyens du Centre de protection de l'infrastructure Nationale, qui regroupe le FBI et Pentagone. En revanche, le Canada n'a pas créé d'unités spécialisées. D'autres pays montrent, par ailleurs, un souci d'adaptation des organes de poursuite. Tel est le cas de l'Espagne où il a été proposé en 1999 la spécialisation du Ministère public pour le traitement d'infractions cybernétiques. Il faut préciser qu'il s'agissait de la création d'un service spécialisé et non de la spécialisation des représentants du Ministère public du fait d'une formation spécifique.

La création de ces services spécialisés s'accompagne souvent d'un **renforcement des pouvoirs d'investigation** en matière de cybercriminalité. Il est vrai que l'intangibilité et la fugacité des données informatiques, ainsi que l'extension des réseaux à plusieurs pays, posent des difficultés au droit commun dans le domaine des perquisitions et saisies. Pourtant, la plupart des pays ne disposent que des règles procédurales traditionnelles sur les perquisitions et saisies (Allemagne, Canada, Espagne, Italie et Portugal). En revanche, la Belgique a adopté des dispositions spécifiques, lors de l'adoption de la loi du 28 novembre 2000 relative à la criminalité informatique. Ce texte autorise la saisie de données stockées dans un système informatique qui peuvent être copiés, retirés ou rendus inaccessibles. Le droit français comporte également des dispositions analogues. Plus précisément, les

nouveaux articles 57-1, 76-3 et 97-1, insérés par la loi récente du 18 mars 2003, prévoient que les officiers de police judiciaire peuvent, au cours d'une perquisition, accéder, par un système informatique implanté sur les lieux où se déroule l'opération, à des données intéressant l'enquête en cours et stockées dans ledit système ou dans un autre système informatique, dès lors que ces données sont accessibles à partir du système initial ou disponibles pour le système initial. Les supports de stockage informatique peuvent être saisis et placés sous scellés selon les règles du droit commun. Il appartient donc aux autres pays de suivre l'exemple des législateurs français ou belge, afin de lutter efficacement contre cette forme de criminalité.

L'étude des différentes législations démontre, par ailleurs, **un accroissement des pouvoirs du juge**, en matière de cybercriminalité, par **l'extension de sa compétence territoriale**. C'est qu'en effet, l'un des problèmes posés par la cybercriminalité est de savoir, dans l'hypothèse où une infraction est commise sur Internet à partir d'un serveur étranger et portant atteinte à une personne se trouvant sur le territoire national, si les juridictions répressives françaises peuvent se déclarer compétentes pour en connaître. Même si, pour l'application de la loi nationale, le principe de la territorialité prédomine, il subit des exceptions et souvent fait l'objet d'interprétations extensives par la jurisprudence, notamment par l'adoption de la « théorie de l'ubiquité ». La plupart des systèmes juridiques ont adopté des règles d'extension de compétence. Tel est, par exemple, le cas de la législation portugaise qui prévoit que la loi pénale portugaise s'applique, lorsqu'un acte est commis sur le territoire national ou si le résultat de l'infraction s'y produit. Les magistrats portugais peuvent donc se déclarer compétents pour juger l'auteur de ces faits. L'Italie et l'Allemagne représentent aussi d'autres exemples du principe de la territorialité associé à la théorie de l'ubiquité. Les juridictions italiennes et allemandes sont compétentes en cas d'infraction transfrontalière, dès lors qu'une parcelle de l'infraction ou les conséquences de celle-ci ont été réalisées sur les territoires nationaux. En France, les tribunaux interprètent les dispositions de l'article 113-2, al. 2, CP, de manière très large, admettant la compétence des tribunaux français non seulement lorsqu'un élément constitutif de l'infraction a été accompli en France, mais également lorsque les effets de l'infraction ont été développés sur le territoire français (par exemple, lorsqu'une contrefaçon a été commise à l'étranger, les tribunaux français peuvent en connaître, dès lors que l'œuvre contrefaite est française). Enfin, la loi belge du 28 novembre 2000 élargit les prérogatives du juge d'instruction en matière de lutte contre la criminalité informatique. Désormais, lorsque le juge d'instruction ordonne une recherche dans un système informatique ou dans une partie de celui-ci, cette investigation peut être élargie vers un système se trouvant dans un lieu différent de celui où la recherche a eu lieu, y compris à l'étranger. Cette mesure d'extension est conditionnée à certains critères : la nécessité, la proportionnalité, l'obligation d'une mise en œuvre dans le cadre d'une affaire déjà en phase d'instruction.

Face aux difficultés de poursuite des infractions informatiques, notamment de celles commises à travers Internet, le **rôle de certains acteurs privés**, comme les serveurs Internet, est actuellement mis en exergue. Il faut bien reconnaître que les serveurs peuvent exercer un rôle de contrôle du comportement des utilisateurs qui ne doit pas être négligé. Ils peuvent jouer un rôle du premier plan dans la lutte contre le contenu illégal et offensant diffusé sur Internet, étant donné qu'ils offrent l'interface entre celle-ci et les internautes. Aussi bien, une Résolution du Conseil de l'Union européenne du 15 février 1997 incitait les Etats membres à stimuler des systèmes d'autorégulation, avec la participation des utilisateurs et des serveurs Internet, à travers l'élaboration de codes de conduite et de mécanismes d'information d'urgence accessibles au public. A cet égard, il est permis de citer l'exemple du gouvernement canadien qui cherche à promouvoir une coopération avec les organismes d'application de la loi, ainsi qu'à favoriser une autoréglementation efficace. En 1996, l'Association canadienne des fournisseurs Internet a élaboré un Code de conduite à l'intention de ses membres, auquel ils adhèrent de leur propre gré.

La mise en œuvre de « lignes d'aide », systèmes de communication, grâce auxquels les responsables reçoivent des plaintes relatives au contenu illégal ou offensant diffusé sur Internet, peut également être constatée dans certains pays. Les internautes ou les fournisseurs d'accès communiquent avec la ligne d'aide, lorsqu'ils trouvent des contenus suspects et les responsables de la ligne d'aide enquêtent sur la plainte, pour prévenir par la suite le fournisseur et les organismes d'application de la loi, s'ils estiment

le contenu en question illégal. Les responsables des lignes d'aide filtrent les plaintes, libérant ainsi les autorités d'application de la loi pour le traitement des affaires les plus importantes.

En plus de la question de l'autoréglementation, apparaît celle de l'étroite collaboration des acteurs privés avec les services d'enquête publics. Certains pays ont adopté des dispositions spécifiques concernant ce devoir de collaboration des acteurs privés (Belgique, France, Espagne, Etats-Unis), et en cas de refus, ont même prévu des sanctions pénales susceptibles d'être prononcées à leur encontre. A cet égard, il est permis de faire observer qu'en France, l'article 60-1 C. proc. pén., inséré par la loi du 18 mars 2003, prévoit que, sur demande de l'officier de police judiciaire, les organismes publics ou les personnes morales de droit privé doivent mettre à sa disposition toutes les informations utiles à la manifestation de la vérité, à l'exception de celles protégées par un secret prévu par la loi, contenues dans les systèmes informatiques ou traitements de données nominatives qu'ils administrent. Le fait de refuser de répondre sans motif légitime à ces réquisitions est puni d'une amende de 3 750 euros (v. aussi : art. 77-1-1 et 151-1-1 C. proc. pén.).

H.M.

## Introduction

158 millions aux États-Unis, 95 en Europe, 90 en Asie et dans le Pacifique, 14 millions en Amérique Latine, 3 millions et demi en Afrique : le réseau d'internautes s'étend de jour en jour à une croissance exponentielle. Le commerce électronique s'y développe aussi à grands pas : 650 milliards de dollars en l'an 2000, un chiffre qui devrait tripler en deux ans. Plus de 28 millions de sites se sont installés sur la toile en quelques années et la production de contenus attractifs devient un enjeu aussi stratégique que la création de nouveaux matériels informatiques.

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

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

De nombreux délits se sont multipliés, ils menacent autant les individus que les entreprises ou les États. Une enquête dans les milieux d'affaires aux États-Unis a révélé que 85% des entreprises sondées ont été victimes d'actes de piratage. Aux États-Unis, le Pentagone, à lui seul, a enregistré en un an plus de 22 000 agressions électroniques contre ses systèmes et le FBI a recensé 5 000 infrastructures « extrêmement vulnérables » à la criminalité informatique capable selon son nouveau directeur Ronald L. Dick de « déstabiliser l'économie entière d'un pays ». Ces chiffres ne révèlent pas l'impact économique réel de la cybercriminalité, un tiers seulement des victimes dénonceraient les faits.

Vecteur et cible d'une criminalité polymorphe, l'Internet, qui, par nature, ignore les frontières, pose des défis considérables à la procédure pénale. Le nombre de condamnations prononcées en la matière est faible au regard des milliers d'attaques annuelles. La poursuite et la répression de la cybercriminalité se heurtent à de nombreux obstacles : extraterritorialité et rapidité des réseaux, fugacité et volatilité des données constituent une difficulté en termes d'efficacité répressive. Il en résulte notamment la capacité de manipuler ou de supprimer des

éléments de preuve de façon quasi instantanée, ce qui est très handicapant pour les services chargés de l'enquête qui ont besoin des preuves stockées et transmises par le biais des systèmes informatiques. L'efficacité de la preuve cybernétique et donc de la répression supposent que soient adaptés, d'une part, les incriminations pénales (A), d'autre part, les instruments procéduraux dont disposent les autorités chargées de l'enquête (B).

L'étude a été réalisée et des propositions dégagées à partir de l'analyse comparée de neuf systèmes juridiques différents (Allemagne, Belgique, Espagne, France, Grande-Bretagne, Italie, Portugal, Canada, États-Unis) ainsi que celle de la première convention internationale sur la cybercriminalité<sup>653</sup>.

#### A) L'efficacité de la preuve cybernétique par l'harmonisation des incriminations

En matière de cybercriminalité, le droit pénal des États étudiés comporte certains vides juridiques et des différences importantes susceptibles d'entraver la coopération policière et judiciaire.

Le rapprochement, en la matière, des droits pénaux de fond garantirait que les législations nationales soient suffisamment complètes afin que les attaques graves contre les systèmes informatiques puissent faire l'objet d'enquêtes et que la preuve cybernétique indispensable à la procédure pénale soit efficace.

##### 1°) Les infractions contre les réseaux : un soutien à la preuve cybernétique

En mai 2000, 65% des entreprises américaines de plus de 200 employés ont été infectées par le virus *I love you*. Les experts estiment le préjudice à plusieurs milliards de dollars. Depuis, la production de virus, vers et autres chevaux de Troie ne faiblit pas.

Ces atteintes directement portées contre les outils informatiques englobent différentes infractions : le *hacking*, c'est-à-dire l'accès illégal à un système informatique, l'interception

---

<sup>653</sup>. Convention sur la cybercriminalité STE n°185 ouvert à la signature des États membres et des États non membres qui ont participé à son élaboration (Canada, Japon, Afrique du Sud, États-Unis) et à l'adhésion des autres États non membres le 23 novembre 2001 à Budapest. Au 14 janvier 2003, il y avait 32 signatures non suivies de ratifications d'États membres du Conseil de l'Europe et 2 ratifications/adhésions (Albanie et Croatie).

illégal de données informatiques<sup>654</sup>, les atteintes à l'intégrité des données ou d'un système informatiques ainsi que l'abus de dispositifs.

*Le hacking* – L'accès illégal à un système informatique constitue l'infraction fondamentale créant une atteinte à la sécurité, c'est-à-dire à la confidentialité, l'intégrité et la disponibilité des données et des systèmes informatiques. Les particuliers comme les entreprises et les organismes publics doivent pouvoir diriger, exploiter et contrôler leurs données et leurs systèmes sans perturbation.

La majorité des pays incriminent l'accès intentionnel et sans autorisation dans un système informatique ainsi que la Convention sur la cybercriminalité<sup>655</sup>.

Seul l'Espagne ne l'incrimine pas de manière autonome. En droit espagnol, il est souvent fait référence à l'article 256 du Code pénal qui incrimine l'utilisation induue d'un équipement terminal de communication sans le consentement de son titulaire lorsque ce dernier subit un préjudice supérieur à 50 000 pesetas. Ainsi, même s'il n'existe pas d'infraction autonome, la législation espagnole permet de réprimer le *hacking*.

Certains systèmes juridiques – et la possibilité est donnée par la Convention sur la cybercriminalité – exigent des conditions supplémentaires, telle la sécurisation du système informatique, pour qu'on puisse parler d'infraction<sup>656</sup>.

Tous les systèmes juridiques nationaux étudiés permettent donc de réprimer l'accès intentionnel et sans autorisation dans un système informatique conformément à la Convention sur la cybercriminalité. Si la majorité des pays – 8 sur 9 – dispose d'une législation nationale

---

<sup>654</sup>. Cette incrimination représente la même violation du droit au respect des communications que l'écoute et l'enregistrement classiques des conversations téléphoniques entre des personnes, elle vise à protéger le droit au respect des données transmises. C'est pourquoi, il convient de renvoyer au rapport spécifique sur les nouvelles technologies d'écoute et de surveillance qui le traite spécifiquement.

<sup>655</sup>. Allemagne (Section 202a du Code pénal), Angleterre (Sections 1 et 2 du Computer Misuse Act de 1990), Belgique (Article 550bis §3 1° du Code pénal (loi du 28 novembre 2000 relative à la criminalité informatique), France (Article 323-1 du Code pénal), Italie (Article 615ter du Code pénal), Portugal (Article 7 de la loi du 17 août 1992), Canada (Article 342.1(1) du Code criminel), Etats-Unis (Section 2701 du Titre 18 de l'United States Code (ci-après : USC), Convention sur la cybercriminalité (l'article 2 incrimine l'accès intentionnel et sans droit à tout ou partie d'un système informatique et précise qu'une partie peut exiger par exemple que l'infraction soit commise en violation des mesures de sécurité ou dans l'intention d'obtenir des données informatiques).

<sup>656</sup>. En Italie, par exemple, est exigé que le système informatique soit protégé par des mesures de sécurité ; au Portugal, est réclamée l'intention d'obtenir un avantage illégitime ou de causer des préjudices.

spécifique, un seul possède une législation non spécifique mais qui s'adapte à cette forme de criminalité.

*Les atteintes à l'intégrité de données informatiques* – Par cette incrimination, doit être assurée aux données informatiques une protection analogue à celle dont jouissent les biens corporels. L'intégrité et le bon usage des données doit être protégé.

Les manifestations diverses de ces atteintes peuvent se regrouper en deux éléments matériels : d'une part, l'altération, c'est-à-dire la modification de données existantes telle l'endommagement ou la détérioration, d'autre part, la destruction, c'est-à-dire la suppression, l'effacement de données informatiques.

La majorité des systèmes juridiques étudiés, à l'instar de la Convention sur la cybercriminalité, incriminent ces atteintes intentionnelles portées à l'intégrité des données informatiques.<sup>657</sup>

Plusieurs pays, comme la Convention du Conseil de l'Europe qui réserve ce droit à un Etat, imposent, de plus, des conditions supplémentaires afin de caractériser l'infraction : en Belgique, il s'agit d'une intention spécifique, et pour le Conseil de l'Europe, des dommages sérieux.

Conformément à la Convention sur la cybercriminalité, tous les systèmes juridiques nationaux étudiés permettent donc de réprimer les atteintes portées à l'intégrité de données informatiques.

*Les atteintes à l'intégrité d'un système informatique* – Concernant le système dans son ensemble, est visée l'entrave intentionnelle portée à l'usage légitime d'un système informatique, par introduction, transmission, endommagement, suppression, altération ou en rendant inaccessibles des données informatiques.

---

<sup>657</sup> Angleterre (Section 3 du Computer Misuse Act de 1990), Belgique (Article 550ter §2 du Code pénal), Espagne (Article 264.2 du Code pénal), France (Articles 323-1 et 323-1 du Code pénal), Italie (Article 635bis du Code pénal), Portugal (Loi du 17 août 1992 sur la criminalité informatique), Canada Convention sur la cybercriminalité (Article 4).

Par cette incrimination, sont pénalisés principalement l'introduction d'un programme destiné à troubler le fonctionnement d'un système tel qu'un virus, un ver, une bombe logique ou un cheval de Troie.

Les trois systèmes juridiques anglo-saxons – Angleterre, Canada, Etats-Unis – ne possèdent pas d'incrimination des atteintes portées au système informatique en entier. Existente seule l'incrimination des atteintes aux données informatiques.

Les autres systèmes juridiques étudiés disposent d'une incrimination directe visant les atteintes aux systèmes informatiques, qui figure soit dans le même texte d'incrimination que les atteintes aux données<sup>658</sup>, soit séparément<sup>659</sup> : il ressort ainsi qu'ils distinguent le sabotage des données informatiques du sabotage d'un système, et prévoient une sorte de gradation des peines en fonction des conséquences du dommage.

*Les abus de dispositifs* – Par cette disposition, sont visés la possession, la production ou la mise à disposition de dispositifs ou de codes conçus pour permettre la commission d'une des infractions ci-dessus.

Il s'agit d'une incrimination à la source. Dans la mesure où la commission des infractions nécessite souvent la possession de moyens d'accès, c'est-à-dire d'outils de piratage, il existe une forte motivation d'en acquérir à des fins délictueuses, ce qui peut déboucher sur la création d'une sorte de marché noir de la production et de la distribution de tels outils.

C'est pourquoi, a été instituée en infraction pénale distincte et indépendante dans certains systèmes juridiques la commission intentionnelle d'actes illicites – c'est-à-dire la possession, la production, ou la mise à disposition de dispositifs ou de codes conçus pour permettre la commission d'une des infractions étudiées précédemment – se rapportant à certains dispositifs ou données d'accès dont il est fait une utilisation abusive aux fins de commettre les infractions étudiées contre la confidentialité, l'intégrité et la disponibilité des systèmes ou données informatiques.

---

<sup>658</sup> Italie (Article 635bis du Code pénal ; article 640ter du Code pénal dans le cas où l'altération du fonctionnement d'un système informatique produirait un avantage injuste), Belgique (Article 550ter §2 du Code pénal), Espagne (Article 264.2 du Code pénal).

<sup>659</sup> France (Article 323-2 du Code pénal), Portugal (Loi n°109/91 du 17 août 1992 sur la criminalité informatique), Convention sur la cybercriminalité **Error! Bookmark not defined.** (Article 5).

Seule l'Italie<sup>660</sup> conformément à la Convention sur la cybercriminalité incrimine les abus de dispositifs. Il existe donc un vide juridique dans chaque autre système juridique étudié concernant ces abus.

Outre cette dernière incrimination à la source, il n'y a pas concernant les incriminations contre les réseaux de problème majeur, de nombreuses convergences ayant été constatées : chaque système juridique, même s'il ne dispose pas de législation spécifique, permet dans son ensemble d'incriminer les atteintes portées à l'encontre des outils informatiques, ce qui représente un soutien à l'efficacité de la preuve cybernétique.

## 2°) Les infractions par les réseaux : un obstacle à la preuve cybernétique

Suite aux infractions spécifiquement informatiques, il convient d'analyser les différents systèmes juridiques au regard des infractions qui utilisent les réseaux informatiques comme vecteur, c'est-à-dire celles qui ont trait aux contenus illicites tels la pédophilie ou les actes de nature raciste ou xénophobe.

*Les infractions se rapportant à la pornographie infantile* – Selon le responsable de la Division française pour la répression des atteintes aux personnes et aux biens, le commissaire Jean-François Cossé, « 350 à 500 000 clichés à caractère pédophile » circulent par messagerie et sont consultables sur Internet. La pédophilie est devenue « un délit de masse » estime pour sa part un représentant du BKA, la police fédérale allemande. En l'espace d'un an, le nombre de sites pornographiques infantiles en langue allemande a augmenté de 100%.

Comme infractions, sont visés les actes de production, de diffusion et de possession de pornographie infantile. Les systèmes juridiques étudiés, nationaux et internationaux,

---

<sup>660</sup> Italie (L'article 615ter du Code pénal punit la détention ou la diffusion abusive de codes d'accès à des systèmes informatiques ou télématiques d'une peine pouvant aller jusqu'à un an d'emprisonnement et d'une amende pouvant aller jusqu'à 5164,47 euros).

incriminent l'ensemble ou certains seulement des actes susvisés<sup>661</sup>. Tous incriminent la production et la diffusion de pornographie enfantine, la majorité sa possession conformément à la Convention sur la cybercriminalité. Notons que cette dernière est complétée utilement par le Projet de décision-cadre du Conseil européen concernant la lutte contre l'exploitation sexuelle des enfants et la pornographie enfantine adopté le 7 octobre 2002 par le Conseil européen.

Il ressort de cette analyse comparée que les convergences nombreuses eu égard à la même valeur protégée que représente l'enfant. Ce n'est donc pas à propos de la pornographie enfantine que l'harmonisation des incriminations pose des problèmes en vue d'une meilleure efficacité de la preuve cybernétique.

*Les infractions relatives au racisme et à la xénophobie sur Internet* – En 1995, il y avait environ 160 sites haineux et racistes sur Internet basés aux Etats-Unis. Aujourd'hui, il y en a plus de 2 500 qui, à l'abri du 1<sup>er</sup> amendement de la Constitution américaine préservant la liberté d'expression, diffusent leur propagande haineuse ainsi que des textes révisionnistes.

En Europe, la majorité des systèmes juridiques étudiés prohibent les contenus sur Internet ayant trait au racisme et à la xénophobie<sup>662</sup>. Au niveau du Conseil de l'Europe, un protocole additionnel à la Convention sur la cybercriminalité devrait inclure la propagation d'idées racistes et la xénophobie à travers les réseaux<sup>663</sup>.

En revanche, aux Etats-Unis, le 1<sup>er</sup> Amendement à la Constitution garantit largement la liberté d'expression et ne fait pas obstacle aux contenus racistes et xénophobes sur Internet. L'arrêt de la District Court de Californie en date du 7 novembre 2001 relatif à l'affaire

---

<sup>661</sup> Espagne (Articles 186 et 189 du Code pénal (production, diffusion), France (Article 227-23 du Code pénal (production, diffusion), article 321-1 du Code pénal (détention), Italie (Articles 600 ter et 600 quater du Code pénal (production, diffusion, détention), Portugal (Article 172 du Code pénal (production, diffusion), Canada (Article 163.1(1) du Code criminel (production, diffusion, possession), Etats-Unis (Sections 2252 et 2252A, Chapitre 10 « Sexual exploitation and other abuse of children », Titre 18 de l'USC (possession, production, diffusion), Convention sur la cybercriminalité (Article 9 (possession, production, diffusion).

<sup>662</sup> Exemples de l'Espagne (Articles 510.1, 607.1 et 607.2 du Code pénal), France (Articles 24, 24 bis et 32 de la loi du 29 juillet 1881).

<sup>663</sup> Le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe a adopté le 7 novembre 2002 le Protocole additionnel à la Convention sur la cybercriminalité relatif à l'incrimination des actes de nature raciste et xénophobe commis par le biais des systèmes informatiques. Il a décidé de l'ouvrir à la signature à l'occasion de la prochaine session de l'Assemblée parlementaire (27-31 janvier 2003).

Yahoo<sup>664</sup> illustre notamment la politique américaine : le juge a précisé que le jugement français<sup>665</sup> – condamnant la société Yahoo à mettre en place des dispositifs techniques permettant d'empêcher l'accès aux pages de son portail proposant à la vente des objets nazis à des personnes situées sur le territoire français – constituait un risque pour la liberté d'expression telle que définie en droit constitutionnel américain. Le juge a relevé que la décision française était incompatible avec la conception américaine de la liberté d'expression et le fait que des français soient susceptibles d'être touchés par des propos non autorisés en France ne justifiait pas une telle limitation à la liberté d'expression aux Etats-Unis.

Il ressort de graves divergences en matière d'infractions se rapportant aux contenus racistes et xénophobes sur Internet entre les incriminations inscrites dans les systèmes juridiques étudiés qui font obstacle à toute efficacité de la preuve cybernétique ! L'affaire Yahoo en est la représentation. Néanmoins, une souhaitable harmonisation des incriminations en la matière ne serait évidemment pas à elle seule indispensable à une meilleure efficacité de la preuve cybernétique. L'harmonisation de la procédure pénale en est le cœur.

#### B) L'efficacité de la preuve cybernétique par l'harmonisation de la procédure pénale

L'impact de la généralisation des nouvelles technologies de l'information sur les différents systèmes juridiques étudiés n'est pas négligeable. Les limites des solutions juridiques traditionnelles et la nécessité de nouvelles solutions pour faire face aux conflits propres d'une communauté interconnectée et virtuelle se sont rapidement fait sentir.

L'espace Internet représente un espace idéal pour la commission d'infractions. A la facilité de commission de l'infraction s'associe des difficultés de poursuite de celle-ci.

La nature fugace, transfrontalière et anonyme des réseaux d'information, quelque soit l'infraction commise, soit-elle contre les réseaux ou par les réseaux, pose des problèmes aux divers systèmes juridiques nationaux.

---

<sup>664</sup> L'arrêt est disponible à l'adresse suivante :

<http://www.foruminternet.org/telechargement/documents/dc-calif20011107.pdf> (accès le 20 janvier 2002).

<sup>665</sup> T.G.I de Paris, 20 novembre 2000, U.E.J.F et autres c/ Yahoo Inc.

Sur le plan national, nous remarquons en règle général une tendance à l'adaptation des dispositifs déjà existants en droit interne. L'adaptation des réponses juridiques traditionnelles pour lutter contre la cybercriminalité peut être constatée dans tous les systèmes juridiques étudiés. Les degrés d'adaptation varient néanmoins selon le pays observé. Cette adaptation concerne tant les acteurs (1°) de la procédure que les procédures elles-mêmes (2°).

### 1°) L'adaptation des acteurs

Une adaptation du rôle des acteurs publics (a) et des acteurs privés (b) peut être constatée.

#### **a) – Les acteurs publics**

Les organismes d'application de la loi doivent accompagner le rythme poussé du progrès technologique et de l'évolution des techniques utilisées par les criminels dans le cyberspace. En ce qui concerne les acteurs publics, l'adaptation de leur rôle pour lutter contre la cybercriminalité dans les différents systèmes juridiques étudiés est représentée notamment par une certaine spécialisation, mais également par un certain accroissement des pouvoirs et compétences. C'est surtout le cas des services d'enquête et du juge.

#### **Les services d'enquêtes**

De l'analyse des systèmes juridiques des pays étudiés, nous constatons un certain souci d'adaptation des services, spécialement ceux d'enquête, pour qu'ils soient aptes à répondre d'une manière efficace à cette nouvelle forme de criminalité. Il faut noter que ces services doivent, pour mener à bien leur travail, acquérir une connaissance informatique, ainsi qu'une capacité de coopération avec des spécialistes.

C'est ainsi qu'en France la police nationale a réalisé un effort d'adaptation avec la création de l'Office central de lutte contre la criminalité liée aux technologies de l'information et de la communication (OCLCTIC). Sa mission est fixée par le décret n° 2000-405 du 14 mai 2000. Elle est double : l'une première concernant l'activité opérationnelle proprement dite (réalisation d'enquêtes judiciaires de haut niveau technique et assistance technique lors des enquêtes judiciaires menées par d'autres Services, comme par exemple, ceux relatifs à la

pédophilie, à la prostitution ou au trafic de stupéfiants), l'autre concernant la formation, l'animation et la coordination de l'action des autres services répressifs, compétents en matière d'infractions relatives aux technologies de l'information et de la communication. L'OCLCTIC est également chargé de la coopération internationale et constitue le point de contact national pour la France en matière de coopération policière européenne et institutionnelle. En ce qui concerne Paris, le préfet de police a créé la Brigade d'enquêtes aux fraudes des technologies de l'information (BEFTI)<sup>666</sup> au sein de la sous-direction des affaires économiques et financières de la police judiciaire parisienne. Cette brigade mène des enquêtes, assure un soutien technique aux autres services et mène des actions d'information sur les nouvelles formes de délinquance. Sa compétence territoriale se restreint à la capitale et aux trois départements de la petite couronne.

Des brigades spécialisées ont été également créées au Portugal. La Brigade d'investigation de criminalité informatique (BICI)<sup>667</sup> a été créée en janvier 1995 et la Section d'investigation de criminalité informatique et de télécommunications (SICIT)<sup>668</sup> a été créée en septembre 1998.

Pour lutter contre le cyberterrorisme, les Etats Unis ont renforcé les moyens du Centre de protection de l'infrastructure Nationale, qui regroupe le FBI<sup>669</sup> et le Pentagone.

Le Canada quant à lui n'a pas créé d'unités spécialisées, il ne possède pas de service spécialisé. Une formation sur les crimes commis par Internet et d'autres formes de haute technologie est pourtant assurée aux agents de la police canadienne par le Collège Canadien de police. Des enquêteurs de la Gendarmerie royale du Canada (GRC) spécialistes des crimes informatiques travaillent dans tous les grands centres du Canada tentant de résoudre les infractions commises par ordinateur, notamment la diffusion des contenus relatifs à la pornographie infantile sur Internet. La GRC a, elle aussi, mis en place des ateliers portant sur Internet qu'elle offre aux policiers affectés aux services généraux pour renforcer la prévention des abus contre les enfants et pour rendre plus efficace la répression des criminels dans ce domaine. Parmi les séances de ces ateliers, peut être citée celle consacrée aux techniques d'enquête pour la recherche et la saisie de données informatiques illégales.

---

<sup>666</sup> Elle succède le Service d'enquêtes aux fraudes technologiques de l'information (SEFTI).

<sup>667</sup> *Brigada de investigação de criminalidade informática.*

<sup>668</sup> *Secção de investigação de criminalidade informática e de telecomunicações.*

<sup>669</sup> Le FBI possède une moyenne de 240 spécialistes en matière d'infraction informatique. Il s'agit de la "Criminal Squad 37".

D'autres pays montrent un souci d'adaptation des organes de poursuite. En Espagne, par exemple, une Commission du Sénat travaillant sur les réseaux informatiques a proposé en 1999 la spécialisation du Ministère public pour le traitement d'infractions cybernétiques : la "*Fiscalía Especial para los Delitos Informáticos*"<sup>670</sup>. Il faut noter qu'il s'agissait de la création d'un service spécialisé mais non pas de spécialisation des représentants du Ministère public du fait d'une formation spécifique.

### **Le juge**

Deux tendances peuvent être constatées en ce qui concerne l'adaptation du juge pour l'intervention en matière de cybercriminalité : une première relative à l'accroissement de ses pouvoirs par l'extension de la compétence juridictionnelle, une seconde relative à la restriction de ses pouvoirs en matière d'appréciation des preuves en raison de la nature de la preuve cybernétique.

- L'accroissement des pouvoirs du juge par l'extension de la compétence juridictionnelle :

Les infractions informatiques commises à travers Internet sont des infractions « sans frontière », dont le résultat peut produire des effets simultanément dans de nombreux pays. L'un des problèmes posés par la cybercriminalité est de savoir, dans le cas où une infraction est commise sur Internet à partir d'un serveur étranger et portant atteinte à une personne se trouvant sur le territoire national, si la loi nationale s'applique, si le juge national est compétent. Etant donné la globalisation de la criminalité informatique, les frontières étatiques représentent un obstacle non négligeable à une identification claire et à une répression efficace de ses auteurs. Un souci d'étendre la compétence du juge national au delà des frontières nationales peut être ainsi constaté.

Même si, pour l'application de la loi nationale, le principe de la territorialité prédomine, il subit des exceptions et souvent fait l'objet d'interprétations extensives par la jurisprudence, notamment par l'adoption de la "théorie de l'ubiquité".

---

<sup>670</sup> Boletín Oficial de las Cortes Generales. Senado. VI Legislatura. Serie I : Boletín General du 27 décembre 1999, numéro 812.

Certains systèmes juridiques adoptent dans leurs textes une compétence étendue à l'application de la loi pénale nationale. C'est par l'exemple le cas du Portugal. Selon l'art. 4° du CP portugais, la loi pénale portugaise est applicable à chaque fois qu'une infraction est commise sur le territoire portugais, l'art. 7° du même code disposant que le *locus delictus* est celui où le comportement criminel - l'action ou l'omission - a été commis, ou encore, celui où le résultat a eu lieu ; ce qui signifie que l'Ordre juridique pénal portugais adopte « la théorie de l'ubiquité ». Ainsi, si l'acte a été réalisé en territoire portugais ou si le résultat de l'infraction s'y produit, les magistrats portugais sont compétents en matière de poursuite et de jugement de l'auteur de l'infraction. L'Italie représente un autre exemple du principe de la territorialité associé à la théorie de l'ubiquité. Selon l'article 6 du code pénal italien, «quiconque commet une infraction sur le territoire de l'Etat est puni selon la loi italienne». Il suffit pourtant que soient constatés "en tout, mais aussi en partie, l'action, l'omission ou bien l'événement qui en est la conséquence" pour que l'infraction soit considérée commise sur le territoire italien<sup>671</sup>. Les juridictions italiennes sont donc compétentes en cas d'infraction transfrontalière dès lors qu'une partie de l'infraction ou des conséquences de celle-ci se sont réalisées en Italie. L'Allemagne aussi adopte le principe de la territorialité associé à la théorie de l'ubiquité<sup>672</sup> pour étendre la compétence juridictionnelle à l'endroit où des effets potentiels de l'infraction peuvent intervenir.

En plus des textes eux-mêmes, la jurisprudence peut jouer un rôle très important dans l'élargissement de la compétence juridictionnelle. En France, les tribunaux interprètent l'article 113-2, alinéa 1<sup>er</sup> du Code pénal<sup>673</sup> de manière très large, admettant la compétence de la loi française non seulement quand l'action délictueuse s'est déroulée en France, mais également lorsqu'elle y a développé ses effets<sup>674</sup>. Par conséquent, l'application de la loi française est si étendue que les tribunaux seront compétents pour juger d'une infraction dont un élément est réalisé sur le territoire français. Pratiquement toutes les infractions commises contre ou à l'aide d'Internet sont, de ce fait, de la compétence du juge français. L'exemple de l'affaire Yahoo pour des enchères d'objets nazis réalisés aux Etats-Unis mais accessibles

---

<sup>671</sup>. Voir art. 6, alinéa 2 du CP. Voir également, la décision de la Cour de cassation (*sezione V Penale*) du 17 novembre- 27 décembre 2000 (n.4741) relative à la diffamation sur Internet à partir d'un serveur israélien, mais subie par la victime depuis l'Italie.

<sup>672</sup>. Voir sections 3 et 9 du CP.

<sup>673</sup>. Selon l'art. 113-2, alinéa 1<sup>er</sup> du CP, "l'infraction est réputée commise sur le territoire de la République dès lors qu'un de ses faits constitutifs a eu lieu sur ce territoire".

<sup>674</sup>. La loi française est par exemple applicable en cas de contrefaçon à l'étranger, lorsque l'œuvre contrefaite est française (Crim. 2 février 1977, B, n° 41).

depuis la France<sup>675</sup> est un exemple très significatif de cette extension de compétence. En Espagne, le principe général est également celui de la territorialité. L'article 23 de la Loi organique du pouvoir judiciaire combine le principe de la territorialité avec la nationalité de l'auteur de l'infraction et avec la proclamation de certains biens juridiques dont la protection pénale dépasse les limites posées par la territorialité<sup>676</sup>. Pourtant, le principe de la territorialité (malgré les exceptions citées ci-dessus) associé à la "théorie de l'action" (l'article 7 du Code pénal dispose que pour la détermination de la loi applicable l'infraction est considérée comme commise lorsque l'auteur exécute l'action ou laisse d'exécuter l'acte qu'il devait réaliser) se montre insuffisant pour faire face à une criminalité sans frontière. De ce fait la jurisprudence s'oriente vers l'application de la "théorie de l'ubiquité"<sup>677</sup>.

La théorie de l'ubiquité peut se révéler efficace du point de vue de l'établissement de la compétence pénale des autorités, dans la mesure où plusieurs autorités seront compétentes. Il y aura alors plusieurs possibilités d'engager l'investigation et la poursuite de l'auteur. Néanmoins, dans la pratique, elle peut se révéler dangereuse parce que le cybercriminel pourra éventuellement être poursuivi pour le même comportement dans des pays divers. D'où l'importance d'une efficace coopération internationale.

Toujours en ce qui concerne un élargissement des pouvoirs du juge, la loi belge du 28 novembre 2000 élargit les prérogatives du juge d'instruction en matière de lutte contre la criminalité informatique. Désormais, lorsque le juge d'instruction ordonne une recherche dans un système informatique ou dans une partie de celui-ci, cette investigation peut être élargie vers un système se trouvant dans un lieu différent de celui où la recherche a eu lieu y compris à l'étranger. Cette mesure d'extension est conditionnée à certains critères : la nécessité, la proportionnalité, l'obligation de n'être mise en œuvre que dans le cadre d'une affaire déjà en phase d'instruction. Il faut noter que lorsque les données concernées se trouvent en dehors de la Belgique, celles-ci ne peuvent être que copiées.

- La restriction des pouvoirs du juge par la nature de la preuve cybernétique

---

<sup>675</sup> T.G.I. de Paris, ord. référé, 22 mai 2000.

<sup>676</sup> Comme par exemple en cas de prostitution, de trafic de stupéfiants ou en cas de l'infraction de génocide. Voir art. 23.4 de la Loi organique du pouvoir judiciaire

<sup>677</sup> Voir, par exemple, TS, *auto de fecha* 122.3.96, rec. 3240/1995 ; TS, *auto* 3.2.97, rec. 960/1996.

En règle générale le principe de la liberté des preuves et de leur appréciation par le juge prédomine<sup>678</sup>. La preuve est libre, les moyens de rapporter la commission d'une infraction sont libres ainsi que la manière dont le juge va les apprécier.

Le juge possède des larges pouvoirs d'appréciation de la preuve. Selon le principe de l'intime conviction du juge dans l'appréciation de la preuve, le juge n'est tenu d'obéir qu'aux suggestions de sa raison et de sa conscience, sans pourtant s'en remettre à ses sentiments personnels. Le juge doit apprécier de manière objective les éléments de preuve présentés pour parvenir à un verdict rationnel.

Les systèmes juridiques fondés sur les principes de la liberté de la preuve et de l'intime conviction du juge (normalement les pays de tradition romano-germanique) en règle générale n'hésitent pas à admettre les preuves informatiques, c'est-à-dire à admettre des enregistrements informatiques comme preuve. Certes, le principe de liberté est encadré, notamment par l'exigence de légalité : la libre appréciation du juge ne peut porter que sur les preuves dont la collecte est valable et soumises à discussion. Les pays de *Common Law* sont en règle général plus restrictifs. En Grande-Bretagne, par exemple, la preuve cybernétique n'est admise que selon les règles posées par la Section 69 du *Police And Criminal Evidence Act* (PACE) de 1984. La preuve issue d'un ordinateur renvoie à la preuve par ouï-dire et est donc inadmissible, à moins qu'une exception à l'exclusion de l'ouï-dire ne s'applique<sup>679</sup>. Les faits rapportés par l'intermédiaire d'une preuve cybernétique doivent donc être corroborés par la personne qui est l'auteur de la preuve. Selon ladite section 69 du PACE, les documents produits par l'intermédiaire d'un ordinateur ne sont admissibles que s'il n'y a aucune raison de

<sup>678</sup> Voir, par exemple, l'art. 234 du CPP italien, qui admet comme preuve "l'acquisition d'écrits ou d'autres documents qui représentent des faits, des personnes ou des choses à travers la photographie, la cinématographie, la phonographie ou tout autre moyen" ; l'art. 427 al. 1<sup>er</sup> du CPP français : "Hors les cas où la loi en dispose autrement, les infractions peuvent être établies par tout mode de preuve" ; Voir art. 11 de la Loi organique du pouvoir judiciaire espagnol qui n'interdit que les preuves obtenues en infraction des droits fondamentaux ; l'art. 342 du Code d'instruction criminelle belge, où la preuve des crimes se fait par tout moyen et le principe de l'intime conviction est rappelé aux jurés d'assises ; la section 261 du CP allemand ; l'art. 125 du CPP portugais, selon lequel "sont admissibles les preuves qui n'auront pas été interdites par la loi" et l'art. 127 du CPP, selon lequel "la preuve est appréciée selon les règles de l'expérience et de la libre conviction" de l'autorité compétente sauf lorsque la loi dispose autrement ; en ce qui concerne le Canada, en 1971 la Cour suprême a établi le principe selon lequel toute preuve pertinente au litige est admissible, à moins qu'une règle précise n'en prévoie l'exclusion (R. c. Wray, (1971) R.C.S. 272).

<sup>679</sup> Tout comme les procès-verbaux, de tels documents ne font que relater une intervention humaine et sont donc inadmissibles. Lorsque l'ordinateur est employé comme simple dispositif mécanique, comme simple outil, les documents qui en résultent sont alors admissibles puisqu'ils impliquent le résultat d'un calcul et non une affirmation de la vérité des faits relatés.

croire que la déclaration est imprécise à cause de l'utilisation incorrecte de l'ordinateur et si au moment de l'acte il est établi que l'ordinateur fonctionnait correctement.

De l'analyse du principe de la libre appréciation de la preuve par le juge, une hiérarchisation matérielle des preuves semblerait inenvisageable. Or, il n'en est pas vraiment ainsi. La nature des preuves produites peut restreindre cette liberté d'appréciation du juge. La preuve cybernétique, comme les preuves d'expertise en général, est marquée par sa technicité et son objectivité. Même si le juge n'est pas lié par les conclusions d'un expert<sup>680</sup>, souvent il n'a pas les compétences techniques pour contester un rapport d'expert. La difficulté de maîtrise des preuves techniques ou scientifiques par les magistrats et encore plus par les jurés restreint leur pouvoir d'appréciation.

#### **b) – Les acteurs privés**

L'adaptation peut également être représentée par un renforcement de la participation des acteurs privés.

Face aux difficultés de poursuite des infractions informatiques, notamment de celles commises à travers Internet, le rôle de certains acteurs privés comme les serveurs Internet est mis en exergue. L'immédiateté de l'Internet et la précarité des preuves cybernétiques exigent des enquêtes en temps réel. Il faut des dispositifs permettant de retracer les communications. Les intermédiaires techniques des réseaux détiennent les données d'identification de leurs abonnés et des données de connexion dont dépend la traçabilité des messages. Mais, en plus de la nécessité de coopération de ces acteurs pour la répression de la cybercriminalité, leur rôle dans la prévention doit également être remarqué.

Les serveurs peuvent exercer un rôle de contrôle du comportement des utilisateurs qui ne doit pas être négligé. Ils peuvent jouer un rôle de premier plan dans la lutte contre le contenu illégal et offensant diffusé sur Internet, étant donné qu'ils offrent l'interface entre celle-ci et les internautes. La transgression de certaines règles de conduite pourrait entraîner la privation de support technique nécessaire au maintien des connections.

---

<sup>680</sup> Sauf l'exemple de l'art. 163 du CPP portugais. Pourtant, même cette disposition n'est pas absolue. Le juge peut se départir des conclusions de l'expert lorsque ses divergences sont rationnellement fondées sur des considérations techniques ou scientifiques.

Une Résolution du Conseil de l'Union européenne du 15 fév. 1997<sup>681</sup> incitait les Etats membres à stimuler des systèmes d'autorégulation, avec la participation des utilisateurs et des serveurs Internet, à travers l'élaboration de codes de conduite et de mécanismes d'information d'urgence accessibles au public. Il s'agissait également de stimuler l'utilisation de mécanismes de filtrage des contenus nuisibles<sup>682</sup> divulgués par le réseau.

Le gouvernement canadien, par exemple, cherche à promouvoir une coopération soutenue avec les organismes d'application de la loi, ainsi qu'à favoriser une autoréglementation efficace. Toujours en ce qui concerne le Canada, l'Association canadienne des fournisseurs Internet (ACFI) a élaboré un code de conduite à l'intention de ses membres en 1996, auquel ils adhèrent de leur propre gré. Parmi ses règles existe le respect de toutes les lois applicables et l'interdiction d'héberger sciemment de contenus illégaux, les membres de l'ACFI étant contraints de partager l'information relative à de tels contenus. Le partenariat entre organes publics, l'ACFI et des entreprises est assez important.

La mise en œuvre de "lignes d'aide", systèmes de communication grâce auxquels les responsables reçoivent des plaintes relatives au contenu illégal ou offensant diffusé sur Internet peut également être constatée dans certains pays<sup>683</sup>. Les internautes ou les fournisseurs d'accès communiquent avec la ligne d'aide lorsqu'ils trouvent des contenus suspects et les responsables de la ligne d'aide enquêtent sur la plainte pour ensuite prévenir le fournisseur et les organismes d'application de la loi s'ils estiment le contenu en question illégal. Les responsables des lignes d'aide filtrent les plaintes, libérant ainsi les organismes d'application de la loi pour le traitement des affaires les plus importantes. Un exemple d'organisme indépendant collaborant avec des organismes d'application de la loi et avec les fournisseurs d'accès pour éliminer d'Internet le contenu illégal, notamment la pornographie infantile, est celui du l'Internet Watch Foundation, créé au Royaume-Uni en 1996. En outre, il contribue à l'étiquetage et au filtrage du contenu légal, pouvant cependant être considéré offensant par certaines personnes.

---

<sup>681</sup> Voir Bulletin officiel C-70 du 6 mars 1997. Celex [http://europa.eu.int/celex\\_es.htm](http://europa.eu.int/celex_es.htm).

<sup>682</sup> La mise en œuvre d'un tel projet peut rencontrer comme obstacle l'absence de limites géographiques du réseau associée aux différences culturelles de chaque zone géographique. Un consensus sur la notion de contenu nocif peut rencontrer des difficultés.

<sup>683</sup> C'est par exemple le cas du Royaume-Uni, de l'Allemagne, des Etats-Unis et de la France.

Toujours dans le domaine de l'autorégulation, le secteur privé travaille sur la scène internationale à l'élaboration d'un modèle de code de conduite axé sur l'autoréglementation mondiale pour les fournisseurs de services internet. L'Association canadienne des fournisseurs Internet (ACFI) a conclu avec l'Association européenne des fournisseurs de services Internet (EurolSPA) un accord de collaboration dans les dossiers d'intérêt commun<sup>684</sup>.

En plus de la question de l'autoréglementation, apparaît celle de l'étroite collaboration des acteurs privés avec les services d'enquête publics et de l'injonction de communiquer des données informatiques. Certains pays ont adopté des dispositions spécifiques concernant ce devoir de collaboration des acteurs privés.

En Belgique, la loi du 28 novembre 2000 impose des nouvelles obligations aux opérateurs de télécommunications et aux ISP d'enregistrer et de conserver, pendant un délai (qui ne peut être inférieur à un an) les données d'appel et d'identification des utilisateurs de leurs services de télécommunications. En cas de refus de collaborer la peine encourue est celle d'emprisonnement pouvant aller de trois à six mois et/ou une amende. Par ailleurs, la loi prévoit la collaboration des personnes présumées avoir une connaissance particulière du système informatique concerné, leur refus de collaboration étant puni d'une peine d'emprisonnement de 6 mois à 1 an et/ou amende<sup>685</sup>.

---

<sup>684</sup> Voir Gouvernement du Canada, "Le contenu illégal et offensant diffusé dans internet", 2001, 36 p., <http://www.brancher.gc-ca/cyberaverti> (05/01/2003).

<sup>685</sup> Cf. art. 88 quater du Code d'instruction criminelle, inséré par L 2000-11-28/34, art. 9; § 1er. "Le juge d'instruction ou un officier de police judiciaire auxiliaire du procureur du Roi délégué par lui, peut ordonner aux personnes dont il présume qu'elles ont une connaissance particulière du système informatique qui fait l'objet de la recherche ou des services qui permettent de protéger ou de crypter des données qui sont stockées, traitées ou transmises par un système informatique, de fournir des informations sur le fonctionnement de ce système et sur la manière d'y accéder ou d'accéder aux données qui sont stockées, traitées ou transmises par un tel système, dans une forme compréhensible. Le juge d'instruction mentionne les circonstances propres à l'affaire justifiant la mesure dans une ordonnance motivée qu'il transmet au procureur du Roi.

§ 2. Le juge d'instruction peut ordonner à toute personne appropriée de mettre en fonctionnement elle-même le système informatique ou, selon le cas, de rechercher, rendre accessibles, copier, rendre inaccessibles ou retirer les données pertinentes qui sont stockées, traitées ou transmises par ce système, dans la forme qu'il aura demandée. Ces personnes sont tenues d'y donner suite, dans la mesure de leurs moyens.

L'ordonnance visée à l'alinéa 1er, ne peut être prise à l'égard de l'inculpé et à l'égard des personnes visées à l'article 156.

§ 3. Celui qui refuse de fournir la collaboration ordonnée aux §§ 1er et 2 ou qui fait obstacle à la recherche dans le système informatique, est puni d'un emprisonnement de six mois à un an et d'une amende de vingt-six francs à vingt mille francs ou d'une de ces peines seulement.

§ 4. Toute personne qui, du chef de sa fonction, a connaissance de la mesure ou y prête son concours, est tenue de garder le secret. Toute violation du secret est punie conformément à l'article 458 du Code pénal.

§ 5. L'Etat est civilement responsable pour le dommage causé de façon non intentionnelle par les personnes requises à un système informatique ou aux données qui sont stockées, traitées ou transmises par un tel système".

En France, la loi du 15 novembre 2001 relative à la sécurité quotidienne a renforcé les pouvoirs d'investigation des enquêteurs dans le domaine des nouvelles technologies de l'information. Ainsi, un nouveau titre a été inséré dans le Code de procédure pénale comprenant un chapitre unique relatif à "La mise au clair des données chiffrées nécessaires à la manifestation de la vérité". L'article 230-1 nouveau autorise le procureur, la juridiction d'instruction ou de jugement à solliciter les compétences d'une personne physique ou morale qualifiée "afin d'effectuer les opérations techniques permettant d'obtenir la version en clair de ces informations ainsi que, dans le cas où un moyen de cryptologie a été utilisé, la convention secrète de déchiffrement, si cela apparaît nécessaire". Le recours à des services privés est possible dès lors "qu'il apparaît que des données saisies ou obtenues au cours de l'enquête ou de l'instruction ont fait l'objet d'opérations de transformation empêchant d'accéder aux informations en clair qu'elles contiennent ou de les comprendre". Il est également prévu en droit français une obligation de transmission des clés de cryptage que mettent en place des sociétés de cryptage pour leurs clients à la demande des "agents autorisés" conformément à l'article 4 de la loi n° 91-646 du 10 juillet relative au secret des correspondances émises par la voie des télécommunications. De plus, un nouvel article a été inséré dans le Code pénal français sanctionnant de trois ans d'emprisonnement et 45.000 euros d'amende le fait de "refuser de remettre ladite convention aux autorités judiciaires" ou "de la mettre en œuvre" dès lors que la dite convention était "susceptible d'avoir été utilisée pour préparer, faciliter ou commettre un crime ou un délit" (article 434-15-2).

En Espagne, un devoir de collaboration active existe au sein du Code de procédure pénale, parmi les règles procédurales traditionnelles (art. 575). Il s'agit de l'obligation de présenter des objets et des papiers pouvant avoir un lien avec l'affaire. Si celui qui les détient se refuse à les présenter, il sera puni d'une peine d'amende. S'il persiste en son refus, si l'objet ou le document sont d'importance et que l'enquête relative au délit le justifie, il sera poursuivi comme auteur de désobéissance à l'autorité, à moins qu'il ne puisse être poursuivi légalement comme receleur ou receleur bénéficiaire. Une nouvelle loi de 2002, relative aux services de la société d'information et du commerce électronique, prévoit un devoir de collaboration des serveurs avec les autorités publiques pour la localisation des auteurs d'activités ou contenus illicites diffusés par Internet.

Aux Etats-Unis, le *Cyber Security Enhancement Act* (CSEA) a été adopté le 15 juillet 2002 par la Chambre des Représentants dans le prolongement du *Patriot Act* largement controversé

pour les atteintes aux libertés constitutionnelles qu'il contient. Depuis cette loi, toute autorité fédérale, d'Etat ou locale – non plus seulement les autorités judiciaires ou leurs mandataires – est autorisée à requérir les fournisseurs d'accès. De plus, la loi a allégé le critère conditionnant la coopération du fournisseur d'accès avec l'autorité à « sa croyance de bonne foi » qu'il y ait abus.<sup>686</sup> Mais peut-on ne pas être de bonne foi devant un agent du gouvernement qui demande l'accès aux données informatiques ?

## 2°) L'adaptation des règles procédurales

Si la recherche de la vérité continue d'être l'un des principaux objectifs du procès pénal, cette recherche peut être limitée par des contingences matérielles. Dans le domaine de la cybercriminalité ces obstacles à la recherche de la vérité sont importants. Cette recherche suppose une modernisation générale des procédures nationales. De l'analyse des systèmes juridiques étudiés, nous constatons que si un effort d'adaptation des règles procédurales existe, il est récent et se fait à des différents degrés.

Les adaptations concernent en règle générale l'attribution de pouvoirs d'enquête et l'adoption de procédures spécifiques.

Tout d'abord, se présente le problème de la conservation des données informatiques. Un obstacle à la réalisation des investigations efficaces se tient au fait que les données ne sont pas souvent conservées ou lorsqu'elles le sont, ce n'est que pour une courte période dans un souci de protection de la vie privée. C'est ainsi qu'en transposant la Directive n° 95/46/CE du 24 octobre 1995 visant la protection de données personnelles, l'Allemagne par la loi Fédérale du 1<sup>er</sup> août 1997 oblige les fournisseurs de services à offrir à leurs clients une possibilité d'accès et de paiement anonymes. Les données de connexion relatives à une personne ne peuvent pas être transmises à des tiers sans son accord et elles ne peuvent pas être conservées par les fournisseurs d'accès, sauf si cette conservation est nécessaire à l'établissement de factures et à condition que sa durée n'excède pas quatre-vingt jours. Il faut pourtant noter qu'une réforme est en cours en droit allemand en matière de protection des données. L'une des modifications déjà effectuées concerne la reconnaissance aux fournisseurs de service soupçonnant des abus

---

<sup>686</sup>. Auparavant, le *Patriot Act* avait permis au fournisseur d'accès d'ouvrir son réseau aux multiples techniques de renseignement portant sur des informations couvertes par le droit à la vie privée de ses utilisateurs dès lors qu'il avait des motifs « raisonnables » de penser qu'il y avait abus.

du droit de traiter des données à caractère personnel des utilisateurs pour la recherche et la poursuite d'infractions pénales. Le Portugal, en transposant la même Directive, attribue à une autorité administrative indépendante, la Commission nationale de protection des données (CNPD) la fixation d'un délai de conservation des données à caractère personnel.<sup>687</sup>

*En France, la loi n°2001-1062 du 15 novembre 2001 relative à la sécurité quotidienne vient adapter les méthodes d'investigation à la matière. Elle traite de la conservation des données de connexion à l'Internet par les fournisseurs d'accès (art. 29). Même si elle oblige les opérateurs des télécommunications à "effacer" ou à "rendre anonyme" toute donnée relative à une communication dès la fin de celle-ci, sanctionnant la non observation de la règle d'une peine d'emprisonnement d'un an et d'une peine d'amende de 75.000 euros, elle pose une exception d'ordre judiciaire à cette règle d'effacement immédiat des données. Les autorités judiciaires peuvent ainsi exploiter les données enregistrées par les services de télécommunications pendant un délai maximum d'un an à des fins de recherche, de constatation et de poursuite des infractions pénales. La Belgique quant à elle a été beaucoup plus incisive que les pays cités ci-dessus et a imposé aux opérateurs de télécommunications d'enregistrer et de conserver, pendant un délai ne pouvant pas être inférieur à un an, les données d'appel et d'identification des utilisateurs de leurs services, sanctionnant l'inobservation. En ce qui concerne le Canada, son droit passe par une phase de modifications pour s'adapter à la Convention du Conseil de l'Europe sur la criminalité cybernétique. Un droit canadien propre à la criminalité cybernétique verra peut être bientôt le jour. Entre-temps, il faut noter que les "ordonnances de conservation" prévues par la Convention sur la cybercriminalité, qui exigent du fournisseur de services la conservation des données, n'existent pas pour l'instant dans le droit canadien.*

Outre la conservation des données, l'existence ou non d'injonction de communiquer des données informatiques est une autre question de grande importance pour l'efficacité des investigations dans ce domaine. Quelques exemples relatifs à cette question ont déjà été cités lors de l'analyse de l'adaptation du rôle des acteurs privés pour la lutte contre la cybercriminalité. Certains pays comme l'Allemagne ne prévoient pas d'injonction de communiquer des données. D'autres pays la prévoient de manière indirecte, en utilisant des

---

<sup>687</sup>. Voir art. 23-1, "f" de la Loi n° 67 du 14 octobre 1998.

dispositions du droit commun<sup>688</sup>. Enfin quelques pays ont adopté des règles spécifiques. Le Portugal, par exemple, prévoit l'injonction de communiquer en cas de traitement des données personnelles qui contiennent des informations sur la sécurité d'Etat, ou sur la prévention et l'investigation criminelle<sup>689</sup>. D'autres exemples comme le français, belge et l'américain ont déjà été cités ci-dessus. Il faut noter qu'en droit canadien, on envisage d'adopter des "ordonnances de production", qui exigent la remise de documents à certaines personnes dans un délai précis. Le Canada envisage d'adopter des ordonnances générales de production, ordonnances spécifique de production des données relatives au trafic et des ordonnances spécifiques de production des données sur les abonnés ou fournisseurs de services pour adapter son droit à la Convention du Conseil de l'Europe sur la cybercriminalité.

L'intangibilité et la fugacité des données informatiques, ainsi que l'extension des réseaux à plusieurs pays posent des difficultés au droit commun en matière de perquisitions et saisies. Contrairement à la criminalité traditionnelle, où en règle générale les preuves se trouvent à proximité, l'Internet permet à l'auteur de l'infraction de placer des preuves dans des supports situés à des grandes distances, cela sans compter la facilité d'élimination des preuves à travers une simple manipulation. Pourtant, certains pays ne disposent que des règles procédurales traditionnelles. C'est notamment le cas de l'Allemagne, du Canada, de l'Espagne, de l'Italie et du Portugal. Le régime général des perquisitions et des saisies est appliqué. La Belgique, en revanche, a adopté des règles spécifiques, même si les règles générales du CPP sont d'application subsidiaire. La loi du 28 novembre 2000 relative à la criminalité informatique et modifiant certains articles du Code d'instruction criminelle distingue la phase de l'information (saisie d'information à la suite de leur découverte) et celle de l'instruction (recherche de l'information dans des systèmes automatisés). L'article 39bis du code d'instruction

---

<sup>688</sup>. En Espagne, par exemple, l'art. 575 du CPP relatif à l'obligation de présenter des objets et des papiers pouvant avoir un lien avec l'affaire est utilisé. Il faut noter que la nouvelle loi n° 34/2002 du 11 juillet 2002 relative aux services de la société de l'information et du commerce électronique prévoit un devoir de collaboration des serveurs avec les autorités publiques pour la localisation des auteurs d'activités ou contenus illicites diffusés par internet.

<sup>689</sup>. Le droit d'accès est exercé à travers la Commission nationale de protection des données ou une autre autorité administrative indépendante chargée par la loi de contrôler le respect de la législation sur la protection des données personnelles. Cf. Loi n° 67/98, art. 11-2.

criminelle<sup>690</sup> dispose de la saisie de données stockées dans un système informatique. Il s'agit de copier, de rendre inaccessible ou de retirer des données stockées dans un système informatique. Ces mesures interviennent lorsque le procureur du Roi a découvert dans un système informatique des données stockées qui sont utiles pour les mêmes finalités que celles prévues pour la saisie, la saisie du support n'étant néanmoins pas souhaitable. Le code précise que le procureur est responsable de la préservation de l'intégrité et de la confidentialité des données. L'art. 88 ter et suivants du Code d'instruction criminelle disposent de la recherche de données dans un système informatique. Cette recherche est ordonnée par le juge d'instruction. L'article 88ter dispose que la recherche peut être étendue à un système informatique qui se trouve dans un autre lieu que celui où la recherche est effectuée – il s'agit de l'hypothèse de la recherche dans un réseau informatique. L'extension est encadrée puisqu'elle doit être

---

<sup>690</sup> Art. 39bis. <inséré par L 2000-11-28/34, art. 7; En vigueur : 13-02-2001> § 1er. Sans préjudice des dispositions spécifiques de cet article, les règles de ce code relatives à la saisie, y compris l'article 28sexies, sont applicables aux mesures consistant à copier, rendre inaccessibles et retirer des données stockées dans un système informatique.

§ 2. Lorsque le procureur du Roi découvre dans un système informatique des données stockées qui sont utiles pour les mêmes finalités que celles prévues pour la saisie, mais que la saisie du support n'est néanmoins pas souhaitable, ces données, de même que les données nécessaires pour les comprendre, sont copiées sur des supports qui appartiennent à l'autorité. En cas d'urgence ou pour des raisons techniques, il peut être fait usage de supports qui sont disponibles pour des personnes autorisées à utiliser le système informatique.

§ 3. Il utilise en outre les moyens techniques appropriés pour empêcher l'accès à ces données dans le système informatique, de même qu'aux copies de ces données qui sont à la disposition de personnes autorisées à utiliser le système informatique, de même que pour garantir leur intégrité.

Si les données forment l'objet de l'infraction ou ont été produites par l'infraction et si elles sont contraires à l'ordre public ou aux bonnes moeurs ou constituent un danger pour l'intégrité des systèmes informatiques ou pour des données stockées, traitées ou transmises par le biais de tels systèmes, le procureur du Roi utilise tous les moyens techniques appropriés pour rendre ces données inaccessibles.

Il peut cependant, sauf dans le cas prévu à l'alinéa précédent, autoriser l'usage ultérieur de l'ensemble ou d'une partie de ces données, lorsque cela ne présente pas de danger pour l'exercice des poursuites.

§ 4. Lorsque la mesure prévue au § 2 n'est pas possible, pour des raisons techniques ou à cause du volume des données, le procureur du Roi utilise les moyens techniques appropriés pour empêcher l'accès à ces données dans le système informatique, de même qu'aux copies de ces données qui sont à la disposition de personnes autorisées à utiliser le système informatique, de même que pour garantir leur intégrité.

§ 5. Le procureur du Roi informe le responsable du système informatique de la recherche effectuée dans le système informatique et lui communique un résumé des données qui ont été copiées, rendues inaccessibles ou retirées.

§ 6. Le procureur du Roi utilise les moyens techniques appropriés pour garantir l'intégrité et la confidentialité de ces données.

Des moyens techniques appropriés sont utilisés pour leur conservation au greffe.

La même règle s'applique, lorsque des données qui sont stockées, traitées ou transmises dans un système informatique sont saisies avec leur support, conformément aux articles précédents.

nécessaire à la découverte de la vérité, d'autres mesures seraient disproportionnées et des éléments de preuve risqueraient d'être perdus<sup>691</sup>.

Comme pour les perquisitions, certains pays utilisent les règles du droit commun pour l'interception de données informatiques. Ainsi, en Espagne le régime général des interceptions (art. 579 du CPP) est applicable aux interceptions de données informatiques. L'interception de correspondance peut en fait être étendue aux messages électroniques. En France, le seul cadre légal concernant l'interception des données informatiques est celui relatif au secret des correspondances émises par la voie des télécommunications (loi n° 91-646 du 10 juillet 1991). La partie VI du code criminel canadien interdit l'interception volontaire d'une communication privée, sauf si les conditions de légalité sont satisfaites, une autorisation judiciaire étant toutefois exigée. Au Canada les tribunaux n'ont pas encore précisé si la communication par courrier électronique peut être qualifiée de "communication privée", exigeant ainsi, pour l'interception, une autorisation judiciaire. Il faut pourtant noter que le contenu d'un courrier électronique pourrait être éventuellement obtenu à travers un mandat de perquisition.

A la particularité de la preuve cybernétique, l'analyse comparée amène à conclure dans l'ensemble à un effort d'adaptation des différents systèmes juridiques nationaux en termes d'incriminations et de procédure pénale. Pour autant, cet effort – dans la mesure où il n'est pas systématiquement spécifique à la cybercriminalité et qu'il est seulement national – n'est pas suffisant.

---

<sup>691</sup> Art. 88ter, <inséré par L 2000-11-28/34, art. 8; En vigueur : 13-02-2001> § 1er. Lorsque le juge d'instruction ordonne une recherche dans un système informatique ou une partie de celui-ci, cette recherche peut être étendue vers un système informatique ou une partie de celui-ci qui se trouve dans un autre lieu que celui où la recherche est effectuée :

- si cette extension est nécessaire pour la manifestation de la vérité à l'égard de l'infraction qui fait l'objet de la recherche, et
- si d'autres mesures seraient disproportionnées, ou s'il existe un risque que, sans cette extension, des éléments de preuve soient perdus.

§ 2. L'extension de la recherche dans un système informatique ne peut pas excéder les systèmes informatiques ou les parties de tels systèmes auxquels les personnes autorisées à utiliser le système informatique qui fait l'objet de la mesure ont spécifiquement accès.

§ 3. En ce qui concerne les données recueillies par l'extension de la recherche dans un système informatique, qui sont utiles pour les mêmes finalités que celles prévues pour la saisie, les règles prévues à l'article 39bis s'appliquent. Le juge d'instruction informe le responsable du système informatique, sauf si son identité ou son adresse ne peuvent être raisonnablement retrouvées.

Lorsqu'il s'avère que ces données ne se trouvent pas sur le territoire du Royaume, elles peuvent seulement être copiées. Dans ce cas, le juge d'instruction, par l'intermédiaire du ministère public, communique sans délai cette information au ministère de la Justice, qui en informe les autorités compétentes de l'état concerné, si celui-ci peut raisonnablement être déterminé.

§ 4. L'article 89bis est applicable à l'extension de la recherche dans un système informatique".

Outre l'harmonisation des incriminations et de la procédure pénale, les caractères spéciaux – principalement transfrontalier et fugace – de la preuve cybernétique imposent une coopération internationale efficace de la police et des autorités de poursuite afin que cette preuve acquiert sa véritable efficacité au sein du procès pénal.

### 3/ La preuve technologique des interceptions et surveillances

Dimitri Giannalopoulos

Raphaële Parizot

#### Résumé :

L'évolution impressionnante de la technologie a été une source constante des transformations au sein de la justice pénale, lors des dernières décennies. La naissance d'une criminalité moderne bien caractérisée, comme le crime organisé, le terrorisme ou la criminalité cybernétique, a donné naissance à de nouvelles méthodes d'investigation criminelle, de nature fortement technologique. Aussi bien, les interceptions des télécommunications et les moyens de surveillance sont considérés comme des méthodes d'investigation efficaces, susceptibles de satisfaire les exigences d'une criminalité dissimulée et les exigences d'une criminalité qui menace de plus en plus les fondements mêmes de nos sociétés libérales.

Contrairement à certaines législations isolées qui prennent soin de définir la notion d'interceptions des télécommunications (Etats-Unis, Canada et Italie), la majorité des systèmes juridiques sont silencieux sur cette question. Malgré l'absence de définition légale, il est permis de considérer que l'interception sous-entend l'idée de saisie d'une conversation entre deux personnes, par l'intermédiaire de mécanismes technologiques. Or, de telles conversations relèvent à part entière de la sphère de la vie privée des individus, dont la protection est assurée par tous les systèmes juridiques. Dès lors, il y a une incompatibilité entre les interceptions des communications téléphoniques et le droit à la vie privée. Cependant, cette pratique est considérée comme légitime dans tous les Etats étudiés. Sans aucun doute, la légitimité de cette pratique peut prendre appui sur l'article 8§2 de la Convention européenne des droits de l'Homme qui justifie les ingérences de l'autorité publique dans l'exercice du droit au respect de la vie privée, à condition que ces ingérences soient prévues par la loi, et qu'elles constituent, dans une société démocratique, une mesure nécessaire à la sécurité nationale, au bien être économique du pays, à la prévention des infractions pénales ou à la protection des droits et libertés d'autrui. Ainsi, dans l'affaire *Klass c/ Allemagne*, la Cour européenne des droits de l'Homme a affirmé que «les sociétés démocratiques se trouvent menacées de nos jours par des formes très complexes d'espionnage et par le terrorisme, de sorte que l'Etat doit être capable, pour combattre efficacement ces menaces, de surveiller en secret les éléments subversifs opérant sur son territoire». Par conséquent, «l'existence de dispositions législatives accordant des pouvoirs de surveillance secrète de la correspondance, des envois postaux et des télécommunications est, devant une situation exceptionnelle, nécessaire, dans une société démocratique, à la sécurité nationale et/ ou à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales».

La Cour de Strasbourg reconnaît donc les interceptions comme une méthode d'investigation criminelle acceptable, malgré leur caractère *prima facie* attentatoire à la vie privée. Cependant, elle ne le fait qu'avec beaucoup de réserve, en soulignant en particulier la nature exceptionnelle de ce moyen d'investigation et en imposant sa description explicite et détaillée par la loi. C'est à la même conclusion qu'a abouti la Cour Suprême du Canada dans l'affaire *R. c/ Duarte*, où il a été observé que «si l'Etat peut enregistrer et transmettre les communications privées de manière arbitraire, il n'est plus possible d'atteindre une balance entre le droit de l'individu d'être laissé seul et le droit de l'Etat de s'intégrer dans la vie privée afin de poursuivre ses buts», notamment celui de combattre la criminalité».

Les législateurs des différents pays, faisant l'objet de notre étude, ne pouvaient donc que recevoir positivement les messages de la Cour européenne des droits de l'Homme et s'efforcer d'harmoniser leur législation aux impératifs posés par la Convention (1°). Mais si l'interception des communications téléphoniques est expressément réglementée par tous les systèmes juridiques étudiés, il n'en est pas de même pour d'autres méthodes de surveillance, dues aux récentes évolutions technologiques, telle que la surveillance électronique ou celle du cyberspace (2°). Ainsi, le projet ECHELON<sup>692</sup> présente aujourd'hui une menace importante pour la vie privée. Il est utile d'indiquer que ce projet est développé, afin de servir les besoins des agences secrètes des Etats-Unis, ainsi que des agences d'autres pays y participant et ne semble pas concerner que la protection de la sécurité nationale de ce pays. Toutefois, rien n'empêche l'exploitation de ce système ou d'un système similaire aux fins d'investigations criminelles et, par conséquent, son application générale. A défaut de cadre législatif suffisant, force est de constater les atteintes potentielles à la vie privée des individus à tel point que l'on pourrait parler d'une société surveillant tout. Il appartient donc aux différents législateurs d'intervenir pour réglementer expressément de telles situations extrêmement dangereuses pour les droits fondamentaux (2°).

### 1° Le régime des interceptions

Le recours à ce moyen de preuve n'est licite que si certaines conditions, requises par les différents textes législatifs, se trouvent réunies. Il convient, en tout cas, de s'interroger sur les conséquences que peut entraîner la violation de la législation y relative.

#### Les strictes conditions d'admission des interceptions

Les interceptions ne sont possibles qu'à la condition préalable que tous les autres moyens de preuve aient échoué ; on parle, dans cette hypothèse, de condition de «subsidiarité». En plus de cette condition préalable indispensable, les interceptions ne peuvent être prescrites que par la seule autorité judiciaire. Enfin, elles ne peuvent être ordonnées qu'à l'égard de certaines personnes et pour certaines infractions.

#### i) La nécessaire subsidiarité des interceptions

Les interceptions sont la «roue de secours» de la procédure pénale dans les pays étudiés. Aux Etats-Unis, pour recourir aux interceptions, les procédures ordinaires doivent avoir échoué. Il en est de même au Canada, en Allemagne, au Royaume-Uni, en Belgique et en Italie. Sous des formulations diverses, l'esprit est le même : les interceptions ne constituent pas une procédure automatique ; elles ne peuvent intervenir qu'en cas d'échec avéré ou encouru avec une grande probabilité des procédures de droit commun.

#### ii) L'autorisation judiciaire

Dans la presque totalité des pays étudiés ici, **seul un juge** peut ordonner une interception. A cet égard, on pourra faire observer que le 4<sup>e</sup> Amendement de la Constitution des Etats-Unis impose aux policiers le devoir d'obtenir un «warrant», en vue d'effectuer une perquisition. Le warrant constitue la preuve qu'un juge a examiné la demande émanant d'un policier pour la réalisation d'une perquisition. Etant donné que les interceptions des télécommunications sont assimilées à des perquisitions, un juge doit, en conséquence, vérifier si certaines conditions sont remplies, avant de prescrire une telle mesure.

De la même façon, dans les systèmes de droit d'Europe continentale, le juge d'instruction est seul responsable, pour ordonner une interception des télécommunications. Toutefois, le droit italien présente l'intérêt particulier que les interceptions sont ordonnées par le ministère public. Mais, il faut qu'il demande l'autorisation d'un juge. Les droits allemand et belge confèrent respectivement le même

<sup>692</sup>. ECHELON est considéré être le code pour un système de collection mondiale de signaux d'intelligence, qui fonctionne par l'interception de toute forme de communication globale, comme les communications par téléphone, fixe ou portable, celles par radio, par satellite, ou encore les communications par e-mail. En particulier, on prétend qu' ECHELON peut intercepter toute forme de signaux. Par ailleurs, il est supposé pouvoir intercepter des données transmises par des satellites, des données parcourant des câbles océaniques ou, bien sûr, le trafic des données d'Internet.

pouvoir au ministère public et au Procureur du Roi en cas d'urgence. Enfin, en droit espagnol, c'est le Ministre de l'Intérieur – ou, à défaut, le Directeur de la sûreté de l'Etat – qui ordonne la mise en œuvre d'une interception en cas d'urgence et à condition que les investigations soient effectuées pour établir la preuve de délits ayant un rapport avec les agissements de bandes armées ou d'éléments terroristes ou rebelles. Cependant, même dans cette hypothèse, la mesure devra être portée à la connaissance du juge compétent qui pourra confirmer ou révoquer cette décision dans un délai de 72 heures à compter du moment où l'opération a été ordonnée. En France, seul le juge d'instruction peut prescrire des écoutes téléphoniques au cours de la phase de l'instruction préparatoire (art. 100 C. proc. pén.). Cependant, le projet de loi d'adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité prévoit que si les nécessités de l'enquête de flagrance ou de l'enquête préliminaire relative à l'une des infractions relevant de la criminalité organisée 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, pour une durée maximum de quinze jours, renouvelable une fois dans les mêmes conditions de forme et de durée. Ce projet permet donc le recours à des interceptions pendant la phase des enquêtes, à condition que ces opérations soient effectuées sous le contrôle du juge des libertés et de la détention.

Il en résulte donc clairement que dans les droits étudiés, seul un juge a compétence pour prescrire l'interception des télécommunications. Dans les cas exceptionnels où ce droit est reconnu au ministère public (Allemagne) ou au Procureur du Roi (Belgique), l'ordre de placement est nul, s'il n'y a pas confirmation postérieure par l'autorité judiciaire. Sans aucun doute, cette pratique est en conformité avec la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.

Toutefois, le droit anglais constitue une exception, dans la mesure où il reconnaît au Secrétaire d'Etat le droit d'ordonner des interceptions sans autorisation préalable ou *ex post*. Ce système est d'autant plus critiquable que le Secrétaire d'Etat fait partie intégrante du gouvernement. Or, il manque d'indépendance nécessaire ou, au moins, de présomption d'indépendance.

Mais quelle que soit l'autorité prescrivant une interception, **l'ordonnance d'autorisation doit être détaillée et spécifique**. L'exemple du droit américain est, à ce titre, particulièrement révélateur. Toute décision doit préciser l'identité de la personne faisant l'objet d'une telle mesure, la nature des communications ou le lieu pour lequel une interception a été autorisée, le type de communications susceptibles d'être interceptées et une description des infractions qui font l'objet des investigations. Les autres législations comportent aussi des dispositions analogues (Royaume-Uni, Belgique). Ainsi, le droit français impose le respect du principe de la spécificité de l'ordonnance d'interception. En particulier, l'article 100-1 C. proc. pén. prévoit que la décision doit comporter tous les éléments d'identification de la liaison à intercepter, tandis qu'une circulaire générale définit les critères de l'identification requise (numéro de la ligne, nom de son titulaire, infraction motivant le recours à l'interception). Enfin, en droit canadien, c'est la jurisprudence qui fixe le contenu minimum de l'autorisation d'interception. Dans l'affaire, *R. v Thompson*, la Cour suprême a affirmé que cette autorisation «devrait au moins mentionner précisément chaque endroit, dès lors qu'il constituait une résidence privée et préciser le ou les types de dispositifs qui pouvaient être employés».

Etant donné que les interceptions des communications sont autorisées à titre exceptionnel, celles-ci ne peuvent avoir qu'une **durée limitée**. Les législations nationales semblent, d'ailleurs, avoir adopté des dispositifs pour éviter une telle situation. Ainsi, en droit belge, il est prévu que les interceptions ne peuvent être ordonnées que pour une durée d'un mois, tandis que le droit français fixe une durée de quatre mois. Les droits anglais et italien prévoient respectivement une durée de trois mois et de quinze jours. Cependant, selon tous les systèmes juridiques ici étudiés, les décisions des interceptions peuvent être renouvelées, en principe, dans les mêmes conditions de forme et de durée. Il semble, toutefois, qu'il n'existe pas de limite relative au renouvellement éventuel de la mesure, celle-ci pouvant être renouvelée autant de fois que cela est nécessaire. Il est indispensable que le législateur indique avec beaucoup plus de précision les limites temporaires de ces opérations. C'est qu'en effet, si l'on accepte que des mesures attentatoires à la vie privée doivent s'appliquer pour une certaine durée seulement, il est souhaitable que la durée maximale de ces atteintes soit identique pour toutes les personnes, titulaires du même droit fondamental à la protection de la vie privée.

iii) Les infractions justifiant le recours aux interceptions

D'une manière générale, les interceptions sont considérées, dans les pays étudiés, comme un moyen de preuve d'exception. Ainsi, le Canada n'autorise les interceptions que pour les infractions portant atteinte à la vie et à l'intégrité physique d'autrui. En Allemagne, on peut y avoir recours en cas de blanchiment de capitaux ou de commission de certains crimes (relatifs au trafic de stupéfiants). Les législations italienne et portugaise fournissent aussi une liste détaillée d'infractions pouvant justifier une interception (infractions en rapport avec le trafic de stupéfiants, des armes, engins et matériels explosifs, contrebande ... etc). Lorsque les interceptions ne sont pas prescrites en raison de la nature de l'infraction, elles peuvent l'être en raison de la peine minimale encourue. Tel est le cas en France où l'interception est possible pour toute infraction punie de deux ans d'emprisonnement. Il en est de même au Royaume-Uni, où seule une infraction sanctionnée de trois ans d'emprisonnement peut justifier le recours à une telle mesure.

#### iv) Personnes susceptibles de faire l'objet d'une interception

Selon la plupart des droits continentaux, les interceptions des communications ne peuvent être pratiquées qu'à l'égard de certaines personnes, sur qui pèsent des indices graves (droit italien) ou sérieux (droit belge) de culpabilité. D'autres législations (allemande et espagnole) prévoient que, pour ordonner une écoute judiciaire, une suspicion fondée sur des faits précis doit être établie au préalable.

Le droit anglo-saxon ne reconnaît pas cette notion d'indices, mais il a recours à la notion de «probable cause» ou cause probable ou cause raisonnable. La Cour Suprême canadienne a ainsi observé, dans l'affaire *R. v Duarte*, que la Constitution exige que «le juge, donnant l'autorisation, soit convaincu de l'existence de motifs raisonnables et probables de croire qu'une infraction a été commise ou est en voie de l'être». Il s'agit des mêmes motifs raisonnables et probables qui sont demandés pour ordonner des fouilles, perquisitions ou saisies. Toutefois, le droit américain se distingue du droit canadien sur ce point. La Cour Suprême américaine a été appelée à statuer sur la question de la nature de la «cause raisonnable» en cas d'interceptions téléphoniques dans l'affaire *Berger v New York*. En particulier, elle a affirmé que «les interceptions téléphoniques sont considérées comme étant beaucoup plus attentatoires à la vie privée que les perquisitions ou les saisies traditionnelles et, selon le principe de proportionnalité, les indices justifiant les premières doivent être beaucoup plus sérieux que ceux qui justifient les dernières». Dès lors, il est permis d'observer une identité entre le droit américain, qui exige en matière d'interceptions une cause «plus raisonnable» que celle requise pour les perquisitions, et les droits italien et belge qui ne font pas état d'«indices simples», mais d'«indices graves ou sérieux». Contrairement aux autres pays, la législation française ne prévoit aucune limitation quant aux personnes susceptibles d'être mises sous écoute ; un simple témoin peut donc faire l'objet d'une telle mesure.

Mais quelles conséquences peut entraîner la violation de la législation réglementant les interceptions des communications ?

#### Les sanctions en cas de violation des conditions requises par la loi

Les différents systèmes étudiés ont élaboré des lois spécifiques susceptibles de protéger, autant que possible, la vie privée contre des atteintes arbitraires et injustifiées. C'est pour cette raison qu'il est indispensable que toute méconnaissance des règles relatives aux interceptions des communications soit sanctionnée.

Les sanctions d'une violation éventuelle peuvent être, soit l'exclusion immédiate des preuves obtenues par l'intermédiaire de procédés illégaux, soit l'annulation des actes qui ont conduit à l'obtention des preuves. A vrai dire, cette dernière sanction aboutit aux mêmes fins que l'exclusion des preuves, étant donné que les preuves qui sont obtenues par l'intermédiaire d'actes nuls ne peuvent être admises. La notion d'exclusion des preuves obtenues de manière illicite est devenue fameuse à la suite de la décision rendue par la Cour Suprême américaine, dans l'affaire *Weeks v United States*. Selon cette règle, il est interdit de produire un fait découvert ou une déclaration faite en violation des droits constitutionnels. L'influence de la Constitution apparaît donc dans le domaine des preuves et donne à la notion d'exclusion des preuves un contenu propre.

Mais, l'influence constitutionnelle apparaît aussi dans d'autres pays. Ainsi, au Canada, selon le paragraphe 24(2) de la Charte des droits et libertés, lorsqu'un tribunal parvient à la conclusion que des éléments de preuve ont été obtenus dans des conditions qui portent atteinte aux droits et libertés

garantis par la Charte, «il doit les écarter, s'il est établi que, eu égard aux circonstances, leur utilisation est susceptible de discréditer l'administration de la justice». Il est permis, toutefois, de faire observer une différence majeure entre le droit américain et le droit canadien, dans la mesure où le premier pose une règle d'exclusion automatique des preuves obtenues de manière illicite, alors que la Charte constitutionnelle canadienne introduit une règle discrétionnaire. L'article 11 de la Loi organique du Pouvoir judiciaire espagnol consacre aussi la règle de l'exclusion automatique des preuves obtenues en violation des règles fondamentales<sup>693</sup>, tandis que l'art. 38-2 de la Constitution portugaise dispose que «sont nulles toutes les preuves obtenues par ... l'immixtion abusive dans la vie privée, dans le domicile, la correspondances ou les télécommunications». En droit français, la théorie de l'exclusion automatique des preuves ne s'applique pas. Toutefois, les preuves obtenues illégalement peuvent être annulées, selon les principes admis en matière de nullités (la violation doit avoir porté atteinte aux intérêts de la partie concernée). Le droit belge parle à la fois de nullité et d'exclusion. Ainsi, il est admis que «le non-respect des dispositions de forme, qui sont prescrites à peine de nullité, a pour conséquence la nullité de l'opération». Toutefois, il n'est pas nécessaire qu'un acte soit nul, pour être exclu. En effet, seuls peuvent être exclus les actes qui sont contraires aux droits de la défense, même s'ils ont été obtenus légalement.

Dès lors, il est permis de constater que les droits espagnol, portugais et américain consacrent la règle de l'exclusion automatique des preuves illicites, qui est fondée, soit sur la Constitution, soit sur diverses dispositions du Code de procédure pénale. En revanche, les droits canadien et français accordent un pouvoir discrétionnaire au juge qui, en fonction de certains critères définis par la loi, devra écarter telle ou telle preuve obtenue illégalement. Enfin, le droit anglais est assez ambigu, dans la mesure où l'article 78 du *Police and Criminal Evidence Act 1984* prévoit qu'une preuve est exclue seulement dans les cas où son admission aurait un effet si négatif sur le caractère équitable du procès que le juge ne devrait pas l'admettre. En pratique, la décision d'admettre ou d'écarter les preuves illicites dépend de la nature de la preuve en question. Très fréquemment, la preuve pertinente est admise, malgré son obtention illicite. Il semble donc que le droit anglais privilégie les nécessités de la répression au détriment des droits et libertés fondamentaux, ce qui est regrettable.

## 2° L'émergence d'un nouveau genre de surveillance

L'évolution impressionnante de la technologie audio-visuelle a conduit subséquemment à la naissance d'une technologie révolutionnaire de surveillance. En outre, les criminels étant devenus conscients de la possibilité toujours plus importante d'interceptions téléphoniques, celles-ci sont progressivement devenues beaucoup moins efficaces. Il faut bien reconnaître que les écoutes téléphoniques ne présentent plus, de nos jours, l'intérêt qu'elles présentaient auparavant.

Par conséquent, les agents de l'application de la loi cherchent, de plus en plus, à utiliser de nouvelles techniques de surveillance. Ces techniques permettent aux policiers d'accéder au domicile des personnes surveillées. Plus inquiétant encore, les surveillances surpassent déjà les limites des correspondances téléphoniques traditionnelles et se font parfaitement possibles même dans l'espace cybernétique.

### Les surveillances électroniques des locaux privés

Les interceptions classiques ne permettant aux policiers qu'un accès limité aux correspondances de l'individu, ces derniers ont essayé d'accéder à la sphère intime de la personne en envahissant son domicile, ce qui pourrait leur donner un accès continu aux communications intimes et immédiates entre les criminels.

En essayant de définir les surveillances électroniques des locaux, l'élément de base semble être l'interception et l'enregistrement de communications orales privées, qui peut avoir lieu dans un local privé, en faisant usage d'appareils de surveillance. Donc, la différence, à l'égard des interceptions des

<sup>693</sup>.. Il est à noter que dans, le Code de procédure pénale italien (art. 188), il existe aussi une disposition spécifique consacrant la règle de l'exclusion automatique («ne peuvent être utilisées, même avec le consentement de la personne intéressée, des méthodes et des techniques propres à influencer la liberté et l'autodétermination ou à altérer la capacité de se souvenir et d'évaluer les faits»).

télécommunications, ne se trouve pas dans le dispositif de surveillance utilisé, qui peut apparemment être le même, mais se situe plutôt dans l'espace surveillé, les interceptions ayant lieu dans un système de télécommunication. Ainsi, dans l'hypothèse d'une interception des télécommunications, c'est une ligne téléphonique qui est mise sous écoute. En revanche, en cas de surveillance électronique, un micro ou une caméra est placé dans un lieu privé, afin d'enregistrer les communications orales entre les personnes y demeurant.

Que les technologies de surveillance aient été développées de façon impressionnante lors des dernières décennies, cela ne fait aucun doute. Toutefois, les différentes législations se montrent souvent incapables de les suivre de manière efficace. Aussi bien, la majorité des systèmes étudiés ici n'ont pas pris soin de réglementer explicitement ces méthodes d'investigation *prima facie* attentatoires à la vie privée. En effet, il s'est avéré difficile d'élaborer une réglementation propre aux surveillances électroniques.

Toutefois, le législateur anglais a adopté des dispositions spécifiques en matière de surveillance électronique. La possibilité de réaliser une telle surveillance a été, d'abord, prévue par le *Police Act 1997 Part III* ayant expressément autorisé le placement de dispositifs de surveillance dans des résidences privées. En revanche, l'utilisation des méthodes de surveillance à distance restait en dehors du champ d'application de la loi. Cette lacune a été comblée par le RIPA 2000 qui prévoit désormais de manière explicite une telle surveillance qu'il qualifie de «surveillance directe». Selon les articles 26 et 30 de RIPA 2000 Partie II, l'autorisation de surveillance est donnée par l'autorité désignée de chaque service, qui est, au sein de la police, soit un *superintendent* soit un *inspector*. Il faut bien reconnaître qu'en ce qui concerne les personnes compétentes pour autoriser de telles opérations, la législation anglaise n'est pas en conformité avec les principes consacrés par la Convention et la Cour européennes des droits de l'Homme. En effet, ces personnes ne peuvent pas garantir un contrôle extérieur de la légitimité, proportionnalité et nécessité de la surveillance demandée. A cet égard, la recommandation du *Draft Code of Practice* est fort révélatrice : «les agents autorisant la surveillance ne devraient pas idéalement être responsables pour l'autorisation de leurs actions propres ... ». Malgré ces inconvénients, on est amené à reconnaître l'influence de la jurisprudence de la Cour européenne sur le régime anglais de surveillance «directe». Ainsi, le principe de proportionnalité est prévu de manière explicite, l'autorisation ne pouvant être donnée que pour des raisons presque identiques à celles prévues par l'article 8§ 2 de la Conv. EDH et pour une durée déterminée (trois mois).

Quant au régime de surveillance dans les locaux privés, il présente aussi les mêmes garanties de légitimité et de proportionnalité que celui de surveillance directe. Cependant, étant donné que c'est le secrétaire d'Etat ou le chef de la police locale qui peut autoriser de telles opérations, il est permis de penser que ce système n'est pas non plus conforme aux exigences de la Convention européenne.

Mais en dehors de la législation anglaise, le droit allemand prend également soin de distinguer entre les écoutes téléphoniques judiciaires et les surveillances électroniques. Aussi bien, celles-ci se distinguent entre surveillances publiques (effectuées sur la voie publique) et surveillances des locaux privés. La différence primordiale entre les surveillances des locaux privés et les surveillances publiques concerne la personne susceptible d'autoriser de telles opérations. Dans le premier cas, c'est le juge ou le ministère public qui donne l'autorisation, tandis que, dans le second, c'est le jury pénal qui dispose d'un tel pouvoir. L'autorisation d'une surveillance à l'intérieur des locaux est valable pour une période de quatre semaines, laquelle peut être renouvelée. A l'extérieur d'un local d'habitation, la surveillance peut être décidée pour une durée de trois mois et prolongée pour la même période.

Il est à noter qu'en France, le projet de loi sur l'adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité prévoit que «lorsque les nécessités de l'instruction concernant l'un des crimes ou délits relevant de la criminalité organisée l'exigent, le juge d'instruction peut prescrire la mise en place d'un dispositif technique ayant pour objet, sans le consentement des intéressés, l'interception, l'enregistrement, y compris audiovisuel, et la transcription des paroles prononcées par eux-mêmes ou par plusieurs autres personnes à titre privé dans tout lieu ou véhicule public ou privé». Selon ce projet, la décision d'autorisation serait prise pour une durée maximale de quatre mois. Elle ne pourrait être renouvelée que dans les mêmes formes. En tout cas, ces opérations ne pourraient être effectuées dans les locaux professionnels (visés par les articles 56-1 à 56-3 C. proc. pén.), ni être mises en œuvre dans le véhicule, le bureau ou le domicile des personnes visées à l'article 100-7 C. proc. pén. (député, sénateur).

L'existence de dispositions spécifiques sur la surveillance, comme le montre notamment l'exemple des droits anglais et allemand, met en évidence une perception différente entre les surveillances et les interceptions des communications.

Cependant, les autres systèmes juridiques ne voient pas la nécessité d'instaurer un régime propre à ces méthodes particulières d'investigation policière. C'est, tout d'abord, le cas aux Etats-Unis, où sont exactement les mêmes dispositions du *Titre III de l'Omnibus Crime Control and Safe Streets Act* qui s'appliquent aux écoutes téléphoniques et aux surveillances électroniques. Le même système est adopté en Italie (art. 266 C. proc. pén.), tandis qu'au Canada, la Cour suprême a admis que la *Partie VI du Code Criminel* (relative aux interceptions des communications privées) s'applique aussi aux surveillances électroniques.

Enfin, il existe des droits qui ne prévoient pas la possibilité de procéder à des surveillances électroniques, comme c'est le cas au Portugal. Plus précisément, l'article 190 C. proc. pén. portugais dispose, de manière explicite, que ces dispositions ne sont applicables à aucun autre moyen de communication technique que le téléphone, ni aux communications entre personnes présentes.

Il en résulte donc que les surveillances électroniques des locaux privés sont possibles dans la plupart des systèmes juridiques étudiés ici. Toutefois, il apparaît que les législateurs des différents pays sont, consciemment ou non, en retard dans leur effort de suivre l'évolution technologique ; ce que démontre, d'ailleurs, l'absence d'encadrement législatif de pratiques modernes de surveillances informatiques.

#### La surveillance dans l'espace cybernétique

La surveillance informatique peut être réalisée à grande échelle, sans être limitée dans le temps ou l'espace et sans être liée à certaines personnes déterminées. Cependant, cette forme de surveillance n'est pas au centre de l'effort législatif. On peut constater l'absence de régimes spécifiques de surveillance informatique, qui est plutôt considérée comme un type particulier d'interception de télécommunications. C'est pourquoi, il existe une tendance, dans les différents pays, à soumettre la surveillance informatique aux dispositions régissant l'interception de télécommunications, au lieu de prévoir un cadre qui lui est propre. A cet égard, l'exemple des Etats-Unis est assez révélateur. L'*Electronic Communications Privacy Act* de 1986 soumet les communications par téléphone portable, les transmissions émises par des ordinateurs et, surtout, les communications par e-mail aux mêmes règles que celles régissant les écoutes téléphoniques. En droit italien, on peut trouver la même solution, l'article 266 bis C. proc. pén. étendant le champ d'application du régime d'interceptions téléphoniques aux interceptions des communications informatiques. Le droit anglais ne diffère pas non plus, malgré l'introduction récente d'une loi spécifique sur les interceptions et les surveillances (RIPA 2000). Certes, le RIPA prévoit expressément l'obligation de *ISPs* à installer des systèmes susceptibles de permettre aux autorités de surveiller les communications des personnes utilisant leurs services, mais la Partie I du RIPA ne distingue pas entre interceptions des télécommunications et surveillances informatiques. Il ne prévoit qu'une seule procédure pour ceux deux types d'interceptions.

Cependant, il semble que le législateur belge, en procédant à l'adoption de la loi du 28 novembre 2000, a fait un effort dans ce domaine. En prévoyant des mesures de surveillance informatique explicites, comme le repérage et l'identification des communications numériques, l'interception et la recherche informatiques, la saisie des données informatiques et la réquisition des tiers, et en réglementant, d'une façon détaillée leur mise en œuvre, le droit belge se montre conscient des particularités du monde numérique. Il en est de même du droit français, la loi du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure ayant reconnu expressément aux officiers de police judiciaire le droit d'accéder, par un système informatique implanté sur les lieux où se déroule une perquisition, à des données intéressant l'enquête en cours et stockées dans ledit système ou dans un autre système informatique, dès lors que ces données sont accessibles à partir du système initial ou disponibles pour le système initial (art. 57-1, 76-3 et 97-1 C. proc. pén.).

L'absence d'un encadrement législatif des surveillances informatiques similaire à celui qui existe pour les interceptions téléphoniques est inadmissible. C'est qu'en effet, si nous acceptons que l'Etat puisse s'introduire dans l'*informational privacy* de la personne et qu'il puisse surveiller ses actions au sein de l'environnement informatique, il faut que cela se fasse dans des conditions exceptionnelles, explicitement prévues par la loi et dans le respect des principes directeurs du procès pénal.



## Introduction

L'évolution impressionnante de la technologie, dont nous sommes tous les témoins dans notre vie quotidienne, a été une source constante des transformations au sein de la justice pénale lors des dernières décennies. La naissance d'une criminalité moderne bien caractérisée, comme le crime organisé, le terrorisme, la criminalité économique aux effets globaux ou la criminalité informatique non-territoriale, a été suivie par une transposition vers l'utilisation de méthodes d'investigation criminelle révolutionnaires, à nature fortement technologique.

Les interceptions des télécommunications et les moyens de surveillance électronique voisins sont considérés comme des méthodes d'investigation efficaces, susceptibles de satisfaire les exigences d'une criminalité dissimulée, sans victimes et sans orientation temporelle ou territoriale, et les exigences d'une criminalité qui menace de plus en plus les fondements mêmes de nos sociétés libérales.

Les interceptions se définissent de façon assez consensuelle dans les législations étudiées. Ainsi, les Etats-Unis les définissent comme "l'acquisition de contenus d'une communication filaire, d'une communication électronique ou orale, qui a lieu par l'intermédiaire d'un dispositif électronique, mécanique ou autre<sup>694</sup>". Au Canada, la notion d'interception renvoie "notamment au fait d'écouter, d'enregistrer ou de prendre volontairement connaissance d'une communication ou de sa substance, son sens ou son objet<sup>695</sup>". En Italie, on entend par interception la "saisie de communications ou de conversations, par des tiers, par l'intermédiaire d'une audition immédiate et secrète réalisée par l'aide d'instruments mécaniques, électroniques susceptibles de surpasser les capacités naturelles de sens<sup>696</sup>".

Malgré l'absence de définition légale précise de l'interception dans les autres pays, on peut néanmoins retenir que de façon consensuelle, l'interception sous-entend l'idée de saisie de communication entre deux tiers par l'intermédiaire de mécanismes technologiques. Il y a donc une immixtion dans des conversations orales, des communications téléphoniques, des

---

<sup>694</sup> Title III Omnibus Crime Control and Safe Streets Act 1968 révisé en 1986 par le Electronic Communications Privacy Act; 18 USCA §2510(4).

<sup>695</sup> Article 183, Partie VI du Code Criminel.

<sup>696</sup> Voir A. NAPPI, "Guida al Codice di Procedura Penale", Sesta edizione, Giuffrè Editore, 1997, n° 19.11, p. 258.

messages électroniques... Or, ces derniers sont considérés comme relevant à part entière de la sphère de la vie privée que nos pays protègent de façon particulièrement stricte.

Il y a donc *a priori* une incompatibilité absolue entre les interceptions et le droit à la vie privée. Il n'empêche que cette pratique est considérée légitime dans tous les Etats étudiés. Malgré tout, persiste un fort encadrement législatif de ces pratiques comme un examen des divers régimes d'interceptions le révèle.

Nous pouvons chercher les fondements de cet encadrement législatif dans l'adoption de la protection de la vie privée par le droit international. La protection de la vie privée "a été reconnue pour la première fois comme un droit de l'homme<sup>697</sup>" dans la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme<sup>698</sup>. Le Pacte International relatif aux droits civils et politiques<sup>699</sup>, la Convention américaine relative aux droits de l'homme<sup>700</sup> et même la Convention relative aux droits de l'enfant<sup>701</sup> ont également identifié le besoin de protéger la vie privée.

Cependant, ce n'est que la Convention Européenne des Droits de l'Homme qui reconnaît pour la première fois **le droit** à la vie privée. Reconnaissance qui n'est pas purement théorique, étant donné la possibilité de recourir contre un État donné dans le cas où le droit à la vie privée serait violé et le pouvoir de la Cour de condamner l'État donné pour une telle violation, en l'obligeant, ultérieurement, à procéder aux modifications nécessaires de sa législation.

Plus important encore, "la Convention européenne réalise aussi un progrès en admettant [dans l'article 8-2] la légitimité d'ingérences de l'autorité publique dans l'exercice du droit au respect de la vie privée à la condition que ces ingérences soient prévues par la loi, et qu'elles soient nécessaires dans une société démocratique, à des fins déterminées d'une manière limitative, mais large<sup>702</sup>".

---

<sup>697</sup> Voir P. KAYSER, "La protection de la vie privée par le droit: Protection du secret de la vie privée", 3<sup>ème</sup> édition, Ed. Economica, 1995.

<sup>698</sup> Adoptée à Paris par l'Assemblée générale des Nations-Unies le 10 décembre 1948, article 12.

<sup>699</sup> Adopté le 16 décembre 1966 par l'Assemblée générale des Nations-Unies, article 17.

<sup>700</sup> Adoptée le 22 novembre 1969, article 11.

<sup>701</sup> Adoptée à New York le 26 janvier 1990.

<sup>702</sup> P. KAYSER, *op. cit.*, p. 20.

La question qui se pose normalement est de savoir si le fait de considérer légitimes, même sous certaines conditions, des ingérences dans le droit constitutionnel et supranational au respect à la vie privée, constituent un progrès véritable. Mais avant toute chose, il s'agit de déterminer le contenu de ce qu'on appelle la vie privée.

On ne saurait entreprendre mission plus délicate et plus complexe. S'il y a un point d'accord entre les scientifiques, celui-ci semble concerner l'aspect négatif de la vie privée. Ainsi, le droit à la vie privée est considéré comme le droit "à être laissé seul"<sup>703</sup>. C'est le droit à la solitude et à la protection à l'encontre de n'importe quelle intrusion. Toutefois, la vie privée est également considérée être relative à l'autonomie personnelle et la notion d'utilité et va jusqu'à recouvrir l'idée de sécurité mentale et émotionnelle.<sup>704</sup> En outre, on n'identifie plus un seul droit à la vie privée, mais plutôt divers droits, comme le droit à la vie privée informatique (*informational privacy*), à la vie privée corporelle (*bodily privacy*), le droit au maintien du caractère privé des communications (*privacy of communications*) et la forme classique<sup>705</sup> d'une vie privée qui se définit par référence aux limites territoriales (*territorial privacy*)<sup>706</sup>.

En généralisant, nous pourrions décrire la vie privée comme la sphère personnelle intouchable par des intrusions extérieures, une sphère à l'intérieur de laquelle la personne peut se réfugier afin de déterminer sa façon d'agir ou, tout simplement, afin de cacher et protéger ce qu'elle considère appartenir à elle-même. C'est "l'espace minimum dans lequel [la] personne doit pouvoir donner libre cours à sa liberté; un lieu [qui] est considéré comme le refuge de ses affections, de ses intérêts, de ses activités"<sup>707</sup>.

La négation de cette sphère peut avoir des conséquences catastrophiques pour la personne. Le développement libre de la personnalité n'est plus possible et, dans des cas extrêmes, la santé

---

<sup>703</sup> C'est le juge américain Thomas Cooley qui est le premier - en 1888 et après avoir étudié la jurisprudence relative anglaise - à préciser la vie privée d'une telle façon. En 1960, William PROSER a identifié cet aspect négatif comme l'aspect dominant de la vie privée. Voir D. FELDMAN, "Civil Liberties and Human Rights in England and Wales", Second edition, Oxford University Press, 2002, pp. 515-516.

<sup>704</sup> Voir D. FELDMAN, *op. cit.*, pp. 511-512.

<sup>705</sup> Ce caractère classique étant bien apparent dans les phrases "*my home is my castle*" et "*pauvre homme en sa maison est roi*".

<sup>706</sup> Voir relativement à ces distinctions D. BANISAR - S. DAVIES, "Global Trends in Privacy Protection: An International Survey of Privacy, Data Protection, and Surveillance Laws and Developments", *The John Marshall Journal of Computer Information Law*, vol. 18, 1999-2000, p. 6.

<sup>707</sup> Voir F. DELPEREE, "Le droit constitutionnel de la Belgique", Bruylant, Bruxelles, LDGG, Paris, 2000, n° 205, p. 217.

mentale de la personne est mise en péril. Comme précise *Dagtolglou* "sans une sphère de vie privée la personne perd son individualité en se transformant en un être imprudent et anonyme, un simple pourcentage<sup>708</sup>". De manière similaire, le grand juriste américain *Packer* observe que "si les policiers ou les procureurs pouvaient envahir la vie privée à leur discrétion, cela inhiberait l'expression libre de la pensée et les sentiments qui donnent sa valeur au fait de vivre en société<sup>709</sup>". En tout cas, il suffirait de citer *Mazeaud* selon lequel "la maison de verre n'est qu'un idéal utopique [qui] ne pourrait abriter qu'une société des robots". Henri Mazeaud nous a quittés il y a quelques années, mais ses mots restent avec nous:

"Le sentiment profond de discrétion et de pudeur qui existe au fond de chaque être humain exige la protection du secret de la vie privée... sans pareil secret, il n'y aurait plus de liberté; le secret de la vie privée est l'un des aspects de la liberté de notre existence<sup>710</sup>".

Sommes-nous prêts à sacrifier cette liberté, garantie d'un développement sain de notre personnalité? Dans des circonstances exceptionnelles et si toutes les garanties légales de validité sont respectées, il faut être prêt à sacrifier au moins une partie de cette liberté, le noyau dur de notre droit à la vie privée devant toujours être préservé. C'est celui-ci qui découle de l'article 8-2 de la CEDH ou plutôt de l'interprétation que la Cour européenne lui donne.

Ainsi, la Cour européenne - ayant contemplé les progrès techniques réalisés en matière d'espionnage et surveillance, ainsi que le développement du terrorisme en Europe - a reconnu pour la première fois dans l'affaire *Klass c. Allemagne* qu'il est indispensable que l'Etat possède dans son armement judiciaire un nombre satisfaisant de procédés de surveillance. En particulier, la Cour a observé que "les sociétés démocratiques se trouvent menacées de nos jours par des formes très complexes d'espionnage et par le terrorisme, de sorte que l'Etat doit être capable, pour combattre efficacement ces menaces, de surveiller en secret les éléments subversifs opérant sur son territoire<sup>711</sup>". De cette façon, la Cour est arrivée à la conclusion que "l'existence de dispositions législatives accordant des pouvoirs de surveillance secrète de la correspondance, des envois postaux et des télécommunications est, devant une situation

<sup>708</sup> "Droit Constitutionnel: Droits individuels", éditions Sakkoulas, 1991, p. 320 (*en grec*).

<sup>709</sup> H. PACKER, "The limits of sanction", 1968, pp. 195-196.

<sup>710</sup> Voir P. KAYSER, *op. cit.*, Préface de Henri MAZEAUD.

<sup>711</sup> Arrêt du 4 juillet 1978, para. 48: trouvé dans le site Internet de la Cour européenne: <http://www.echr.coe.int/> (cliquer sur *arrêts et décisions* et *recherche de la jurisprudence-HUDOC*).

exceptionnelle, nécessaire dans une société démocratique à la sécurité nationale et/ ou à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales<sup>712</sup>".

La Cour reconnaît donc les interceptions comme une méthode d'investigation criminelle acceptable, malgré leur caractère *prima facie* attentatoire à la vie privée. Cependant, elle ne le fait qu'avec beaucoup de réserve, en soulignant en particulier la nature exceptionnelle de ce moyen d'investigation et en imposant sa description explicite et détaillée dans la loi. C'est ainsi que la Cour cherche à atteindre un équilibre entre d'un côté "l'attente raisonnable que les personnes peuvent s'engager en activités privées sans être enregistrées" et de l'autre "le besoin d'utiliser de techniques sophistiquées afin de combattre la criminalité<sup>713</sup>". De toute façon, le conflit entre l'intérêt privé au secret et l'intérêt public à la répression des infractions pénales "ne peut...être résolu de manière acceptable que dans la légalité<sup>714</sup>". C'est à la même conclusion qu'est arrivée la Cour Suprême du Canada dans l'affaire *R. c. Duarte*, où il a été observé que "si l'Etat peut enregistrer et transmettre [les] communications privées de manière arbitraire, il n'est plus possible d'atteindre une balance entre le droit de l'individu d'être laissé seul et le droit de l'Etat de s'ingérer dans la vie privée afin de poursuivre ses buts, notamment le besoin d'investiguer et combattre la criminalité<sup>715</sup>".

Ce principe de légalité, énoncé dans l'affaire *Klass c. Allemagne*, a été renforcé par la jurisprudence ultérieure de la Cour. Plus important encore, cette dernière a également souligné l'importance d'adhésion avec les principes de *nécessité*, *proportionnalité* *subsidiarité* et *responsabilité* pour qu'une procédure d'interception, même si prévue dans la loi, soit en accord avec les exigences de l'article 8-2 de la CEDH<sup>716</sup>.

Cela étant, nous pouvons expliquer l'existence d'un encadrement législatif des interceptions dans la totalité des droits qui font l'objet de notre recherche comme la conséquence d'une adhésion avec les principes dégagés par la Cour de Strasbourg, d'où une première source de

---

<sup>712</sup> *Ibidem*.

<sup>713</sup> Voir Justice, "Under Surveillance, Covert Policing and Human Rights Standards", 1998, p. 15.

<sup>714</sup> Voir E. MOLINA, "La liberté de la preuve des infractions en droit français contemporain", Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2001, p. 154 et P. KAYSER, "L'interception des communications téléphoniques par les autorités publiques françaises" in Mélanges dédiés à J. VINCENT, Dalloz 1981, ed. G., II, P. 169 cité par E. MOLINA, *op. cit.*, note 769, p. 155.

<sup>715</sup> *R. c. Duarte* [1990] 1 SCR 30.

<sup>716</sup> Voir, par exemple, *Kruslin et Huvig c. France*, D. 1990, p. 353, note PRADEL, *Malone v UK* (1984) 7 EHRR 14, *Ludi c. Swiss*, 15 juin 1992, A n° 238, §39, *Funke c. France*, 25 février 1993, A. n° 256 -A §52, *Halford v UK* (1997) 24 ECHR 523.

conventionnalisation de la preuve pénale. Parallèlement à cette dernière, nous pouvons observer une constitutionnalisation de la preuve dans la majorité des systèmes juridiques étudiés. Conventionnalisation et constitutionnalisation sont deux caractéristiques majeures des régimes des interceptions et surveillances (A).

Toutefois, en étudiant ces régimes il faut être particulièrement attentif afin de ne pas passer à côté de tendances contraires à ce phénomène de conventionnalisation/ constitutionnalisation. Le droit dit d'exception fonctionne dans un espace où la personne se trouve *a priori* démunie des protections dont elle bénéficie en général. Ainsi, une application très étendue du droit d'exception risquerait de priver un régime d'interceptions de son caractère libéral, malgré sa conventionnalisation/ constitutionnalisation.

Il est également intéressant de vérifier si l'encadrement législatif existe pour toutes les méthodes de surveillance. À cet égard, il faut s'interroger, non pas tant sur les interceptions des télécommunications, mais plutôt sur les surveillances électroniques (B-1°) et dans le cyberspace (B – 2°), étant donné que les évolutions technologiques sont susceptibles d'attirer les mécanismes étatiques vers la tentation de dépasser les limites traditionnelles aux interceptions de correspondance.

## A) Le régime traditionnel des interceptions

### 1°) La légitimité des interceptions

Les interceptions trouvent une première légitimité dans le support que leur offre la loi. La loi non seulement autorise cette pratique, elle en détermine aussi le champ d'application. Et l'on pourrait penser que, du fait de l'atteinte que portent les interceptions au droit de chacun à la vie privée, cette procédure est limitée à des infractions particulièrement graves ; en bref, qu'il s'agit d'un moyen dérogatoire au droit de la preuve. Nous verrons que cela n'est pas si simple à travers l'examen des cas dans lesquels on a recours à cette technique (1).

A côté de cette légitimité « légale », la procédure des interceptions se trouve légitimée par sa grande efficacité pratique: le recours à cette technique est justifié par les résultats auxquels elle permet d'aboutir (2).

### 1. Le domaine d'application des interceptions

Les interceptions constituent-elles un moyen de preuve d'exception ?

Si l'on considère que les moyens de preuve d'exception sont ceux qui s'appliquent de manière exceptionnelle, à un nombre prédéterminé d'infractions, on peut dire que de manière générale, les interceptions sont considérées dans les pays étudiés comme un moyen de preuve d'exception. En effet, le Canada limite les interceptions aux infractions relatives aux lésions corporelles ; le Portugal aux infractions en rapport avec le trafic de stupéfiants, des armes, engins et matériels explosifs, contrebande, menaces, contrainte, atteinte à la vie privée et perturbation de la paix et tranquillité par téléphone ; l'Allemagne au blanchiment de capitaux et à certains crimes (relatifs au trafic de stupéfiants) ; l'Italie aux délits contre l'administration publique dont la peine encourue est supérieure à cinq ans, sur les stupéfiants, sur les armes et explosifs, contrebande, aux infractions de menace, harcèlement ou dérangement par téléphone, pédopornographie. Lorsque les interceptions ne sont pas limitées en raison de la nature de l'infraction (ou en plus de cette limite par la nature<sup>717</sup>), elles peuvent l'être en raison de la gravité de l'infraction ; le critère est celui du seuil de punissabilité minimale : l'interception est possible pour toute infraction punie de deux ans d'emprisonnement en France ; l'interception est possible pour tout « *serious crime* » en Grande-Bretagne, dès lors qu'il est puni de trois ans d'emprisonnement (mais l'usage de la violence ou le gain financier substantiel suffisent à justifier la mise sur écoutes, quelle que soit la peine encourue).

En revanche, si l'on considère que les moyens de preuve d'exception sont ceux qui s'appliquent à des infractions spécifiques, qualifiées d'exceptionnelles, en ce qu'elles sont considérées comme particulièrement dangereuses et difficiles à combattre (par exemple : le terrorisme, l'organisation criminelle, le blanchiment, le trafic de stupéfiants...), on peut alors dire que les interceptions ne sont pas dans les pays étudiés des moyens de preuve

---

<sup>717</sup> Le Portugal prévoyant en plus d'une limitation par la nature une limite de trois ans et l'Italie de cinq ans.

déroatoires. En effet, à part l'Allemagne qui limite les interceptions au blanchiment et à certains crimes relatifs au trafic de stupéfiants, les autres pays ont une palette plus large.

Déroatoires en ce que dans la plupart des pays, les interceptions ne sont possibles que pour un nombre limité d'infractions, elles ne le sont pas vraiment au sens où elles ne se limitent pas aux infractions de terrorisme, organisation criminelle... Cela ne signifie pas, bien évidemment que les surveillances et les interceptions ne sont pas utilisées pour ces infractions d'exception. Bien au contraire, étant donné leur efficacité, elles sont particulièrement utilisées par les agents d'application de la loi. Cela signifie simplement que les interceptions et surveillances ne sont pas utilisées que pour les infractions dites d'exception mais qu'elles le sont aussi pour d'autres infractions.

Il sera donc question de savoir si le régime d'interceptions et surveillances est en accord avec les principes constitutionnels et conventionnels non seulement lorsque le droit commun est appliqué, mais également et *a fortiori* lorsque les interceptions et les surveillances font partie d'un droit d'exception traditionnellement hostile aux libertés fondamentales.

## 2. L'efficacité d'interceptions

Les interceptions sont un moyen de preuve efficace : elles permettent d'une part une intrusion dans la vie privée et facilitent ainsi l'établissement de faits qui seraient particulièrement difficiles à démontrer sans le recours à cette technique ; d'autre part, les interceptions constituent une technique scientifique, par conséquent plus fiable que les preuves classiques du droit pénal (le témoignage, l'aveu...).

Toutefois, les progrès sans cesse réalisés, garantissant cette fiabilité exceptionnelle de la preuve par interceptions, posent des problèmes à l'égard de la vie privée. Le Professeur *Di Marino* écrivait déjà en 1985 que "l'arsenal acoustique dont on dispose est même si perfectionné que la réalité dépasse parfois, en ce domaine, la fiction"<sup>718</sup>. Il est évident que presque vingt ans plus tard la fiction est devenue plus réelle que jamais.

---

<sup>718</sup> G. DI MARINO, "Le statut des écoutes et enregistrements clandestins en procédure pénale" in "Le droit criminel face aux technologies nouvelles de la communication", Actes du VIIIème Congrès de l'Association Française de Droit Pénal organisé du 28 au 30 novembre 1985 à l'Université de Grenoble, Economica eds., p. 36.

La technologie acoustique est en effet de très haut niveau. Nous pouvons citer les exemples "de micros directionnelles ultra sensibles susceptibles d'enregistrer une conversation à plusieurs centaines de mètres de distance, des micros clous permettant d'entendre les propos échangés de l'autre côté d'une paroi<sup>719</sup>". Ces micros ne peuvent pas être identifiées par l'œil humain car ils ne dépassent pas 5mm de diamètre et 3mm de longueur, tout en étant capables, quand même, d'enregistrer des chuchotements jusqu'à une distance de 7.5 mètres<sup>720</sup>. De même, ces micros sont aujourd'hui beaucoup plus résistantes aux impacts divers et fonctionnent normalement même en températures extrêmes<sup>721</sup>. Toutefois, malgré l'évolution impressionnante de la technologie des micros, le risque d'être découvertes menace toujours les personnes qui agissent secrètement. C'est pourquoi de nouvelles générations de microphones apparaissent, comme les micros *laser* ou les micros *pneumatiques*, lesquels – s'ils sont placés sur un mur extérieur dont l'épaisseur ne dépasse pas 50mm - peuvent enregistrer des sons venant de l'intérieur<sup>722</sup>. De la même façon, il existe "des émetteurs qui, mélangés à la nourriture, peuvent après avoir été avalés, transmettre en l'espace de quelques heures la conversation de l'hôte et des microphones miniatures insérés par un dentiste à l'occasion du plombage d'une dent<sup>723</sup>".

De plus, la technologie audio-visuelle surpasse les limites de l'imagination. La surveillance électronique peut être réalisée par l'intermédiaire de satellites qui ont la capacité de produire de photos ou vidéos d'une qualité exceptionnelle. Cependant, étant donné que de tels moyens ne peuvent avoir qu'un usage limité, à cause du coût apparemment restrictif, la police a recours à d'autres moyens susceptibles de produire des résultats comparables. La technologie permettant la surveillance par l'extérieur est par exemple très développée. Ainsi, des radars peuvent localiser des individus se trouvant dans des locaux même si ces radars sont placés à l'extérieur de ceux-ci<sup>724</sup>. Un dispositif très connu, dont l'usage a produit des affaires célèbres judiciaires, est le *Forward Looking Infrared Radar (FLIR)*, dispositif portable mettant en oeuvre la technologie visuelle électrique et pouvant dépister les différences de température à

---

<sup>719</sup> Voir R. MONORY, "Rapport de la Commission de Contrôle de Services Administratives procédant aux écoutes téléphoniques", p. 29 in G. Di Marino, *op. cit.*, p. 36.

<sup>720</sup> Voir B. BERKEL et L. RAPAPORT, "Covert Audio Interception", 358, CCS Security Source Library Vol. 1, 1994 cité in M. C. YOUNG, "What Big Eyes and Ears you have!: A new Regime for Covert Governmental Surveillance", *Fordham Law Review* 1016 en p. 1026, vol. 70, 2001.

<sup>721</sup> *Ibidem*.

<sup>722</sup> *Ibidem*.

<sup>723</sup> C. MORETTI - O. LEVY, "À travers le monde des écoutes clandestines", *RICPT* avr-juin 1973, vol. XXVI, n° 2, p. 133 in G. Di Marino *ibidem*.

<sup>724</sup> Voir le site internet "Justice Technology Information Network", qui est un programme de National Institute of Justice, National Law Enforcement and Corrections Technology Centre. [www.nlctc.org/techproj/](http://www.nlctc.org/techproj/)

une distance de plus de cinq cent mètres<sup>725</sup>. Un autre dispositif à usage comparable est le *Concealed Weapon Detector*, qui mesure la radiation électromagnétique de chaque objet dans le lieu surveillé et la transforme en image.<sup>726</sup>

Cependant, même ces exemples de dispositifs de surveillance - faisant encore partie de la science fiction il y a quelques années - ne réussissent pas à mettre en évidence les dimensions réelles des atteintes potentielles - dérivant du progrès technologique - à la vie privée des individus, étant donné qu'elles demeurent exceptionnelles. Ainsi, aux Etats-Unis, en 1999, les autorisations de placement d'un microphone ne dépassaient pas 5% des 1350 autorisations d'interceptions au total<sup>727</sup>. Beaucoup plus inquiétant est le développement aujourd'hui des systèmes de surveillance à grande échelle.

En effet, c'est le système ECHELON qui présente aujourd'hui une menace constante à la vie privée. On prétend que ce système est une initiative américaine, dirigée par la *National Security Agency* (NSA), qui bénéficie de la coopération de ses pairs en Grande Bretagne, au Canada, en Australie et en Nouvelle Zélande<sup>728</sup>. ECHELON est considéré<sup>729</sup> être le code pour un système de collection mondiale de signaux d'intelligence, qui fonctionne par l'interception de toute forme de communication globale, comme les communications par téléphone, fixe ou portable, les communications par radio, par satellite ou encore les communications par e-mail<sup>730</sup>. En particulier, on prétend qu'ECHELON peut intercepter toute forme de signaux, comme les signaux *high-frequency* (HF), *micro wave* et *very high frequency* (VHF)<sup>731</sup>. ECHELON est également supposé pouvoir intercepter des données transmises par des satellites, des données parcourant des câbles océaniques, ou bien sûr, le trafic des données d'internet<sup>732</sup>. Etant donné le grand nombre de données susceptibles d'être

<sup>725</sup> Voir concernant le FLIR D. CASH, "Prewarrant thermal imaging as a Fourth Amendment violation: A Supreme Court question in the making", 60 Alb. L. Rev. 1295, (1997).

<sup>726</sup> Voir concernant le *Concealed Weapon Detector* L. FINLEY, Comment, "Concealed Weapon Detectors and the Fourth Amendment", 45 UCLA L. Rev. 281. Pour une présentation plus analytique de nouvelles technologies de surveillance et leur implications sur la vie privée, voir R. JULIE, "High-tech surveillance tools and the Fourth Amendment: reasonable expectations of privacy in the technological age", (2000) 37 American Criminal Law Review 127.

<sup>727</sup> Voir M. C. YOUNG, *op. cit.*, p. 1026.

<sup>728</sup> Voir L. D. SLOAN, "Echelon and the Legal Restraints on Signals Intelligence : A Need for Reevaluation ", Duke Law Journal, vol. 50, 1467, (2001).

<sup>729</sup> Il faut noter que le gouvernement américain n'a jamais reconnu l'existence du système ECHELON. Pour les diverses versions relatives à son existence et pour la controverse l'entourant voir L.D. SLOAN, *op. cit.*, 1485 ss.

<sup>730</sup> *Ibidem*, p. 1472.

<sup>731</sup> *Ibidem*, pp. 1474-1477.

<sup>732</sup> *Ibidem*.

interceptées, il y a un stade de filtrage qui suit le stade d'interception. Diverses techniques s'appliquent afin que les données innombrables initialement obtenues soient limitées à des informations valables susceptibles d'être évaluées par des experts<sup>733</sup>.

Certes, le projet ECHELON est développé afin de servir les besoins des agences secrètes des Etats-Unis ainsi que des agences d'autres pays y participant et ne semble pas concerner que la protection de la sécurité nationale de ce pays. Toutefois, rien n'empêche l'exploitation de ce système ou d'un système similaire aux fins d'investigations criminelles et par conséquent son application générale. À défaut d'un cadre législatif suffisant, force est de constater les atteintes potentielles à la vie privée des individus à tel point qu'on pourrait parler d'une société surveillant tout.

Cette surveillance - ayant dépassé les limites physiques de domicile depuis longtemps et ayant déjà attaqué la *privacy* informatique de la personne - surtout en ses apparences publiques<sup>734</sup> - il était prévisible que l'espace cybernétique ne pourrait plus demeurer vierge d'une intervention étatique, surtout au moment où la technologie informatique est devenue largement accessible au public et que la communication par l'intermédiaire d'internet est désormais courante. La police a donc fait, de l'accès aux données informatiques, l'une de ses priorités. Ceci étant, on ne doit pas être surpris qu' "il y ait déjà des technologies qui permettent aux agences juridiques et aux officiers de sécurité nationale d'accéder aux communications électroniques<sup>735</sup>". Cette technologie se développe toujours. Il est fort révélateur d'entendre parler du logiciel "lanterne magique" (*Magic Lantern*), qui permet à celui qui l'envoie à un correspondant d'enregistrer toute action de son utilisateur<sup>736</sup>, et des *key logger systems*, qui ont des effets similaires<sup>737</sup>. On peut aussi donner comme exemple le système *Carnivore*, qui peut enregistrer tout message e-mail qui passe sur un serveur Internet<sup>738</sup>.

---

<sup>733</sup> *Ibidem*.

<sup>734</sup> L'exemple de caméras de surveillance, placées dans les espaces publics, pouvant être cité ici.

<sup>735</sup> A. THIERER - W. CREWS, Techknowledge Newsletter, "Cybersurveillance in the wake of 9/11", Issue 20, September 18, 2001.

<sup>736</sup> K. ZETTER, "Snoopware: new technologies, laws threaten privacy" in PC World Com, March 2002.

<sup>737</sup> Voir J. SCHWARTZ, "FBI Use of New Technology to Gather Evidence Challenged", NY Times, 30 juin, 2001 in C7 cité par M. YOUNG, *op. cit.*, p. 1030.

<sup>738</sup> *Ibidem*. Pour une analyse détaillée du système *carnivore* voir P. GEORGITON, "The FBI's Carnivore: How Federal Agents May Be Viewing Your Personal E-Mail and Why There Is Nothing You Can Do About It", Ohio State Law Journal, vol. 62, n°6, 2001, p. 1831.

La vie privée est donc envahie, aujourd'hui plus que jamais, dans ses expressions acoustiques et visuelles. La personne court le risque d'être atteinte - d'un moment à l'autre - dans son autonomie et dans sa sphère d'inviolabilité. Elle risque de perdre sa propension à être laissée seule et elle peut se sentir impuissante face au pouvoir étatique. La loi, de son côté, semble méconnaître les évolutions technologiques et préfère garder le silence absolu concernant la plupart des moyens d'investigation policière que nous avons décrits. La législation concernant les écoutes téléphoniques constitue sans doute l'exception. Il s'agit donc d'étudier ces dispositions du point de vue comparé. Si on arrivait d'ailleurs à dégager un modèle d'interceptions en accord avec les principes du procès équitable, on aurait fait le premier pas. Il resterait ensuite à adapter ce modèle aux moyens d'investigations nouvelles.

En tout cas, personne ne doute de l'importance fondamentale de l'emploi de dispositifs technologiques aux fins de faciliter les investigations policières. Tout au contraire, la seule chose demandée aujourd'hui semble être de recourir à un usage « contrôlé » de ces dispositifs. D'ailleurs, comme le Professeur J. Grannick - directrice du Centre pour l'Internet et la Société à l'université de Stanford - le souligne "les avancées technologiques demandent peut-être de nouvelles techniques d'investigation; mais ces techniques peuvent fonctionner et nous pouvons les adopter à la condition qu'elles seront utilisées de manière appropriée et en accord avec les systèmes de contrôles et de balance". Pour y arriver, il est indispensable que "les mêmes protections qui s'appliquent partout s'appliquent également dans le monde informatique<sup>739</sup>". Il faudrait ajouter qu'elles devraient s'appliquer de manière similaire à tous les moyens d'investigation susceptibles de porter atteinte à l'intimité de la vie privée.

La reconnaissance d'un moyen de preuve comme les interceptions traduit une double volonté : la volonté d'accélérer et de faciliter la recherche de la preuve et celle d'établir une vérité, non pas fondée sur des probabilités, mais scientifique. Et l'on retrouve ici les deux objectifs du procès pénal : la célérité et la recherche de la vérité. Ces objectifs que l'on a présenté comme alternatifs, se trouvent ici cumulés : un procès plus rapide aboutissant à une vérité plus certaine.

Accepter les interceptions en tant que moyen de preuve à part entière est une façon incontestable de faciliter et de rendre plus sûr l'établissement des éléments matériels

---

<sup>739</sup>. *Ibidem*.

constitutifs des infractions pour lesquelles cette pratique est autorisée. Mais, en dépit de son incontestable efficacité, cette pratique présente un caractère très attentatoire à la vie privée. Quelles sont dès lors les garanties existant pour neutraliser ou limiter les effets indésirables des interceptions ?

## 2°) Les limites à ces interceptions

Deux limites contrebalancent le caractère attentatoire à la vie privée des interceptions : une limite *a priori*, les conditions strictes d'admission de ce mode de preuve (1) et une limite *a posteriori*, un régime strict (2).

### 1. La limite *a priori* : les strictes conditions d'admission des interceptions

Les interceptions ne sont possibles qu'à la condition préalable que les moyens de preuve traditionnels aient échoué ; on parle de condition de subsidiarité (i). En plus de cette condition préalable indispensable, les interceptions ne sont possibles qu'après autorisation de l'autorité judiciaire (ii) et sous réserve de la réunion de certains critères (iii).

#### i. La nécessaire subsidiarité des interceptions

Les interceptions sont la « roue de secours » de la procédure pénale dans les pays étudiés. Aux Etats-Unis, pour recourir aux interceptions, les procédures ordinaires doivent avoir échoué. Au Canada aussi, sauf dans le cas de l'article 467.1 du CP (cas d'une infraction commise sous la direction d'un gang ou en association avec lui). En Allemagne, le recours aux interceptions est subordonné à une réunion de preuves extrêmement difficile. En Grande-Bretagne, les méthodes normales d'enquête doivent avoir échoué ou avoir peu de chances de réussir au regard de la nature de l'enquête. En Italie, les interceptions doivent être absolument nécessaires pour poursuivre l'enquête. En Belgique, tous les autres moyens doivent être insuffisants à la manifestation de la vérité.

Sous des formulations diverses, l'esprit est le même : les interceptions ne constituent pas une procédure automatique ; elles ne peuvent intervenir qu'en cas d'échec avéré ou encouru avec une grande probabilité des procédures de droit commun. Dans les textes, tout au moins, est

affichée la volonté de considérer le recours aux interceptions comme un moyen de preuve subsidiaire. Si les interceptions constituent une preuve prééminente par rapport aux preuves classiques, en ce qu'elles sont plus sûres (car purement techniques), cette prééminence de la preuve technique se voit atténuée par le caractère nécessairement subsidiaire que les législateurs lui reconnaissent. Cependant, il pourrait être intéressant d'étudier la pratique. C'est le juge qui apprécie la nécessité de recourir à cette procédure particulière. Une recherche sur l'appréciation que fait le juge de la notion de subsidiarité se révélerait alors très utile afin de déterminer si le discours des juges suit ou non l'intention législative de canaliser le recours aux interceptions.

## ii. L'autorisation judiciaire

Le principe selon lequel les interceptions téléphoniques portent atteinte à l'intimité de la vie privée est admis. Elles ne doivent être pratiquées que de manière exceptionnelle et seulement sous certaines conditions. Il est donc fondamental que la personne qui va examiner si ces conditions sont respectées dispose d'une légitimité suffisante.

Seul un juge jouit des qualités mentionnées ci-dessus. Il jouit de l'indépendance suffisante afin de définir si la mise en place d'une interception des télécommunications est justifiée. D'ailleurs, il semble être le seul à même d'apprécier si l'équilibre entre les intérêts contradictoires de l'Etat et des personnes privées est respecté.

C'est exactement pour cette raison que - dans la presque totalité de pays étudiés ici - revient au juge, la responsabilité d'ordonner une interception des télécommunications.

Tout d'abord, le fameux 4<sup>e</sup> Amendement de la Constitution des Etats-Unis (*Bill of Rights*) impose aux policiers d'obtenir un « *warrant* » avant de réaliser une perquisition. Le *warrant* constitue la preuve qu'un juge a examiné la demande émanant d'un policier pour la réalisation d'une perquisition et qu'il a trouvé qu'il existait une « *probable cause* » justifiant d'ordonner cette perquisition. Les interceptions de télécommunications sont assimilées à des perquisitions. Un juge (*magistrate*) doit en conséquence vérifier si certaines conditions sont respectées avant d'ordonner l'interception.

De la même façon, le juge d'instruction est le personnage principal dans les systèmes de droit d'Europe continentale. Il est seul responsable pour ordonner une mesure d'interception des télécommunications. Le droit italien présente l'intérêt particulier que les interceptions sont ordonnées par le Ministère Public. Toutefois, il faut qu'il demande l'autorisation d'un juge<sup>740</sup>. Le Ministère Public possède également le pouvoir d'ordonner une interception en cas d'urgence en droit allemand. En droit belge c'est le Procureur de Roi qui prend la décision en matière de flagrance et pour certaines infractions, mais la mesure doit être alors confirmée dans les 24 heures par le juge d'instruction. Enfin, en droit espagnol, ce n'est pas le Procureur de Roi ou le Ministère Public, mais le Ministre de l'Intérieur - ou, à défaut, le Directeur de la sûreté de l'Etat - qui ordonne la mise en œuvre d'une interception en cas d'urgence et à condition que les investigations soient effectuées pour établir la preuve de délits ayant un rapport avec les agissements de bandes armées ou d'éléments terroristes ou rebelles<sup>741</sup>. Cependant, même dans cette hypothèse, la mesure devra être portée à la connaissance du juge compétent, par écrit motivé. Ce dernier pourra alors, dans une forme également motivée, révoquer ou confirmer cette décision dans un délai maximum de 72 heures à compter du moment où a été ordonnée la mesure<sup>742</sup>.

*Il appert que dans les droits étudiés, c'est un juge qui a compétence pour ordonner l'interception de télécommunications.* Dans les cas exceptionnels où ce pouvoir est confié au Ministère Public ou au Procureur de Roi, l'ordre de placement est nul s'il n'y a pas confirmation postérieure par un juge. Cette pratique est en conformité absolue avec la jurisprudence de la CEDH qui souligne l'importance d'adhérer au principe de responsabilité.

Seule exception pour le droit anglais, qui donne au Secrétaire d'Etat le droit d'ordonner d'interceptions<sup>743</sup> sans autorisation préalable ou *ex post*. Celui-ci est déjà problématique dès lors que le Secrétaire d'Etat fait partie intégrante du fonctionnement étatique. Or, il manque l'indépendance nécessaire ou, au moins, la présomption d'indépendance.

Mais le droit anglais n'a pas confié des pouvoirs étendus au seul Ministre de l'Intérieur. Les mesures de surveillance électronique, conformément à la nouvelle loi de RIPA 2000 peuvent

---

<sup>740</sup>. A. NAPPI, *op. cit.*, p. 262.

<sup>741</sup>. Article 579-4 CPP.

<sup>742</sup>. *Ibidem*.

<sup>743</sup>. Part I, section 5(1) RIPA 2000.

être ordonnées par des officiers supérieurs de police, sans qu'un contrôle de légitimité soit prévu ou demandé<sup>744</sup>. Or, laisser le contrôle de légitimité des opérations policières à la police elle-même peut paraître absurde. Surtout, si l'on considère qu'il n'y a pas une force policière centralisée en Angleterre - mais par contre plusieurs forces régionales - il devient particulièrement évident qu'il y aura des cas où, en vérité, certains officiers légaliseront leurs propres actes. C'est pourquoi d'ailleurs le RIPA 2000 a été fortement critiqué sur ce point. Nous pouvons citer *Fenwick* qui observe que "la surveillance directe ne respecte pas le droit à la vie privée"<sup>745</sup>. *Cape* ajoute que "le gouvernement pensait plutôt à protéger les investigations policières susceptibles de porter atteinte à la vie privée et la preuve y afférente" et finit par conclure qu'apparemment "la protection de droits individuels avait une importance secondaire"<sup>746</sup>.

La pratique anglaise à part, il apparaît que la personne habilitée à autoriser des interceptions doit disposer de l'autorité judiciaire nécessaire. De plus, cette personne doit donner son autorisation en conformité avec des prévisions détaillées imposant des conditions strictes pour l'autorisation demandée.

### iii. Les conditions d'autorisation

Nous avons déjà souligné le fait que les interceptions de télécommunications ont un caractère exceptionnel. Pour maintenir cette exigence et pour que leur mise en oeuvre ne devienne pas arbitraire et générale, il est fondamental qu'elles ne s'appliquent qu'à *certaines personnes* et pour *certaines infractions*. La meilleure façon d'y arriver est limiter la mise en place d'interceptions seulement lorsqu'il existe des indices, permettant d'établir que certaines personnes ont commis certaines infractions ou y ont participé.

Les droits continentaux sont familiers de la notion « d'indices », car ils sont requis pour la réalisation de la plupart des actes juridiques lors d'un procès pénal. En conséquence, il n'est pas surprenant que le droit allemand prévoit que, pour ordonner une écoute judiciaire, une suspicion fondée sur des faits précis doit être établie au préalable. C'est également le cas en

<sup>744</sup> Part II, section 32(6) RIPA 2000.

<sup>745</sup> H. FENWICK, "Central aspects of the Regulation of Investigatory Powers Act 2000: civil liberties implications", [2001] 32 Student Law Review 5.

<sup>746</sup> E. CAPE, "The right to privacy - RIP?", [2001] Legal Action 21.

droit espagnol<sup>747</sup>. Selon les dispositions de droit italien, ces indices doivent être graves. De la même manière, le droit belge parle d'indices sérieux.

Le droit anglo-saxon ne reconnaît pas cette notion d'indices, mais a recourt à la notion de « *probable cause* » ou cause probable ou cause raisonnable. La Cour Suprême canadienne a ainsi observé, dans l'affaire *R. v Duarte*, que la constitution comporte l'exigence que "le juge donnant l'autorisation soit convaincu de l'existence de motifs raisonnables et probables de croire qu'une infraction a été commise ou est en voie de l'être<sup>748</sup>". Il s'agit des mêmes motifs raisonnables et probables qui sont demandés pour ordonner des fouilles, perquisitions ou saisies<sup>749</sup>.

Toutefois, le droit américain se distingue du droit canadien sur ce point. La Cour Suprême américaine a été appelée à statuer sur la question de la nature de la « cause raisonnable » en cas d'interceptions téléphoniques dans l'affaire *Berger v New York*<sup>750</sup>. Le juge Steward s'est référé au principe de proportionnalité en observant que "le standard de cause raisonnable incarné dans le 4ème Amendement demande que la justification corresponde au degré d'intrusion". Dans cette affaire, une surveillance par l'intermédiaire d'interceptions pour une durée de soixante jours avait été ordonnée. La Cour avait accepté que ce "soit uniquement le standard le plus précis et le plus rigoureux de « cause raisonnable » ou « probable » qui puisse justifier une telle intrusion". La Cour a ensuite conclu que, malgré l'existence d'un standard de « cause raisonnable » susceptible de satisfaire le test du 4ème Amendement pour les perquisitions conventionnelles, la preuve dans cette affaire ne suffisait pas, du point de vue constitutionnel, à justifier une intrusion d'une telle étendue et d'une telle durée. Il appert ainsi que selon la jurisprudence américaine, la seule « cause raisonnable » ou « probable » appréciée par un magistrat n'est pas suffisante pour ordonner une interception téléphonique. En revanche, elle est suffisante en cas de perquisitions et saisies. *Les interceptions téléphoniques sont considérées comme étant beaucoup plus attentatoires à la vie privée que les perquisitions ou les saisies traditionnelles et selon le principe de proportionnalité, les indices justifiant les premières doivent être beaucoup plus sérieux que ceux qui justifient les dernières.*

---

<sup>747</sup> Voir article 579-1 du CPP espagnol.

<sup>748</sup> *R. v Duarte*, (1990) 1 RCS 30 et spécialement p. 45.

<sup>749</sup> Voir *Hunter v Southam Inc.*, [1984] 2 RCS 149.

<sup>750</sup> 388 US 41, 87 SCt 1873, 18 Led2d 1040 (1967).

Nous observons ainsi une similarité entre le droit américain, qui demande en matière d'interceptions une cause « *plus raisonnable* » que celle demandée pour les perquisitions, et le droit italien ou le droit belge qui ne parlent pas « d'indices simples », mais « d'indices graves ou sérieux ». À notre avis, les règles établies par les droits susmentionnés sont empreintes de bon sens, car il est très important de garantir que des interceptions de correspondances, attentatoires à la vie privée, ne soient ordonnées que dans des cas exceptionnels où le juge considère de manière très « probable », en évaluant des indices graves ou sérieux, que lesdites interceptions apporteront les résultats souhaitables.

Les indices ou la cause probable doivent exister à l'encontre de certaines personnes, des prévenus bien sûr, mais aussi à l'encontre des personnes soupçonnées d'avoir commis des infractions. Il s'agit d'une pratique commune dans la majorité des pays étudiés ici. Il est probable également qu'une interception pourra être ordonnée à l'encontre d'une personne qui joue le rôle d'intermédiaire ou dont le téléphone est supposé être utilisé par le prévenu<sup>751</sup>. En tout cas, il est souhaitable de prévoir des limitations quant aux personnes qui peuvent faire l'objet d'une interception. A défaut, notre société libérale pourrait se transformer en une société surveillée-surveillante.

A côté de ce filtre *a priori*, d'importantes limites ont été mises en place *a posteriori*.

## 2. La limite *a posteriori* : un régime strict

La procédure des interceptions, une fois admises, est soumise à un régime très strict : l'exécution de cette procédure est ainsi soumise à des règles très sévères, quant au contenu précis de l'autorisation, au délai à respecter et au rôle du consentement (i) ; certaines interceptions sont par ailleurs purement et simplement interdites (ii).

### i. L'exécution des interceptions

---

<sup>751</sup>. C'est le cas en droit allemand.

Il a été démontré ci-dessus que les interceptions de communications ne pouvaient pas être ordonnées de manière arbitraire. Cette obligation de conformité au principe de spécificité de la décision de mise en œuvre, est également transposable à la phase d'exécution de la mesure.

*a. Le contenu de la décision d'interception*

La décision de mise en œuvre doit être détaillée et spécifique. L'exemple du droit américain est à ce titre, particulièrement révélateur. Toute décision relative à une interception doit comporter l'identité de la personne qui fait l'objet de l'interception, la nature des communications ou le lieu pour lequel une interception a été autorisée, le type de communications susceptibles d'être interceptées et une description des infractions qui font l'objet d'investigations. En outre, il est nécessaire de spécifier l'identité de l'agence autorisée à réaliser l'interception et l'identité de la personne qui a donné ladite autorisation ainsi que la durée de l'opération.<sup>752</sup>

En droit anglais, il est prévu dans le RIPA 2000<sup>753</sup> qu'une mesure d'interception doit décrire les personnes qui font l'objet d'une interception ainsi que les lieux où celles-ci sont supposées d'avoir lieu. De la même manière, les adresses, numéros et appareils susceptibles d'être accédés devront être spécifiés aux fins d'identification de la communication sujette à l'interception.

La décision autorisant l'interception doit être suffisamment détaillée également en Belgique<sup>754</sup>. La décision comportant l'autorisation de placement sous écoute doit décrire les indices ainsi que les faits concrets, propres à la cause, qui justifient la mesure; les motifs pour lesquelles la mesure est indispensable à la manifestation de la vérité; la personne visée par cette mesure, le moyen de communication ou de télécommunication, le lieu soumis à la surveillance; la période pendant laquelle la surveillance peut être pratiquée et finalement le nom et la qualité de l'officier de police judiciaire responsable de l'exécution de la mesure.

---

<sup>752</sup> Voir W. LA FAVE - J. ISRAEL, *op. cit.*, p. 249.

<sup>753</sup> Part I, section 8(1)(a)(b) et section 8(2).

<sup>754</sup> Article 90quater du Code d'Instruction Criminelle.

En droit canadien c'est la jurisprudence qui impose un contenu minimum de cette autorisation d'interception. Dans l'affaire *R. v Thompson*<sup>755</sup> la Cour Suprême a affirmé que l'autorisation qui faisait l'objet de cette affaire "devrait au moins mentionner précisément chaque endroit, dès lors qu'il constituait une résidence privée et préciser le ou les types de dispositifs qui pouvaient être employés."<sup>756</sup>

Enfin, le droit français impose le même respect du principe de spécificité lors de la formation d'une ordonnance d'interception. C'est l'article 100-1 du CPP qui prévoit que "la décision (l'ordonnance)...doit comporter tous les éléments d'identification de la liaison à intercepter...". Une circulaire générale définit les critères de l'identification requise : "il s'agira le plus souvent du numéro de la ligne et, le cas échéant, du nom de son titulaire"<sup>757</sup>. L'ordonnance d'interception doit encore préciser "l'infraction qui motive le recours à l'interception ainsi que la durée de celle-ci"<sup>758</sup>.

*b. Pour une durée raisonnable des interceptions.*

Les interceptions et les surveillances électroniques sont autorisées à titre exceptionnel. Il serait contradictoire d'autoriser une mise sous surveillance sans limitation de durée. Ces moyens d'investigation étant caractérisés par la recherche d'éléments de preuve, non révélés au moment de la décision de mise en œuvre - mais pour lesquels il y a cause raisonnable et probable de croire qu'elles pourraient être produites dans le futur immédiat - il est indispensable qu'existent et soient respectées certaines limites temporaires. A défaut, il serait probablement possible aux enquêteurs de mettre en œuvre un système constant et incessant de surveillance étatique.

Les législations nationales semblent avoir adopté des dispositifs pour éviter une telle situation. Néanmoins, il est nécessaire de s'interroger sur le caractère suffisant de ces mesures. Ainsi, en droit belge, il est prévu que les interceptions ne peuvent être ordonnées que pour une durée d'*un mois*. Toutefois, "le juge d'instruction peut prolonger une ou plusieurs fois, les effets de son ordonnance pour un nouveau terme qui ne peut dépasser un mois, avec

<sup>755</sup> [1990] 2 RCS 1111.

<sup>756</sup> *Ibidem*, p. 1152.

<sup>757</sup> C. 100-1 (*Circ. 26 sept. 1991*).

<sup>758</sup> Article 100-1 CPP.

un maximum de six mois, sans préjudice de sa décision de mettre fin à la mesure dès lors que les circonstances qui l'ont justifiée ont disparu<sup>759</sup>". Même au-delà de la limite de six mois, le juge d'instruction peut ordonner une nouvelle mesure d'interception si des circonstances nouvelles et graves nécessitent de telles mesures.

Selon le droit français la décision d'interception est prise pour une durée de *quatre mois*, et ne peut être renouvelée que dans les mêmes conditions de forme et de durée<sup>760</sup> de l'ordonnance initiale. Comme le spécifie la circulaire générale, "une telle mesure pourra être renouvelée autant de fois que cela est nécessaire à la poursuite de l'information<sup>761</sup>". Il semble donc qu'il n'existe pas de délai maximum, même si la procédure visant au renouvellement est identique à celle conduisant à la décision initiale.

Le droit anglais envisage une durée comparable de *trois mois*, mais à la condition que la décision initiale de placement soit prise par le Secrétaire d'Etat. A l'inverse, dans l'hypothèse où la décision est prise par un officier, la durée initiale n'est que de cinq jours. Ces décisions peuvent être renouvelées pour une période de six mois dans le premier cas et pour une période de trois mois dans le second cas. Cependant, il n'existe pas de limite relative au renouvellement éventuel de la mesure. Il est alors possible que l'ordonnance d'interception se prolonge pour une très longue période<sup>762</sup>.

La situation est comparable en droit italien. Les interceptions peuvent être ordonnées pour une période initiale de *quinze jours*, qui peuvent toutefois être prorogées par périodes successives de quinze jours, si les conditions initiales perdurent. Il existe en conséquence la même incertitude en droit italien et le même risque de voir se prolonger des opérations d'interceptions sur de longues périodes indéterminées<sup>763</sup>.

Nous constatons ainsi que les dispositions concernant la durée d'interceptions ne garantissent pas que les juges d'instruction en "feront un usage aussi exceptionnel que possible<sup>764</sup>". *Il est*

---

<sup>759</sup> Article 90quinquies du Code d'Instruction Criminelle.

<sup>760</sup> Article 100-2 CPP.

<sup>761</sup> C. 100-2 (*Circ. 26 sept. 1991*).

<sup>762</sup> Comme observe H. FENWICK, "Central aspects of the Regulation of Investigatory Powers Act 2000: civil liberties implications", (2001) 5 *Student Law Review* 32.

<sup>763</sup> Voir A. NAPPI, *op. cit.*, p. 262.

<sup>764</sup> P. CHAMBON, "Le Juge d'Instruction, Théorie et pratique de la procédure", 4ème éd., Dalloz, 1997, n° 192-3, p. 127.

*indispensable, à notre avis, de préciser les limites temporaires de telles opérations.* Nous avons en effet l'impression qu'il est nécessaire d'instaurer davantage de cohérence dans ce domaine. Si l'on accepte que des mesures attentatoires à la vie privée doivent s'appliquer pour une certaine durée seulement, il est souhaitable que la durée maximale de ces atteintes soit identique pour toutes les personnes, titulaires du *même* droit fondamental à la protection de la vie privée.

*c. Enregistrement par des personnes participants à la communication: le rôle du consentement.*

La dialectique d'enregistrement des communications par des personnes impliquées dans la procédure en tant que participants est d'importance considérable étant donné que la non application des interdictions posées pour les agences étatiques en faveur des personnes privées pourrait avoir le même effet négatif que ces mêmes interdictions sont supposées écarter.

Les législations étudiées dans les différents pays présentent des différences importantes dans ce domaine. En droit américain une interception est légitime "si l'une des parties participant à la communication a donné son consentement préalable à l'interception"<sup>765</sup>. Par ailleurs, la participation dissimulée d'un agent de l'Etat est assimilée à la participation d'une personne privée à une communication. L'enregistrement de la part de cet agent ne dépasse pas, en conséquence, les limites de la légitimité. La jurisprudence de la Cour Suprême l'a reconnu explicitement dans les affaires *On Lee v United States*<sup>766</sup>, *Lopez v United States*<sup>767</sup> et de manière solennelle dans l'affaire *United States v White*<sup>768</sup> : le 4ème Amendement ne s'applique pas dans le cas d'enregistrement dissimulé par une personne participant à la communication, même si cette dernière intervient en tant qu'agent de l'Etat.

Cette pratique est également approuvée en droit espagnol. Selon le Tribunal Constitutionnel "l'article 18 de la Constitution espagnole", qui garantit le secret des communications, "s'oppose à toute intervention d'un tiers à la communication, mais non à la divulgation du

---

<sup>765</sup>. 18 USCA § 2511(2)(c).

<sup>766</sup>. 343 US 747, 72 SCt 967, 96 Led 1270 (1952).

<sup>767</sup>. 373 US 427, 83 SCt 1381, 10 Led2d 462 (1963).

<sup>768</sup>. 401 US 745, 91 SCt 1122, 28 Led2d 453 (1971).

contenu de la communication par un des interlocuteurs.<sup>769</sup>". Les écoutes et l'enregistrement d'une communication téléphonique par la victime sont donc autorisés.<sup>770</sup>.

D'autres droits ont adopté la solution contraire. En droit canadien le consentement à l'interception d'une personne participant à la communication rend l'interception "tout aussi légale que si elle avait été judiciairement autorisée."<sup>771</sup> Toutefois, cette interception, bien que légale, n'est pas conforme aux exigences de l'article 8 de la Charte constitutionnelle du Canada. La Cour Suprême a ainsi énoncé que "l'enregistrement d'une communication privée devrait être considéré comme une fouille, une perquisition ou une saisie dans toutes les circonstances, à moins que *tous les participants* à la conversation n'aient expressément consenti à ce qu'elle soit enregistrée"<sup>772</sup>.

Le consentement de toutes les parties est également indispensable pour réaliser une interception sans *warrant* – i.e. sans autorisation juridictionnelle. A défaut du consentement de toutes les parties à la communication, l'interception n'est considérée légitime ni en droit anglais ni en droit italien.

À notre avis, le droit à la vie privée ne s'adresse pas uniquement au pouvoir étatique. Il constitue une garantie pour l'individu destinée à protéger une sphère inaccessible aux personnes privées comme aux agents de l'Etat. Il faut d'ailleurs prendre conscience que le pouvoir à la disposition de personnes privées ne présente pas aujourd'hui - dans certains cas - de différences considérables d'avec une détention par le pouvoir étatique. Il est donc fondamental de protéger la personne tant à l'encontre du pouvoir de l'Etat qu'à l'encontre des intérêts illégitimes d'autres personnes privées.

## ii. L'invalidation d'interceptions illégitimes

On peut observer, ces dernières années, un phénomène de légitimation d'opérations d'interceptions dont l'exercice dépendait de la discrétion du juge ou de la police. Dans tous les

---

<sup>769</sup> Voir STC 114/ 1984 du 29 novembre 1984, cité par V. BÜCK, "L'influence des Cours constitutionnelles sur la politique pénale. Etude comparée France/ Espagne", Thèse de doctorat, Université de Paris I, direction M. DELMAS-MARTY, 14 janvier 2000, p. 185.

<sup>770</sup> *Ibidem*.

<sup>771</sup> P. BELIVEAU, "Le droit canadien" in "La preuve en procédure pénale comparée", Revue Internationale de Droit Pénal (vol. 63), p. 117 et surtout p. 141.

<sup>772</sup> R. v Duarte, *op. cit.*, p. 57.

systèmes juridiques analysés ici, nous avons découvert l'existence de lois spécifiques et de dispositions analytiques sur les interceptions de télécommunications.

Nous avons ainsi pu dégager de grandes similarités entre les droits nationaux concernant, par exemple, la nécessité de fonder la décision de mise en œuvre d'une interception sur des indices donnés ou la limitation des mesures d'investigations attentatoires à la vie privée à certaines infractions et à certaines personnes. Des similitudes importantes ont été dégagées aussi en ce qui concerne les conditions d'exécution d'une mesure d'interception.

Les systèmes étudiés démontrent ainsi, de manière assez explicite, que les moyens d'investigations employés portent atteinte à la vie privée. C'est pourquoi les différents gouvernements ont élaboré des lois spécifiques susceptibles de protéger, autant que possible, la vie privée d'atteintes arbitraires et injustifiées. Il ne suffit pas cependant que cette législation soit libérale et progressiste. *Il est également indispensable, que sa méconnaissance soit sanctionnée. A défaut, elle n'aurait qu'une valeur académique.*

Les sanctions d'une violation éventuelle peuvent être, soit *l'exclusion immédiate des preuves obtenues par l'intermédiaire de procédés illégaux*, soit *l'annulation des actes qui ont conduit à l'obtention des preuves*. Cette dernière sanction aboutit, à vrai dire, aux mêmes fins que l'exclusion des preuves, étant donné que des preuves obtenues par l'intermédiaire d'actes nuls ne peuvent être admises.

La notion d'exclusion de preuves obtenues de manière illicite (*exclusionary rule*) est devenue fameuse après la décision de la Cour Suprême américaine dans l'affaire *Weeks v United States*<sup>773</sup>. Selon cette règle, il est interdit de produire un fait découvert ou une déclaration faite en violation des droits constitutionnels. La violation du droit consacré par le 4<sup>e</sup> Amendement qui protège la personne contre les recherches qui ne sont pas « raisonnables », constitue la cause principale de l'application de ces règles d'exclusion. Dès lors que les interceptions sont assimilées aux recherches électroniques, il est évident que les preuves obtenues en violation de dispositions sur les interceptions, ne seront pas admises devant la Cour compétente. Au-delà, le droit américain possède également une autre règle d'exclusion des preuves. Il s'agit de l'interdiction statutaire du "Title III", qui impose l'exclusion de preuves

---

<sup>773</sup>. 232 US 383 (1914).

obtenues en violation des prévisions de la loi. Toutefois, c'est principalement l'influence constitutionnelle qui a donné à la notion d'exclusion de preuves, un contenu propre.

L'influence constitutionnelle dans le domaine de l'exclusion des preuves apparaît aussi dans d'autres pays. Ainsi, au Canada, selon le paragraphe 24(2) de la Charte des droits et libertés, lorsqu'un tribunal parvient à la conclusion que des éléments de preuve ont été obtenus dans des conditions qui portent atteinte aux droits et libertés garantis par la Charte, "il doit les écarter s'il est établi que, eu égard aux circonstances, leur utilisation est susceptible de discréditer l'administration de la justice<sup>774</sup>". La notion de discrédit (*bring the administration of justice into disrepute*) est difficile à cerner. Elle est utilisée, par le juge, pour lui donner la possibilité de décider de l'exclusion d'une preuve en question, selon les circonstances propres à l'affaire examinée.

Ainsi, il est possible d'observer une différence majeure entre le droit américain et le droit canadien. Le droit américain pose une *règle d'exclusion automatique* des preuves obtenues de manière illicite, alors que la Charte constitutionnelle canadienne introduit une *règle discrétionnaire*.

D'autres règles constitutionnelles ont légitimé un système d'exclusion automatique. Par exemple, l'article 11 de la Loi organique du Pouvoir Judiciaire espagnol interdit de prendre en considération les preuves obtenues en infraction des droits fondamentaux<sup>775</sup>. Les preuves ne sauraient être obtenues en violation de l'intimité de la personne ou du secret des communications. De la même façon, l'article 38-2 de la Constitution portugaise dispose que "sont nulles toutes les preuves obtenues par...l'immixtion abusive dans la vie privée, dans le domicile, la correspondance ou les télécommunications".

Le droit portugais parle de nullité et non d'exclusion des preuves, mais nous avons déjà souligné que le prononcé de nullité peut avoir les mêmes résultats que l'exclusion des preuves. Ainsi en droit français, il n'existe pas de théorie de l'exclusion, mais la dialectique de la nullité trouve ses racines dans le Code napoléonien. On distingue entre nullités d'intérêt privé et nullités d'ordre public. Ces dernières sont prononcées, en tout état de cause, de manière

---

<sup>774</sup> P. BELIVEAU, *op. cit.* 127.

<sup>775</sup> Voir à ce propos les décisions du Tribunal Correctionnel STC 114/ 1984 du 29 novembre 1984 et STC 107/ 1985 citées par V. BÜCK, *op. cit.*, p. 296.

automatique, dès que la violation de la règle est constatée. Au contraire, les nullités d'intérêt privé ne sont prononcées que si la violation en question a porté atteinte aux intérêts de la personne concernée.

À la différence des droits espagnol et portugais, les dispositions de droit français concernant les nullités ne sont pas décrites dans la Constitution, mais dans le code de procédure pénale, qui constitue pourtant une expression immédiate de l'esprit de la Constitution. Il est ainsi en droit italien aussi. L'article 188 du code de procédure pénale italien prévoit que "ne peuvent être utilisées, même avec le consentement de la personne intéressée, des méthodes et des techniques propres à influencer la liberté et l'autodétermination ou à altérer la capacité de se souvenir et d'évaluer les faits". Il s'agit apparemment d'une disposition assez spécifique, qui ne présente pas la généralité des règles d'exclusion déjà présentées.

Le droit au respect de la vie privée n'a pas de valeur constitutionnelle en droit allemand. Cependant, ce droit est supposé constituer une expression d'un droit fondamental à valeur humaine. Lorsque l'obtention d'une preuve est considérée contraire à la valeur humaine, elle ne peut pas être admise au procès<sup>776</sup>.

Le droit belge parle de nullité, et d'exclusion. Ainsi, il est accepté que "le non-respect des dispositions de formes qui sont prescrites à peine de nullité a pour conséquence la nullité de l'opération<sup>777</sup>". Toutefois, il n'est pas nécessaire qu'un acte soit nul pour être exclu. En effet, seuls peuvent être exclus les actes qui sont contraires aux droits de la défense même s'ils ont été obtenus de manière légitime. En outre, les preuves résultant d'une infraction sont considérées comme irrégulières et doivent être exclues.

En conséquence, les droits espagnol, italien, portugais et américain disposent d'une règle d'exclusion automatique fondée, soit sur la Constitution, soit sur diverses dispositions de procédure pénale. Le droit canadien présente un système purement discrétionnaire et le droit français semble favoriser une solution plutôt de compromis entre l'exclusion automatique et l'exclusion discrétionnaire. Le droit anglais préfère mettre l'accent sur la possibilité pour le

<sup>776</sup>. Voir G. KAMINIS, "Les moyens de preuve illégalement obtenus et les garanties constitutionnelles des libertés publiques (L'exclusion des preuves dans le procès pénal et civil), Sakkoulas eds., 1998, p. 96 (*en grec*).

<sup>777</sup>. C. VAN DEN WYNGAERT - H. BOSLY, "Le droit belge" in "La preuve en procédure pénale comparée", Revue internationale de droit pénal (Vol. 63), p. 109.

juge de prendre conscience des faits et circonstances propres à l'affaire examinée. Selon l'article 78 du "Police and Criminal Evidence Act 1984", une preuve est exclue seulement dans les cas où son admission aurait un effet si négatif sur le caractère équitable du procès, que le juge ne devrait pas l'admettre. Or, il est extrêmement difficile de définir cette notion avec précision. Nos recherches ont démontré que la décision d'admettre ou de refuser des preuves obtenues de manière illicite dépend essentiellement de la nature de preuve en question. Très fréquemment, la preuve pertinente est admise malgré son obtention illicite. Ainsi, il semble que c'est la poursuite de la vérité qui est d'importance fondamentale en droit anglais aux dépens du respect du caractère équitable du procès ou des droits individuels<sup>778</sup>.

La comparaison des législations nationales à ce niveau présente un intérêt particulier, car le choix entre un système d'exclusion automatique et discrétionnaire peut être très révélateur de la nature de toute la procédure pénale. Ensuite, l'examen attentif de la jurisprudence sur l'exclusion de preuves et des nullités démontre l'importance octroyée au respect des dispositions relatives à la protection de la vie privée.

Il apparaît ainsi qu'un système d'exclusion automatique est plutôt favorable à la protection de l'intimité de la vie privée. En fait, l'exclusion automatique de preuves obtenues de manière illicite, a pour conséquence de remettre les choses dans leur état initial. Cela peut signifier que l'atteinte à la vie privée est privée de ses conséquences purement procédurales.

## B) L'émergence d'un nouveau genre de surveillance

Les interceptions des correspondances constituent une technique très utilisée par les agents de police, qui est efficace et peut conduire à la production de preuves pertinentes. Etant reconnues et pratiquées par les agents de police depuis le XIXe siècle, il n'est pas surprenant que les interceptions soient dotées aujourd'hui d'un encadrement législatif assez satisfaisant. C'est cet encadrement législatif que nous avons décrit dans la première partie.

Toutefois, l'évolution impressionnante de la technologie audio-visuelle a conduit subséquemment à la naissance d'une technologie révolutionnaire de surveillance. En outre,

---

<sup>778</sup>. Voir, à cet égard D. GIANNOULOPOULOS, "Improperly obtained evidence : discretionary exclusion and abuse of process", Thèse de Mphil, Brunel University, London, 2002.

les criminels étant devenus conscients de la possibilité toujours plus importante d'interceptions téléphoniques, celles-ci sont progressivement devenues beaucoup moins efficaces. Les écoutes téléphoniques ne présentent plus, de nos jours, l'intérêt qu'elles présentaient auparavant.

Par conséquent, les agents de l'application de la loi cherchent, de plus en plus, à utiliser de nouvelles techniques de surveillance. Ces techniques peuvent permettre aux policiers d'accéder au domicile des personnes surveillées, sans nécessairement porter atteinte à leur propriété (1°). Plus inquiétant encore, les surveillances surpassent déjà les limites des correspondances téléphoniques traditionnelles et sont parfaitement possibles même dans l'espace cybernétique (2°).

#### 1°) Les surveillances électroniques des locaux privés

Les interceptions classiques ne permettant aux policiers qu'un accès limité aux correspondances de l'individu, les policiers ont essayé d'accéder à la sphère intime de la personne en envahissant son domicile, ce qui pourrait leur donner un accès continu aux communications intimes et immédiates entre les criminels.

En essayant de définir les surveillances électroniques des locaux, l'élément de base semble être l'intervention et l'enregistrement de communications orales privées, qui a lieu dans un lieu privé, en usant d'appareils de surveillance. Donc, la différence à l'égard des interceptions des télécommunications ne consiste pas dans le dispositif de surveillance utilisé, qui peut apparemment être le même, mais plutôt dans l'espace surveillé, les interceptions ayant lieu dans un système de télécommunication. Pour ne donner qu'un exemple général, il y a interception des télécommunications lorsqu'une ligne téléphonique est mise sur écoute. Tout au contraire, il y a surveillance électronique, comme on l'entend ici, lorsqu'une micro ou une caméra est placée dans un lieu privé afin d'enregistrer les communications orales entre les personnes y demeurant. De même, il y a surveillance électronique lorsqu'un lieu privé est surveillé par l'intermédiaire des dispositifs comme le FLIR ou le Concealed Weapon Detector ou par l'intermédiaire de micros placées sur les murs extérieurs d'une résidence privée.

Que les technologies de surveillance aient été développées de façon impressionnante lors des dernières décennies, cela ne fait aucun doute. Toutefois, le droit s'est montré souvent

incapable de les suivre de manière efficace, même si les acteurs appliquant la loi ont toujours considéré comme indispensable la mise à leur disposition de tous les procédés basés sur la haute technologie. Il s'agit donc de savoir si les droits étudiés, ont pris soin de régler explicitement ces méthodes d'investigations *prima facie* attentatoires à la vie privée. Sinon, il serait intéressant de savoir si c'est le régime d'interceptions de correspondances qui s'applique aux surveillances aussi ou bien si les dernières restent entièrement à l'ombre de la loi.

En effet, il s'est avéré véritablement difficile d'identifier un système légal disposant d'un régime propre aux surveillances électroniques. Bien au contraire, la totalité des droits examinés était doté de dispositions spécifiques sur les interceptions de télécommunications. Dans cette perspective, il semble que le droit anglais soit original dans son élaboration d'un système explicite de surveillances électroniques.

La possibilité de réaliser une surveillance électronique a été prévue dans le droit anglais pour la première fois dans le Police Act 1997 Part III, dont l'introduction par le gouvernement anglais a suivi l'arrêt de la House of Lords dans l'affaire *Khan*<sup>779</sup>. Cette loi a rendu légitime le placement des dispositifs de surveillance dans des résidences privées à condition qu'une procédure donnée d'autorisation soit suivie. Selon l'article 93(5), c'était le chef de la force policière locale (Chief Constable) ou un de ses assistants (Assistant Chief Constable) qui pouvait autoriser une surveillance pour une durée de trois mois, renouvelable pour une période égale.

Le Police Act 1997 Part III est toujours en vigueur, même après l'introduction de la RIPA 2000. En fait, ce dernier est venu combler les lacunes juridiques du régime précédent. Le Police Act 1997 ne concernait que les méthodes de surveillance impliquant nécessairement une intervention dans la propriété de la personne surveillée (trespass). Ceci étant, l'utilisation des méthodes de surveillance à distance restait en dehors du champ d'application de la loi. Le RIPA 2000 prévoit désormais de manière explicite une telle surveillance qu'il qualifie de *surveillance directe*. C'est cette surveillance qui présente *a priori* un problème d'incompatibilité avec la CEDH au niveau de l'autorisation. Selon les articles 26 et 30 de RIPA 2000 Partie II, l'autorisation de surveillance est donnée par l'autorité désignée de

---

<sup>779</sup> R. v *Khan* [1996] 3 All ER 289.

chaque service, qui est - dans le cas de police - soit un *superintendent* soit un *inspector*. Toutefois, ces personnes ne peuvent pas garantir un contrôle extérieur de la légitimité, proportionnalité et nécessité de la surveillance demandée. La recommandation du *Draft Code of Practice* est fort révélatrice à cet égard : "les agents autorisant la surveillance ne devraient pas idéalement être responsables pour l'autorisation de leurs actions propres ... toutefois, il est reconnu que celui-ci peut être quelquefois inévitable"<sup>780</sup>.

Ce problème mis à part, on peut constater l'influence de la jurisprudence de la CEDH sur le régime anglais de surveillance directe. Ainsi, le principe de proportionnalité est prévu de manière explicite<sup>781</sup>, l'autorisation ne pouvant être donnée que pour des raisons presque identiques à celles prévues dans l'article 8-2 de la CEDH et pour une durée donnée (trois mois<sup>782</sup>).

Le régime de *surveillance intrusive*, qui présente les mêmes garanties de légitimité et proportionnalité que le régime de surveillance directe<sup>783</sup>, est en outre doté d'un système de contrôle qui pourrait passer éventuellement le test de la CEDH<sup>784</sup>. C'est en effet le secrétaire d'Etat ou le chef de la police locale qui peut autoriser une surveillance intrusive.

Quoi qu'il en soit, ce qui est encore plus important est, à notre avis, qu'avec l'introduction de RIPA 2000, le droit anglais fait preuve d'une reconnaissance de méthodes de surveillance modernes et se montre particulièrement ouvert aux évolutions technologiques. De plus, il démontre sa volonté de distinguer de manière claire et explicite entre les interceptions et les surveillances électroniques.

De la même manière, le droit allemand distingue entre les écoutes téléphoniques judiciaires et les surveillances électroniques. Il y a encore une distinction entre surveillances publiques et surveillances des locaux. L'article 100 c(1) n° 2 StPO prévoit notamment les surveillances et

<sup>780</sup> Voir H. FENWICK, "Civil Liberties and Human Rights", Cavendish Publishing eds, 2002, p. 700.

<sup>781</sup> Article 28(2) RIPA 2000, Partie II.

<sup>782</sup> Voir l'article 43. Le renouvellement d'une autorisation de surveillance est possible pour une période de trois mois.

<sup>783</sup> A cet égard, voir l'article 32(2) RIPA 2000, Partie II.

<sup>784</sup> Voir *Christie v UK* 78 - A DR E Com HR 119, où le modèle d'autorisation de la Interception of Communications Act 1985 a été considéré comme compatible avec l'article 8 de la Convention (dans l'espèce). C'est, en fait, le même modèle d'autorisation qui est adopté par le RIPA 2000, Partie II moyennement à la surveillance directe

l'enregistrement des conversations non publiques sur la voie publique et l'article 100 c(1) les surveillances et l'enregistrement à l'intérieur de locaux d'habitations<sup>785</sup>.

La différence primordiale entre le régime d'autorisation de surveillances des locaux privés et des surveillances publiques concerne la personne susceptible de donner cette autorisation. Dans le premier cas, il s'agit du juge ou du ministère public, si un risque supplémentaire risque d'être préjudiciable à l'enquête. Dans le deuxième cas, c'est le jury pénal qui décide de l'autorisation.

L'autorisation d'une surveillance à l'intérieur des locaux est valable pour une période de quatre semaines, laquelle peut être renouvelée. A l'extérieur d'une habitation, la surveillance peut être prononcée pour une durée de trois mois et prolongée pour la même période.

L'existence de dispositions spécifiques sur la surveillance, comme le montre l'exemple des droits anglais et allemand, met en évidence une perception différente entre les surveillances et les écoutes téléphoniques. D'autres systèmes, cependant ne voient pas la nécessité d'un régime différent entre ces deux méthodes d'investigation policière.

C'est tout d'abord le cas des Etats-Unis. La Cour Suprême avait déjà trouvé dans l'affaire *Silverman v United States*<sup>786</sup> que le 4ème Amendement s'appliquait à la saisie électronique des conversations ayant lieu dans une résidence privée. L'applicabilité du 4ème Amendement, hors les cas d'interceptions téléphoniques ou des télécommunications, a été confirmée de manière panégyrique dans l'affaire célèbre de *Katz v United States*<sup>787</sup>. Cette décision a conduit à l'introduction du *Title III de l'Omnibus Crime Control and Safe Streets Act*, qui prévoit un régime d'autorisation d'interceptions. La notion d'interception est définie par la même loi comme "l'acquisition de contenus d'une communication filaire, d'une communication électronique ou orale, qui a lieu par l'intermédiaire d'un dispositif électronique, mécanique ou autre"<sup>788</sup>. Ce régime d'interceptions ne fait aucune distinction alors entre communications filaires (i.e. téléphoniques) et interceptions orales. C'est-à-dire que se sont exactement les mêmes dispositions du Title III qui s'appliquent aux écoutes

---

<sup>785</sup> L'article 100 a et 100 b StPO disposent moyennement aux écoutes téléphoniques

<sup>786</sup> 365 US 505, 81 SCt 967.

<sup>787</sup> 9E'389 US 347, 88 SCt 507, 19 L.Ed.2d 576 (1967)

<sup>788</sup> Voir article 18 USCA §2510(4).

téléphoniques et aux surveillances électroniques. Les dispositions de Title III concernant les premières ayant été examinées précédemment, il n'est pas nécessaire de les reprendre ici.

C'est exactement le même système qui est adopté par le droit italien. L'article 266 du CPP italien dispose que sont possibles les interceptions soit des conversations soit des communications téléphoniques ou d'autres formes de télécommunication. De même, l'article 266 alinéa 2 dispose que les interceptions des communications *inter praesentes* sont possibles dans les mêmes conditions que celles régissant les autres interceptions.<sup>789</sup>. À cet égard, la Cour de Cassation italienne a décidé que l'installation nécessairement clandestine des instruments acoustiques et d'enregistrement peut être justifiée par les exigences supérieures de la justice<sup>790</sup>.

La situation est un peu plus compliquée en droit canadien. La Partie VI du Code Criminel parle d'interception d'une communication privée sans préciser de quel type de communication il s'agit. C'est la jurisprudence qui précise. Selon le Juge Estey, dans l'affaire *Lyons and Prevedoras*<sup>791</sup>, quatre procédures d'interceptions peuvent être envisagées sous le régime de la partie VI du Code Criminel: (a) la mise en écoute d'une ligne téléphonique, (b) l'interception par l'intermédiaire de dispositifs de radio; (c) l'interception acoustique, soit active soit passive et; (d) l'interception par des technologies de laser. De cette façon, la Cour Suprême a accepté que la Partie VI ne concerne pas uniquement les interceptions téléphoniques, mais les surveillances électroniques aussi.

Enfin, il y a des droits qui ne prévoient pas la possibilité de procéder à des surveillances électroniques. C'est le cas, par exemple, du droit français qui, après l'introduction de la loi du 10 juillet 1991 sur les interceptions des correspondances émises par la voie de télécommunications, n'a pas adopté de nouvelle réglementation. Pourtant, la loi de 1991 n'est pas du tout susceptible d'être appliquée aux surveillances électroniques à cause de l'expression restrictive du législateur.

---

<sup>789</sup> Voir G. LATTANZI, "Codice di Procedura Penale - Annotato con la giurisprudenza", terza edizione, A. Giuffrè editore, 1998, p. 809

<sup>790</sup> Cass., 20 febbraio 1991, Morabito, Giur. It., 1991, II, 430 cité in G. LATTANZI, op. cit., p. 813.

<sup>791</sup> (1984) 2 SCR 631 ? 43 CR (3d) 97 CIT2 in R. DELISLE – D. STUART, "Learning Canadian Criminal Procedure", 4<sup>th</sup> edition, Carswell, 1996.

Dans le même esprit, l'article 190 du CPP portugais - article final d'un ensemble des dispositions sur les écoutes (187 à 190 CPP) - dispose de manière explicite que ces dispositions ne sont applicables à aucun autre moyen de communication technique que le téléphone, ni aux communications entre personnes présentes.

Il en résulte que les surveillances électroniques des locaux privés sont possibles dans la plupart des droits étudiés. Toutefois, il apparaît aussi que le droit est, consciemment ou non, en retard dans son effort de suivre l'évolution technologique; ce que démontre l'absence d'encadrement législatif de pratiques modernes de surveillances informatiques.

## 2°) La surveillance dans l'espace cybernétique

Les techniques de surveillance informatique sont aujourd'hui peu nombreuses, nous l'avons souligné lorsque nous avons traité la question de l'efficacité des surveillances. Les noms exceptionnels donnés à ces techniques - i.e. *Magic Lantern* - sont suffisamment caractéristiques et démontrent un désir patent d'en profiter largement dans la lutte contre une criminalité qui ne cesse de se transformer. Néanmoins, la susceptibilité des atteintes à la vie privée de la personne n'est pas moins évidente dans les mêmes noms exceptionnels (*Carnivore*).

Il faut souligner, quand même, que les risques ne sont pas les mêmes que les risques inhérents à la commission des interceptions classiques des communications - comme les écoutes téléphoniques - ou inhérents à la surveillance des locaux. La surveillance informatique présente la différence substantielle qu'elle peut être réalisée à grande échelle, sans être limitée dans le temps ou l'espace et sans être liée à certaines personnes prédéterminées<sup>792</sup>. D'où la menace d'une société *orwellienne* de type BIG BROTHER et, par conséquent, la nécessité de poser des limites à une recherche absolue de la preuve parfaite.

---

<sup>792</sup>. À cet égard, *Georgiton* considère, par exemple, "d'importance fondamentale le fait que le FBI puisse soumettre à *Carnivore* des milliers d'utilisateurs d'internet en essayant de trouver les criminels parmi nous et examiner, dans le procès, le contenu des e-mails personnels en envahissant notre vie privée". Voir P. GEORGITON, "The FBI's Carnivore: How Federal Agents May Be Viewing Your Personal E-Mail and Why There Is Nothing You Can Do About It", *Ohio State Law Journal*, vol. 62, n°6, 2001, p. 1832.

Dans quelle mesure a-t-on reconnu cette nécessité ? Cela s'est avéré extrêmement difficile à établir. Est déjà révélateur le fait que les surveillances informatiques ne sont pas au centre de l'effort législatif. Il y a en effet un manque de volonté de limiter l'efficacité d'un moyen de preuve considéré probablement l'*ultimum refugium* contre une criminalité souvent impossible à combattre. Quoiqu'il en soit, nous pouvons nous référer à des exemples particuliers que certains systèmes judiciaires nous offrent.

Nous avons vu qu'aux Etats-Unis la discussion concernant les interceptions de correspondances date de 1928 au moins, ce qui a raisonnablement conduit à une réglementation explicite et détaillée à la fin des années soixante. Cependant, ce n'est qu'environ vingt ans plus tard que l'incapacité de cette législation à suivre les évolutions technologiques a conduit à l'introduction d'une nouvelle loi, l'*Electronic Communications Privacy Act* de 1986. Elle soumet les communications par téléphone portable, les transmissions émises par des ordinateurs et, surtout, les communications par e-mail aux mêmes règles que celles régissant les écoutes téléphoniques<sup>793</sup>. Et pourtant, le législateur se trouve aujourd'hui de nouveau incapable à suivre les technologies modernes de surveillance.

Nous pouvons donner l'exemple de *Carnivore*. Le Titre III de *Omnibus Crime Control and Safety Streets Act*, tel que modifié par le *ECPA* 1986, prévoit que pour ordonner une surveillance informatique, il faut tout d'abord que la demande du FBI soit approuvée par un officier du Ministère de la Justice (*Justice Department*) avant d'être présentée devant un juge fédéral. Ce dernier peut faire un mandat seulement s'il y a cause probable et seulement si les méthodes normales d'investigation ont échoué. En outre, il faut que ce mandat ordonne que la surveillance ait lieu dès que possible et de façon à minimiser le risque d'intercepter des communications non-relatives.

Certes, il s'agit de protections similaires à celles examinées au sein des interceptions traditionnelles, *a priori* suffisantes. Toutefois, l'absence de toute supervision judiciaire lors de la réalisation de la surveillance, l'interprétation large de l'obligation de "minimisation", ainsi que l'impossibilité de suppression des preuves obtenues en violation des énoncés du mandat,

---

<sup>793</sup>. Voir FERRERA - LICHTENSTEIN - REDER - AUGUST - SCHIASO, "Cyberlaw: Text and Cases", Southwestern College Publishing, 2001, p. 206.

nous amènent à la conclusion que les garanties de la *ECPA* ne sont pas susceptibles d'exclure la possibilité d'utilisation abusive de la part de la FBI<sup>794</sup>.

Pire encore, d'autres méthodes de surveillance électronique, gravement attentatoires à la vie privée, restent en dehors des limites de la loi. C'est le cas de *Magic Lantern*<sup>795</sup>, et, bien sûr, du système ECHELON, qui n'a jamais été reconnu par le gouvernement américain, malgré les indices forts concernant son existence.

Donc, l'explication d'une protection insuffisante à l'encontre de tels moyens d'investigation peut résider, à notre avis, dans l'absence de régimes spécifiques de surveillance informatique, qui est plutôt considérée comme un type particulier d'interception de télécommunications. C'est pourquoi il y a une tendance à soumettre cette première aux dispositions régissant cette dernière, au lieu de prévoir un cadre qui lui est propre. Cependant, le raisonnement justifiant un tel choix législatif ne nous semble pas pertinent, étant donnés les inconvénients apparents d'une surveillance informatique généralisée, ainsi que les spécificités temporelles et géographiques de l'environnement informatique.

Et pourtant, c'est ce choix que le législateur américain a fait. En droit italien, nous trouvons la même solution, l'article 266 bis du CPP étendant le champ d'application du régime d'interceptions téléphoniques aux interceptions des communications informatiques. Le droit anglais ne diffère pas non plus, malgré l'introduction récente d'une loi spécifique sur les interceptions et les surveillances (*RIPA 2000*). Certes, le RIPA prévoit de manière explicite l'obligation de *ISPs* à installer des systèmes susceptibles de permettre aux autorités de surveiller des communications de personnes utilisant leurs services<sup>796</sup>, mais la Partie I du RIPA ne distingue pas entre interceptions des télécommunications et surveillances informatiques (il ne prévoit qu'une procédure pour ces deux types d'interceptions).

Or, c'est la même absence d'un régime propre aux surveillances informatiques que nous constatons toujours. Quoi qu'il en soit, on pourrait justement se demander pourquoi nous

---

<sup>794</sup> Voir à cet égard P. GEORGITON, *op. cit.*, p.1844.

<sup>795</sup> Voir *Woo et So*, qui proposent que le Congrès américain devrait passer une loi spécifique sur le *Magic Lantern* et autres *key logger programs*. C. WOO - M. SO, "The Case for Magic Lantern: September 11 Highlights the Need for Increased Surveillance", *Harvard Journal of Law & Technology*, vol. 15, n° 2, Spring 2002.

<sup>796</sup> Voir, à cet égard, T. PALFREY, "Surveillance as a response to crime in cyberspace", *Information & Communications Technology Law*, vol. 9, n° 3, 2000, p. 173 en p. 178.

n'avons pas posé la question de la légitimité des surveillances informatiques avant même d'attaquer la question concernant l'existence d'une réglementation détaillée ou non. La réponse se trouve tout simplement dans l'assimilation de surveillances informatiques aux interceptions classiques que nous venons de décrire. À partir du moment où les interceptions des correspondances étaient considérées légitimes dans la totalité des droits étudiés, *mutatis mutandis* les surveillances informatiques ne pourraient qu'être considérées légitimes aussi. Cela étant, la question est de savoir si la réalisation d'une telle surveillance est soumise à certaines règles susceptibles de garantir le droit à la vie privée de la personne surveillée.

Donc, le raisonnement est le même soit qu'il s'agisse des interceptions traditionnelles soit qu'il s'agisse des surveillances informatiques. Des pratiques arbitraires d'interceptions téléphoniques sont sans doute nuisibles au droit à la vie privée tel qu'il est décrit dans la CEDH et la jurisprudence de Strasbourg. *A fortiori* des pratiques arbitraires des surveillances informatiques ne peuvent que constituer une ingérence injustifiable avec le même droit. Cela étant, l'absence d'un encadrement législatif de surveillances informatiques similaire à celui qui existe pour les interceptions téléphoniques est inacceptable. À notre avis, si nous acceptons que l'Etat puisse s'introduire dans l'*informational privacy* de la personne et qu'il puisse surveiller ses actions au sein de l'environnement informatique, il faut que ça soit dans des conditions exceptionnelles, explicitement prévues par la loi et dans le respect des principes directeurs du procès pénal. Nous pensons notamment que la légitimation de surveillances informatiques impose une interprétation des principes de nécessité, proportionnalité et responsabilité beaucoup plus stricte que celle donnée par la Cour européenne, relativement aux interceptions téléphoniques, aujourd'hui.

C'est le droit belge qui semble le plus aller dans cette direction, comme l'introduction d'une loi du 28 novembre 2000 le démontre. En prévoyant des mesures de surveillance informatique explicites, comme le repérage et l'identification des communications numériques, l'interception (*ex nunc*) et la recherche informatiques (*ex tunc*), la saisie des données informatiques et la réquisition des tiers, et en réglementant en détail leur mise en oeuvre, le droit belge se montre conscient des particularités du monde numérique<sup>797</sup>.

---

<sup>797</sup>. Pour une analyse détaillée de la loi belge voir C. MEUNIER, "La loi du 28 novembre 2000 relative à la criminalité informatique ou le droit pénal et la procédure pénale à l'ère numérique", *Revue de Droit Pénal et de Criminologie*, vol. 18, 2001, 611.

Or, ce n'est pas une telle conscience dont font état les divers droits étudiés à l'égard de toute forme de surveillance électronique, soit surveillance des locaux soit surveillance informatique. Notre étude sur ces surveillances, même si moins détaillée que l'étude de surveillances traditionnelles, fait preuve d'un manque de cohérence dans la réglementation des surveillances électroniques. La Cour européenne et la jurisprudence constitutionnelle des divers droits étudiés sont restées concentrées sur la question des écoutes téléphoniques, ce qui a conduit à un fort encadrement législatif de cette méthode d'investigation criminelle<sup>798</sup>. *Ex contrario*, le fait que les surveillances électroniques n'aient occupé les tribunaux constitutionnels et supranationaux que très rarement peut offrir une explication pertinente à ce manque de cohérence que nous venons de constater.

## Conclusion

Deux constats principaux ont été faits par rapport aux interceptions :

- i. Les interceptions sont un mode de preuve très efficace (rapide et sûr).
- ii. Elles sont attentatoires aux libertés.

Deux intérêts contradictoires sont alors en jeu : *l'efficacité du procès ou bien la protection de la vie privée*. Des efforts de conciliation existent cependant. Les interceptions sont, enfin, explicitement prévues par la loi dans la totalité des droits que nous venons d'étudier. Elles sont autorisées par des personnes qui jouissent de l'autorité judiciaire et l'autorisation doit obligatoirement avoir un contenu donné, décrit dans la loi. Les interceptions sont également limitées à certaines infractions, ne sont commises qu'à l'encontre de certaines personnes et pour lesquelles ils existent des indices graves ou sérieux qu'elles ont commis les infractions qui font l'objet d'investigations et ne sont valides que pour une certaine période. En outre, la loi impose le respect des principes de proportionnalité et subsidiarité. Enfin, les procédures irrégulières sont sanctionnées par l'intermédiaire de nullités ou par l'exclusion de preuves obtenues lors de leur déroulement.

---

<sup>798</sup>. Voir *infra* "conclusion".

*Légalité, nécessité, proportionnalité* sont les principes qui régissent les procédures des surveillances et écoutes dans les droits étudiés. Il en découle une grande influence de la Convention européenne, étant donné que ce sont les principes mentionnés ci-dessus qui constituent l'essence de la jurisprudence de Strasbourg relevant de l'article 8 de la CEDH.

Toutefois, ce ne sont pas que les droits des pays européens qui font preuve d'une adaptation de ces principes internationaux des droits de l'homme. Ainsi, les Etats-Unis et le Canada disposent des procédures de surveillances qui n'adhèrent pas moins aux principes de légalité, nécessité et proportionnalité. La différence réside dans le fait, qu'à cause de l'absence, dans l'espace nord-américain, d'une convention internationale d'application aussi étendue que celle de la CEDH, c'est à la constitution d'inspirer la respectabilité des principes libéraux.

Cela ne signifie pas que la Constitution ne joue pas un rôle important dans l'implantation des principes libéraux dans les droits européens. Tout au contraire, le droit à la vie privée est un droit traditionnellement protégé dans les constitutions européennes. Tout simplement, il y a une interaction entre la constitutionnalisation, d'une part, et la conventionnalisation, d'autre part, dans les pays à tradition constitutionnelle forte.

La conventionnalisation/ constitutionnalisation de droit de preuve au sein des surveillances et écoutes

La conventionnalisation/ constitutionnalisation de droit de preuve étant analysée dans une autre partie, il est particulièrement intéressant de mettre en œuvre ci-dessous les apparences de ce phénomène au sein des surveillances et écoutes. Nous avons déjà observé une adhésion générale des régimes de surveillances aux principes conventionnels et constitutionnels ; il s'avère plus important d'expliquer les raisons de cette adhésion. Il faut donc se concentrer sur la façon particulière de développement du phénomène de conventionnalisation/ constitutionnalisation des surveillances et écoutes au sein de chaque pays étudié.

L'examen des procédures des interceptions, dont disposent les pays d'Amérique du Nord ainsi que la Belgique, l'Espagne, l'Italie et le Portugal démontrent une constitutionnalisation à caractère dominant. Aux Etats-Unis, où le droit à la vie privée n'est pas prévu de manière explicite dans le *Bill of Rights*, la permissivité des interceptions a été examinée au sein du

4<sup>ème</sup> Amendement, qui protège la personne à l'encontre des perquisitions et saisies non-raisonnables. Ainsi, dans un premier temps, la Cour Suprême<sup>799</sup>, en ne reconnaissant pas les interceptions comme un mode de perquisition, les considérait, en effet, légitimes, malgré l'absence de toute réglementation. Ce n'est qu'après l'assimilation, par la Cour Suprême, des interceptions avec les perquisitions et l'extension de l'application de 4<sup>ème</sup> Amendement en dehors des limites de la théorie de *trespass*.<sup>800</sup> que le Congrès américain a adopté le *Omnibus Crime Control and Safe Streets Act 1968*. De même, s'il y a une violation de cette législation spécifique sur les interceptions et les surveillances, c'est la règle d'exclusion constitutionnelle (*exclusionary rule*) qui s'applique directement, constituant ainsi un remède à l'encontre des ingérences au droit implicite au respect de la vie privée.

Concernant le droit canadien, il suffit de citer le fameux arrêt *R. v Duarte* selon laquelle "avec le mécanisme d'autorisation préalable, le législateur a su satisfaire à la norme élevée fixée par la Charte". Il n'est pas moins caractéristique que des preuves obtenues par l'intermédiaire des surveillances explicitement permises en vertu du Code Criminel peuvent être finalement exclues par le biais de l'article 24(2) de la Charte.

En Belgique, la nouvelle Constitution du 17 février 1994 sanctionne l'inviolabilité du domicile (article 15) et du secret des lettres (article 29) ainsi que le droit au respect de la vie privée et familiale (article 22 alinéa 1<sup>er</sup>), à la seule exception des ingérences qui seraient prévues dans la loi et nécessaires à la réalisation d'un but social donné. Avant la Constitution de 1994, il n'y avait pas de réglementation propre aux interceptions des conversations téléphoniques. Toutefois, la Loi du 30 juin 1994, est venu couvrir cette lacune juridique et a mis en œuvre un régime d'interceptions en conformité avec les commandements constitutionnels.

La Constitution espagnole garantit également, de manière expresse, la vie privée (article 18), qu'elle précise comme le droit à l'honneur, l'intimité personnelle et familiale (alinéa 1<sup>er</sup>), l'inviolabilité du domicile (alinéa 2<sup>ème</sup>) et le secret des correspondances (alinéa 3<sup>ème</sup>). En Espagne, ce sont les dispositions du Code de Procédure Pénale qui réglementent les interceptions, ce qui fait preuve d'une constitutionnalisation de la procédure pénale elle-

---

<sup>799</sup> Voir *Olmstead v United States* 277 US 438 (1928), qu'était la première affaire d'interception à être examinée par la Cour Suprême.

<sup>800</sup> Voir *Silverman v United States*, 365 US 505 (1961); *Katz v United States* 389 US 347 (1967).

même. Finalement, la protection de la personne à l'égard des interceptions n'est pas purement théorique. L'article 11 de la Loi organique du pouvoir judiciaire interdit de prendre en compte les preuves obtenues en infraction des droits fondamentaux. Ainsi, les preuves ne doivent pas être obtenues en violation du domicile, de l'intimité de la personne ou en violation du secret des communications<sup>801</sup>. Plus important encore, la jurisprudence de la Cour Suprême espagnole établit que "même si l'interdiction d'estimer en jugement des preuves obtenues en violation des droits fondamentaux substantiels n'est pas inscrite dans un précepte constitutionnel qui l'impose explicitement...elle constitue une garantie objective et implicite dans le système des droits fondamentaux dont l'application et la position préférentielle, dans un Etat de Droit qu'instaure la Constitution espagnole, exigent que les actes qui les violent manquent d'efficacité probante dans le procès<sup>802</sup>". De cette façon, la Cour Suprême a donné une valeur constitutionnelle à la règle d'exclusion de preuves obtenues en violation des droits fondamentaux constitutionnels.

Une telle règle apparaît déjà dans la Constitution portugaise (article 32-8), qui protège le domicile, le secret de la correspondance et les autres moyens de communication privée dans l'article 34-1. Enfin, la Constitution italienne sanctionne, de la même manière, le droit à la vie privée dans l'article 15 de la Constitution, qui a conduit à l'encadrement par le Code de Procédure Pénale des dispositions spécifiques susceptibles de garantir la légitimité de toute interférence avec ce droit constitutionnel.

En droit allemand, la Loi fondamentale garantit dans l'article 10 alinéa 1<sup>er</sup> "le secret de la correspondance, des envois postaux et des télécommunications", mais c'est l'alinéa 2 qui a attiré l'attention de la Cour Européenne. Cet alinéa prévoit, entre autres, qu'il n'est pas nécessaire de donner avis de la réalisation d'interceptions à la partie intéressée. La Cour constitutionnelle allemande, pour sa part, a interprété cette disposition comme signifiant que l'autorité compétente n'est tenue d'informer l'intéressé de la mesure de surveillance prise à son égard que dans le cas où la notification pourrait lui en être faite sans compromettre son but<sup>803</sup>. C'est la question de la conformité de cette disposition et de son interprétation constitutionnelle

---

<sup>801</sup>. Voir, à ce propos, les décisions de la Cour Constitutionnelle STC 114/ 1984 du 29 novembre 1984 et STC 107/ 1985, citées par V. BÜCK, "L'influence des Cours constitutionnelles sur la politique pénale. Étude comparée France/ Espagne, Thèse de doctorat, Université de Paris I, direction M. DELMAS-MARTY, 14 janvier 2000, p. 296.

<sup>802</sup>. Voir Rapport espagnol pour le Corpus Juris, 1997, p. 810.

<sup>803</sup>. Voir arrêt de la Cour constitutionnelle du 15 décembre 1970 cité par P. KAYSER, *op. cit.*, p. 33.

avec l'article 8 de la CEDH que les cinq requérants dans l'affaire *Klass c. République Fédérale d'Allemagne* ont posé. Il en résulte *a priori* une contradiction entre constitutionnalisation et conventionnalisation de droit allemand. Toutefois, la Cour Européenne a considéré que "l'absence de notification consécutive [n'était] pas incompatible avec l'article 8 de la Convention, puisque, souvent, la notification est condition de l'efficacité de la mesure de surveillance<sup>804</sup>". De plus, la Cour a estimé que la législation allemande sur les interceptions était conforme dans sa totalité avec les prescriptions de la CEDH.

On pourrait donc en arriver à la conclusion que la conventionnalisation du régime d'interceptions dans les droits européens susvisés - c'est à dire leur mise en conformité avec le texte de l'article 8 de la CEDH - a été inspirée par le simple fait d'adhérer à la Convention Européenne, par le biais d'une constitutionnalisation parallèle à l'intérieur de ces droits nationaux. Cela peut s'expliquer par le fait que ces mêmes pays jouissent d'une tradition forte de protection constitutionnelle des libertés fondamentales de la personne, qui peut avoir comme conséquence ultérieure que la conventionnalisation de droit devient de nature subsidiaire.<sup>805</sup>

Par contre, il est tout à fait normal que la conventionnalisation de droit ait une importance primordiale dans les pays où les libertés personnelles ne sont pas directement protégées par la Constitution et, bien évidemment, dans des pays caractérisés par l'absence d'une constitution écrite. Ce sont, en particulier, les cas des droits français et anglais qui démontrent la pertinence de cette constatation.

Le droit à la vie privée n'est pas prévu dans la Constitution française. Cela peut probablement expliquer pourquoi "depuis le XIXe siècle, les écoutes...sont une réalité<sup>806</sup>". En fait,

---

<sup>804</sup>. *Klass c. République Fédérale d'Allemagne*, *op. cit.* et L.E. Pettiti, E. DECAUX, P. IMBERT, "La Convention Européenne des Droits de l'Homme: Commentaire article par article", *Economica*, 2<sup>ème</sup> édition, 1999, p. 313.

<sup>805</sup>. Toutefois, même si la constitutionnalisation est à caractère dominant dans les pays qui jouissent d'une protection constitutionnelle du droit à la vie privée, elle n'est pas absolue, la conventionnalisation de droit restant subsidiaire, mais pas moins importante. A cet égard, il faut observer que le gouvernement allemand a voté, le 13 décembre 1978, "exactement trois mois après la décision de la Cour EDH", dans l'affaire *Klass*, "une loi portant réforme des interceptions téléphoniques", même si la Cour avait considéré que le régime allemand était en accord avec les principes inhérents à l'article 8 de la CEDH. De la même manière, cette affaire de la Cour européenne, a eu, "des répercussions indirectes, puisque certains Etats, [ont] adapté leur droit sans même avoir fait l'objet d'une décision européenne mais seulement en s'appuyant sur l'exemple *Klass*". Voir C. SILVESTRE, *Le rôle régulateur de la Cour européenne des droits de l'homme sur les droits pénaux internes*, Thèse pour le Doctorat en Droit - nouveau régime en Droit Privé et Sciences Criminelles, Aix-Marseille III, 1995, pp. 81-82.

<sup>806</sup>. Voir C. GUERRIER, "Les écoutes téléphoniques", CNRS Droit, Paris, 2000, p. 50.

l'absence de protection constitutionnelle semble être à la base d'un silence de la loi absolu sur la dialectique des interceptions, qui a perduré lors de la plus grande partie de la XXe siècle. Ceci étant, la jurisprudence a essayé de combler la lacune juridique. La Cour de cassation s'est notamment prononcée sur leur licéité, en examinant des recours de nullité exercés par des prévenus-victimes des surveillances. À cet égard, la Cour de Cassation admet, dans un premier temps, que les écoutes ayant lieu avant l'inculpation et sous la condition qu'il n'y a pas de provocation, sont licites<sup>807</sup>. Par contre, elle condamne la pratique des écoutes survenant postérieurement au moment de l'inculpation<sup>808</sup>.

Toutefois, l'arrêt *Tournet*<sup>809</sup>, où la Cour de Cassation a reconnu le caractère licite des écoutes même après l'inculpation du prévenu, constitue un véritable revirement de la jurisprudence. La doctrine, pour sa part, à la suite de ladite décision de la Cour de Cassation, est divisée, la position dominante étant en faveur de pouvoir du Juge d'Instruction d'ordonner des écoutes téléphoniques. Quoi qu'il en soit, le plus important est que les deux positions reconnaissent la nécessité d'instituer une loi spécifique sur les écoutes et les interceptions. Dans cette perspective, *Pradel*, qui représente la doctrine dominante, souligne que "la référence allemande peut servir de modèle<sup>810</sup>". De même, *Di Marino*, en supportant la position minoritaire, demande que la France se conforme à la CEDH<sup>811</sup>.

Les appels doctrinaux ont sensibilisé le pouvoir exécutif et, en 1981, une commission d'étude sur les écoutes téléphoniques a été instituée<sup>812</sup>. Cette dernière a clôturé ses travaux en proposant la création d'un régime légal d'interceptions des télécommunications. Néanmoins, même si un projet de loi a été déposé en 1983, ce n'est qu'après la condamnation de la France par la Cour européenne en 1990 que des initiatives ont été entreprises. En particulier, la Cour a estimé dans les affaires *Kruslin*<sup>813</sup> et *Huvig*<sup>814</sup> que "la procédure [d'écoutes] [était] insuffisamment protectrice<sup>815</sup>". La France a donc été obligée de voter une loi relative aux

<sup>807</sup>. Voir également M. CHAMBON, "Le Juge d'Instruction, Théorie et pratique de la procédure", 4ème éd., Dalloz, 1997.

<sup>808</sup>. Voir Cass., 12 juin 1952, JCP, 1952, II 7241 note BOUCHOT, S 1954, I 69, note Legal ; 18 mars 1955, JCP, 1955 II 8909, note ESMEIN ; D 1955, 573, note SAVATIER citées par C. GUERRIER, *op. cit.*, p. 29. Voir, également, arrêt de la Cour de Cassation dans l'affaire *Mandel* cité par C. GUERRIER, *ibidem*.

<sup>809</sup>. Cass., 9 octobre 1980, Bull. n° 255, D 1981, p. 332, note PRADEL, JCP 191, II 19578, note DI MARINO.

<sup>810</sup>. Cass. 9 octobre 1980, *ibidem*.

<sup>811</sup>. Pour cette controverse doctrinale, voir en détail par C. GUERRIER, *op. cit.*, pp. 30-34.

<sup>812</sup>. Commission *Schmelck*.

<sup>813</sup>. Arrêt de 24 avril 1990, D. 1990, P. 353, notes PRADEL.

<sup>814</sup>. *Ibidem*.

<sup>815</sup>. Voir C. GUERRIER, *op. cit.*, p. 37.

écoutes et surveillances. Comme l'observe Guerrier, "la France [devait] respecter la hiérarchie des normes, se mettre en concordance avec la jurisprudence de la CEDH, en cohérence avec l'état des droits des autres pays membres de la Communauté européenne qui ont été contraints de réagir devant la jurisprudence de la CEDH, émanation du Conseil d'Europe<sup>816</sup>". Cela étant et étant donné la réticence de la jurisprudence française à imposer la conformité avec le principe de légalité, il est bien évident que le régime propre aux écoutes, qui a été enfin institué en France avec la loi de 10 juillet 1990, a été la conséquence immédiate de la condamnation de la France dans les affaires susmentionnées<sup>817</sup>.

Force est de constater la même constitutionnalisation de la preuve d'interceptions des télécommunications de l'autre côté de la Manche. En Angleterre, comme en France, la législation sur les écoutes et les surveillances n'est apparue qu'après une condamnation de Strasbourg. En particulier, "jusqu'en 1985, il n'y avait pas un régime légal clair réglementant l'interception des communications en Grande-Bretagne<sup>818</sup>". Malgré tout, les interceptions étaient couramment pratiquées et les seules conditions de validité étaient décrites dans des *rules of practice*, émanant du Secrétaire d'Etat. Toutefois, ces règles informelles n'avaient pas de force légale et n'ont été publiées que dans le rapport d'une Commission de *Privy Councilors* en 1957<sup>819</sup>.

Cela étant, la condamnation de Grande-Bretagne par la Cour Européenne dans l'affaire *Malone*<sup>820</sup> n'a pas constitué une surprise. En particulier, la Cour - saisie de la conformité à l'article 8 d'une écoute téléphonique - a conclu que "le droit anglais et gallois [n'indiquait] pas avec assez de clarté l'étendue et les modalités d'exercice du pouvoir d'appréciation des autorités et que, par conséquent, l'ingérence de l'autorité publique dans l'exercice du droit du requérant au respect de sa vie privée et de sa correspondance [n'était] pas prévue par la loi, comme l'exige le paragraphe 2 de l'article 8<sup>821</sup>".

---

<sup>816</sup> C. GUERRIER, *op. cit.*, p. 67.

<sup>817</sup> Voir à cet égard J. PRADEL – A. VARINARD, "Les grands arrêts de droit criminel : le procès – la sanction" Procédure pénale".

<sup>818</sup> D. FELDMAN, "Civil Liberties and Human Rights in England and Wales", Second edition, Oxford University Press, 2002, p. 660.

<sup>819</sup> Voir Report of the Committee of Privy Councilors Appointed to Inquire into the Interception of Communications, Cmd. 283, London, HMSO, 1957 cité par D. FELDMAN, *op. cit.*, p. 660.

<sup>820</sup> Arrêt de 2 août 1984, Series A, N°82, (1984) 7 EHRR 14.

<sup>821</sup> *Malone v UK*, *op. cit.*, para. 79 cité P. Kayser, *op. cit.*, p. 38.

À la suite de cette condamnation, un *white paper*, examinant le régime des interceptions a été produit et, le 25 juillet 1985, le *Interception of Communications Act* a été adopté par le Parlement anglais. L'influence majeure de la CEDH est reconnue par tous les auteurs<sup>822</sup>. Toutefois, le régime adopté présentait des lacunes considérables, ce qui a conduit à de nouvelles condamnations de la Grande-Bretagne à Strasbourg. En 1997 et après le dépôt à Strasbourg d'une requête par *Khan*, dont le recours a été rejeté par le *House of Lords*<sup>823</sup>, le gouvernement anglais, en prévoyant une nouvelle condamnation pour violation de l'article 8, a introduit le *Police Act 1997*, qui dans *Part III* réglementait le pouvoir d'accès à des bâtiments résidentiels afin d'exécuter une surveillance<sup>824</sup>. Or, il s'agissait uniquement de surveillances qui impliquaient des intrusions dans la propriété. Par contre, les surveillances en dehors des limites de la propriété n'étaient pas couvertes par la loi et, par conséquent, restaient ouvertes à des abus potentiels. De même, ni le régime sous le *Interception of Communications Act 1985* ni le *Police Act 1997* ne concernaient l'interception des correspondances émises par les systèmes des télécommunications *privées*. Celui-ci a d'ailleurs conduit à une nouvelle condamnation de Grande Bretagne par la Cour Européenne dans l'affaire *Halford*<sup>825</sup>. L'émergence de cette jurisprudence européenne a finalement obligé le gouvernement anglais à procéder à l'adoption d'une nouvelle législation très détaillée<sup>826</sup> qui couvre - en ne s'y limitant pas cependant - les interceptions classiques et qui s'étend aux surveillances ne commettant aucune intrusion dans la propriété et même aux surveillances humaines dissimulées.

L'évolution du droit anglais sur les interceptions et les surveillances démontre une conventionnalisation dominante, fortement révélatrice d'une conventionnalisation générale du droit de preuve. C'est la même conventionnalisation que nous avons identifiée en droit français. On peut expliquer cela par l'absence de protection constitutionnelle explicite du droit au respect à la vie privée dans les droits français et anglais. Notre raisonnement est par ailleurs confirmé par le constat que dans les pays avec une forte tradition de protection

<sup>822</sup> Voir, par exemple, D. FELDMAN, *op. cit.*, p. 661, C. GUERRIER, *op. cit.*, pp. 66-67, P. Kayser, *op. cit.*, p. 38.

<sup>823</sup> *Khan v UK* [1997] AC 558.

<sup>824</sup> Voir, à cet égard, J. R. SPENCER - « The English System » in « European Criminal Procedures », édité par M. DELMAS-MARTY - J. R. SPENCER, Cambridge Studies in International and Comparative Law, Cambridge University Press, 2002, p. 189 - qui observe que « la réponse législative immédiate à l'affaire *Khan* était Part III du *Police and Criminal Evidence Act 1997* ».

<sup>825</sup> *Halford v UK*, (1997) 24 ECHR 523. Voir aussi A. ARNOLD - G. BURNETT-HALL, "Snooping in the e-commerce age", *Solicitors Journal*, 26 May 2000, p. 486.

<sup>826</sup> *Regulation of Investigatory Powers Act 2000*.

constitutionnelle de la vie privée, la conventionnalisation de droit de preuve semble être subsidiaire à une constitutionnalisation parallèle et dominante.

Quoi qu'il en soit, la constitutionnalisation/ conventionnalisation du droit procédural ne peut être ignorée, et l'on pourrait parler d'une tendance forte à démocratiser et libéraliser le droit, d'une tendance à garantir les droits fondamentaux sans sacrifier, autant que possible, l'intérêt social à l'investigation efficace des crimes. La question est de savoir si ce phénomène de constitutionnalisation/ conventionnalisation est absolu ou s'il y a d'autres facteurs limitant son étendue.

### **L'effet de la « généralisation » de l'application du droit d'exception**

Certes, la constitutionnalisation/ conventionnalisation du régime de preuves obtenues par l'intermédiaire d'interceptions des correspondances a monopolisé jusqu'ici notre discussion. Toutefois, il faut faire attention à ne pas généraliser. La constitutionnalisation/ conventionnalisation n'est pas nécessairement un phénomène à effet absolu.

En effet, il faut d'abord souligner que cette constitutionnalisation/ conventionnalisation n'a été observée que relativement au régime d'interceptions des correspondances. Certes, notre étude comparée démontre une cohérence exceptionnelle des législations étudiées, dont les racines se trouvent - nous l'avons bien constaté - dans la jurisprudence des cours constitutionnelles et nationales ainsi que dans la jurisprudence de la Cour européenne<sup>827</sup>.

Néanmoins, il n'est pas moins évident qu'aucune constitutionnalisation/ conventionnalisation n'aurait été reconnue si nous avions limité nos recherches aux méthodes des surveillances plus modernes, comme les surveillances des locaux privés par des procédés technologiques considérablement avancés ou les surveillances informatiques. Et pourtant, ce sont ces procédés de surveillance que les agences d'application de la loi semblent désormais préférer utiliser dans le combat d'une criminalité moderne, difficilement identifiable, mais surtout dans le combat d'un terrorisme, qui menace, de manière plus explicite que jamais, les structures de base de nos sociétés libérales.

---

<sup>827</sup>. Pour les pays qui ont adhéré à la CEDH.

En réalité, c'est notre liberté qui semble être la plus menacée - sur le plan collectif et à long terme - par la maintien d'un état d'urgence qui peut suivre des attentats aux effets dramatiques, comme, bien évidemment, les attentats de 11 septembre. L'exemple est offert par le droit américain lui-même. Le USA PATRIOT ACT, qui a été signé par G. Bush et qui est entré en vigueur le 26 octobre 2001, vise à protéger les Américains de manière efficace contre les effets catastrophiques du terrorisme. Cependant, la simple lecture des titres principaux de cette loi révèle que cette protection ne peut être garantie que si les limites de droit commun sont surpassées. Les attentats terroristes légitimant la continuation d'un état d'urgence, des moyens d'investigation exceptionnels sont justifiés. C'est ce raisonnement qui se dégage des dispositions spécifiques du PATRIOT ACT. Toutefois, qui dit exceptionnel, dit absence de garanties juridiques. C'est d'ailleurs la causalité entre absence de "garanties/obstacles à l'efficacité des investigations et efficacité" qui impose l'application de règles exceptionnelles.

La question est donc de savoir dans quelle mesure l'application du droit d'exception reste "exceptionnelle", parce que une application très étendue peut apparemment compromettre tout régime de protection des droits constitutionnels et internationaux.

Pour reprendre l'exemple de droit américain, il suffit de se référer au Titre II du PATRIOT ACT, intitulé "procédures de surveillances renforcées". Bien évidemment, il ne s'agit pas d'un renforcement des garanties de droit à la vie privée des individus surveillés. Ce Titre II prévoit que des interceptions sont désormais possibles pour un plus grand nombre de crimes suspectés<sup>828</sup>, permet l'interception des communications provenant ou s'adressant à un ordinateur protégé<sup>829</sup> ainsi que l'interception des correspondances d'un individu qui change de moyens de communication (sans qu'il soit nécessaire que le mandat relatif décrive tous ces moyens<sup>830</sup>), autorise des mandats valides dans toutes les juridictions américaines, quelle que soit la juridiction où le mandat avait été originalement donné<sup>831</sup>, accroît le type d'information que le gouvernement peut demander aux fournisseurs de services d'internet et autorise, entre autres, la saisie de « voice mail » par simple mandat de perquisition<sup>832</sup>.

---

<sup>828</sup> Articles 201 et 202 de PATRIOT ACT.

<sup>829</sup> Article 217 de PATRIOT ACT.

<sup>830</sup> Article 219 de PATRIOT ACT.

<sup>831</sup> Articles 216 et 220 de PATRIOT ACT.

<sup>832</sup> Article 209 de PATRIOT ACT.

Ces modifications législatives du régime des surveillances sont "très souples", de telle sorte "qu'elles accroissent les pouvoirs du gouvernement au-delà de ce qui est nécessaire pour combattre le terrorisme<sup>833</sup>". Cependant, cette "généralisation" du droit d'exception peut conduire à la limitation du champ d'application de droit commun, ce qui peut signifier, tout simplement, un déclin dangereux des garanties juridiques.

Un tel déclin est apparemment l'inverse d'un phénomène de constitutionnalisation/conventionnalisation de droit. C'est notre deuxième constat concernant l'effet absolu de la constitutionnalisation/ conventionnalisation des régimes d'interceptions mis en évidence lors de notre recherche. En effet, *à ce phénomène de constitutionnalisation/ conventionnalisation de preuve par interceptions peut s'opposer une généralisation de l'application de droit d'exception.*

C'est le cas des Etats-Unis, comme nous venons de le constater. C'est également le cas du Canada où une loi anti terroriste C-36, survenue après les événements de 11 septembre, a introduit des mesures spécifiques de surveillance pour les infractions relatives au terrorisme. Toutefois, le problème est que le terrorisme est une notion large, difficilement définie, qui peut caractériser un nombre imprécis d'infractions. Apparaît, ainsi, le risque d'une caractérisation largement arbitraire.

Pire encore, le problème n'est pas limité à la législation propre au terrorisme. Même dans les régimes d'interceptions que nous avons présentées dans la première partie, il y a des dispositions spécifiques décrivant un régime *sui generis*, qui s'applique dans des cas exceptionnels. Nous citons l'exemple d'Espagne où des dispositions d'exception prévoient une procédure d'interceptions différente et propre aux infractions ayant un rapport avec les agissements d'éléments terroristes ou rebelles<sup>834</sup>. Pareillement, dans le droit portugais, pour les infractions de terrorisme et de crime organisé, c'est l'autorité chargée de l'investigation qui peut autoriser d'interceptions et cette autorisation peut être donnée même s'il n'y a pas d'indices. Finalement, des dispositions similaires, déroatoires au droit commun, existent en droit italien concernant le crime organisé.

---

<sup>833</sup>. Voir M. WONG, "Electronic Surveillance and Privacy in the United States after September 11 2001 : The USA PATRIOT ACT", *Singapore Journal of Legal Studies*, [2002] 214-270 et p. 224.

<sup>834</sup>. Voir, par exemple, l'article 579-4 CPP, qui définit que c'est le Ministre de l'intérieur ou le Directeur de la sûreté de l'Etat - au lieu d'un juge - qui peut autoriser une interception dans le cadre des investigations terroristes.

En résumant, nous pourrions arriver à un troisième constat. *Des régimes dérogatoires d'interceptions existent concernant le crime organisé et le terrorisme. Ces régimes sont caractérisés par une absence des garanties judiciaires inhérentes aux régimes communs d'interceptions. De plus, le crime organisé et le terrorisme sont des notions très larges susceptibles d'être adaptées à la presque totalité d'infractions graves. Il en résulte le risque probable que des régimes dérogatoires d'interceptions se substituent aux régimes de droit commun. Or, si cela est vrai, peu importe le phénomène de constitutionnalisation/ conventionnalisation d'interceptions ; il risque d'être privé d'effet..*

Quelle est la tendance dominante ? Cela reste à établir. Ce qui est sûr, cependant, c'est qu'à la constitutionnalisation/ conventionnalisation de la preuve par interceptions de correspondances s'oppose une "généralisation" de l'application du droit d'exception. Cette contradiction caractérise toute la procédure pénale ; elle démontre clairement que l'opposition entre l'intérêt étatique à la suppression d'infractions et l'intérêt de la personne à se voir garantir l'inviolabilité de ses droits fondamentaux est toujours présente au sein de la procédure pénale.

Vue *per se*, la légitimation des surveillances et interceptions - dictée par une efficacité supérieure à celle des autres méthodes d'investigation - traduit une double volonté: la volonté d'accélérer et de faciliter la recherche de la preuve et celle d'établir une vérité, non pas fondée sur des probabilités, mais scientifique; la preuve technologique garantissant que la découverte de la vérité conduira à une répression indispensable pour restituer la paix sociale, perturbée par la commission de l'infraction. Et l'on retrouve ici les deux objectifs du procès pénal: la célérité et la recherche de la vérité. Ces objectifs que l'on a présentés comme alternatifs, se trouvent ici cumulés : un procès plus rapide aboutissant à une vérité plus certaine.

Également, la reconnaissance de la preuve par interceptions participe de ce mouvement contemporain d'exaspération de la preuve. Face à une criminalité que l'on considère comme toujours plus complexe et difficile à cerner, la preuve se doit d'être rapide et sûre. On a alors l'impression que la preuve technique devient la reine des preuves. Devant des preuves aussi incontestables que ces preuves scientifiques, les autres preuves semblent désormais parfois inutiles et l'appréciation du juge reléguée au second plan.

Néanmoins, cette reconnaissance n'est qu'un compromis qui a résulté de la contradiction, continue et omniprésente, entre l'Etat et la personne. Ce compromis consiste en une légitimation qui est cependant soumise à des règles précises, dont le contenu est influencé par un phénomène de constitutionnalisation/ conventionnalisation de la procédure pénale en général et du droit de la preuve en particulier.

Cela étant, la recherche de la vérité est mise dans la balance avec la protection des droits fondamentaux pour l'obtention de la preuve. Un équilibre est possible *a priori*. Cependant, un tel équilibre semble être mis en cause par l'application toujours plus étendue du droit d'exception. Celui-ci revêt un sens nouveau, la nature exceptionnelle n'étant plus temporelle et ne concernant plus un champ d'application limité, mais signifiant plutôt un manque des garanties constitutionnelles et conventionnelles. Ainsi, nous pouvons observer un retour vers la recherche absolue de la vérité, ce qui peut choquer tous ceux qui restent fidèles aux grands énoncés des théories constitutionnelles et internationales des droits de l'homme.

Alors, à défaut d'une constitutionnalisation/ conventionnalisation des nouveaux procédés de surveillance et si les cours suprêmes nationales et internationales ne posent pas de limites infranchissables à l'élargissement injustifiable de l'application du droit d'exception, les interceptions et les surveillances pourraient, au prétexte de la recherche de la vérité, réduire ou même supprimer, notre liberté à nous développer à l'abri d'un Etat tout connaissant - tout surveillant. Et peut-être - dans un futur pas si lointain, nous le craignons - elles pourraient même attaquer notre liberté de penser. Qui peut d'ailleurs exclure entièrement la possibilité que la technologie permettra un jour de surveiller même la pensée humaine ? Et comment peut-on être certain qu'un "terrorisme" futur ne légitimerait pas le contrôle de la pensée de façon qu'un terrorisme mal défini aujourd'hui légitime une surveillance accrue de toute forme de communication humaine; de toute forme d'activité intime et personnelle ? En tout cas, si la personne se trouve envahie de toutes ses expressions humaines par une intervention étatique sans limites, que pourrait-elle faire d'autre que de se renfermer dans son cerveau ?

Nous appelons au secours les juges et les scientifiques, mais la personne aussi, qui se voit de plus en plus envahie dans sa sphère privée. *Une société de surveillance serait insupportable pour l'existence humaine.*

#### 4/ La preuve dans les procédures simplifiées

Fabia DE MELO E SILVA

##### Résumé :

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

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

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

##### 1° Les voies alternatives aux processus pénal

Ce mouvement de simplification est présent aussi bien dans les systèmes juridiques ayant adopté le principe de l'opportunité des poursuites que dans ceux ayant consacré le principe de la légalité des poursuites.

En principe, c'est l'autorité chargée de l'exercice des poursuites qui prend l'initiative de mettre en mouvement le mécanisme tendant à éviter le déclenchement du processus pénal classique. En particulier, qu'il s'agisse des pays de tradition romano-germanique ou des pays de Common law, les uns et les autres reconnaissent le procédé du «classement conditionnel de l'affaire». Ainsi, en Allemagne, le ministère public peut s'abstenir de mettre en mouvement l'action publique, avec l'accord de la juridiction compétente pour statuer sur l'affaire, en imposant certaines conditions à l'accusé qui doivent être exécutées dans un délai déterminé. En cas d'exécution, l'infraction ne peut plus être poursuivie. Le droit portugais comporte aussi une disposition analogue donnant au ministère public, si certaines conditions sont réunies, la possibilité de s'abstenir de l'exercice des poursuites avec l'accord du juge d'instruction. En France, la loi du 23 juin 1999, renforçant l'efficacité et la célérité de la procédure pénale, a consacré, dans un nouvel article 41-1 C. proc. pén. les différentes formes de classements sans suite, sous condition, dites aussi alternatives aux poursuites. Plus précisément, si le procureur de la République estime que l'une des mesures énoncées à l'article 41-1 C. proc. pén. peut assurer la réparation du dommage, mettre fin au trouble résultant de l'infraction ou contribuer au reclassement de son auteur, il peut y avoir recours, avant de se prononcer sur l'exercice de l'action publique. Ainsi, il peut procéder au rappel des obligations résultant de la loi, orienter l'auteur des faits vers une structure sanitaire, sociale ou professionnelle, demander à l'auteur des faits

de régulariser sa situation au regard de la loi ou de réparer le dommage résultant de l'infraction. On pourra constater que certains pays déterminent les infractions susceptibles de justifier le recours aux alternatives (Belgique, Portugal), tandis que d'autres laissent plus de liberté à l'autorité chargée de pourvoir (France, Allemagne qui prévoit le recours à cette procédure en cas de «faute légère»).

S'agissant des pays de «common law», on pourra signaler qu'au Royaume-Uni, la police peut classer une affaire, en adressant un «avertissement» à l'inculpé. Cependant, elle ne peut utiliser cette procédure que si elle dispose des preuves suffisantes de nature à fonder une poursuite et si l'individu reconnaît sa culpabilité.

Mais, en dehors de ces hypothèses où **l'autorité compétente impose à l'auteur des faits l'une des mesures alternatives aux poursuites**, les différentes législations ont institué des procédures de «**transaction**» entre le magistrat du parquet et le délinquant. Comme la doctrine l'a fait, à juste titre, observer, il s'agit d'un phénomène de contractualisation, par voie d'accord entre parquet et délinquant. Dans ces cas, il ne s'agit plus d'un acte discrétionnaire de la part du parquet. Ainsi, en Belgique, il existe la médiation pénale applicable à toutes les infractions qui, par leur nature, n'entraînent pas une peine d'emprisonnement supérieure à deux ans. Au Portugal, est prévue la «suspension provisoire de la procédure». On peut y avoir recours, lorsque l'infraction est punie d'une peine d'emprisonnement inférieure à cinq ans. Le ministère public peut utiliser cette procédure, avec l'accord du juge d'instruction, une fois que certaines conditions sont remplies, dont la première est l'accord de l'auteur de l'infraction.

En France, la loi du 23 juin 1999 a institué une procédure véritablement nouvelle dénommée la composition pénale. Celle-ci constitue une forme de transaction permettant au procureur de la République de proposer à une personne majeure qui reconnaît avoir commis certains délits ou contraventions, dont la liste est limitativement fixée par la loi, de se soumettre à l'exécution de certaines mesures présentant un caractère de sanction (art. 41-2 C. proc. pén.). Cette procédure, intermédiaire entre le classement sans suite, même conditionnel, et la poursuite, a été présentée, au cours des débats parlementaires, comme destinée à permettre une réponse judiciaire appropriée à certains délits et contraventions qui, en raison de leur nombre et de l'encombrement des tribunaux, ne pouvaient être poursuivis. La proposition de composition pénale doit émaner du procureur de la République ou d'une personne habilitée (délégué ou médiateur). Elle peut être portée à la connaissance de l'auteur de l'infraction par l'intermédiaire d'un officier de police judiciaire. L'intéressé est informé qu'il peut se faire assister d'un avocat avant de donner son accord et disposer d'un délai de dix jours. Une fois l'accord obtenu, le magistrat du parquet saisit par requête le président du tribunal de grande instance ou son délégué, aux fins de validation de la composition. Si le juge valide la composition, les mesures proposées peuvent être mises à exécution. L'exécution de ces mesures par l'auteur entraîne l'extinction de l'action publique. En cas de non-exécution ou de non-acceptation par l'intéressé, le magistrat du parquet apprécie la suite à donner à la procédure. Il est à noter que le projet de loi sur l'adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité élargit la liste des mesures restrictives de droits susceptibles d'être proposées. En outre, selon ce projet, les infractions, pouvant relever de cette procédure, sont déterminées non plus par référence à une liste limitative, mais par rapport à un seuil de peine encourue (délits punis à titre de peine principale d'une peine d'amende ou d'une peine d'emprisonnement d'une durée inférieure ou égale à cinq ans), étant toutefois précisé que la composition pénale serait applicable pour les contraventions de la cinquième classe. Enfin, la France connaît aussi la médiation. Dans cette dernière hypothèse, le procureur de la République peut faire procéder, avec l'accord des parties, à une mission de médiation entre l'auteur des faits et la victime (art. 41-1 C. proc. pén.).

A vrai dire, ce dernier système n'est pas sans rappeler certaines procédures canadiennes connues sous le nom de «négociation», «médiation» et «arbitrage». La particularité de ces procédures consiste dans le fait que victime et délinquant procèdent à des négociations directes, sans la participation du magistrat du parquet.

## 2° Les procédures simplifiées par la suppression de l'une des phases du procès pénal

On dit souvent que la phase préparatoire du procès pénal est incontournable. C'est vrai en ce qui concerne l'enquête. C'est moins vrai pour ce qui suit l'enquête.

La plupart des systèmes juridiques prévoient des procédures simplifiées **en cas de flagrant délit**. Dans cette hypothèse, l'auteur des faits est directement traduit devant la juridiction du jugement, la procédure étant alors amputée de la phase de l'instruction préparatoire. A cet égard, il est permis de faire observer que les législations française et belge ont adopté des procédures comparables, en ayant recours aux mécanismes de la convocation par procès-verbal et de la comparution immédiate. En Italie, il existe deux procédures qui permettent la traduction directe de l'accusé devant la juridiction de jugement. Il s'agit du jugement direct (cette procédure est déclenchée à la suite d'une arrestation pour flagrant délit) ou du jugement immédiat. Le Portugal applique aussi les mêmes principes. Une «procédure sommaire» est applicable en cas de flagrant délit, dont la peine encourue n'est pas supérieure à trois ans d'emprisonnement. On peut faire observer que toutes ces législations aurorent le prévenu à demander le report de l'audience, afin qu'il puisse consulter le dossier de la procédure et préparer utilement sa défense, ce qui est, d'ailleurs, imposé par l'article 6 §3-b Conv. EDH (tout accusé a droit à «disposer du temps et des facilités nécessaires à la préparation de sa défense»).

Mais en dehors de ces procédures qui sont amputées de la phase de l'instruction, il en existe d'autres ayant pour but de raccourcir **la phase même du jugement**, celle-ci étant **amputée de toute la partie probatoire**. Ainsi, le droit allemand prévoit une «procédure accélérée», lorsque le ministère public estime que l'affaire permet un débat immédiat en raison de la simplicité des faits ou de la clarté des preuves. Selon l'article 420 du StPO, l'audition d'un témoin, d'un expert ou d'un co-accusé peut être remplacée par la lecture du procès-verbal d'une audition antérieure, de même que par celle des actes authentiques qui contiennent une déclaration écrite émanant de ces personnes. En Italie, on parle du «jugement abrégé» qui intervient en l'état du dossier. Dans cette hypothèse, la procédure suivie devant l'audience ne peut donner lieu à un supplément de l'instruction, le juge devant se fonder sur les seuls actes accomplis au cours de l'enquête préliminaire pour rendre sa décision. Au Portugal, il existe aussi la «procédure abrégée» qui est applicable, lorsqu'il y a des preuves «simples et évidentes» et que l'infraction a été commise par un auteur déterminé. En Espagne, il existe la particularité suivante : dans l'hypothèse où l'«aveu» intervient au cours des débats, le président du tribunal demande au prévenu s'il considère comme nécessaire la poursuite de l'audience ; en cas de réponse négative, les débats sont immédiatement clos et le tribunal devra rendre son jugement.

Il faut bien reconnaître que la légitimité de toutes ces procédures, qui suppriment la phase probatoire et permettent au juge de statuer en fonction des éléments de preuve rassemblés au cours des enquêtes, est fort contestable, dans la mesure où le principe du contradictoire se trouve méconnu.

S'agissant des trois pays de common law (Royaume-Uni, Canada et Etats-Unis), certaines procédures simplifiées sont aussi prévues : le *guilty plea* qui peut être suivi de la procédure du *plea bargaining*. Le *guilty plea* consiste dans l'acceptation par l'accusé des charges que l'accusation présente à son encontre. L'autorité poursuivante est alors dispensée de son devoir de rapporter les preuves de l'accusation. Dans cette hypothèse, le tribunal supprime l'audience et prononce une condamnation. Le *plea bargaining* est l'accord réalisé entre la partie poursuivante et l'accusé, qui plaide coupable, sur la peine applicable. Ces procédures méconnaissent des garanties procédurales fondamentales, inhérentes à tout procès de nature contradictoire et équitable. L'accusation peut soutenir qu'elle possède des preuves à charge, alors que tel n'est pas le cas, afin de renforcer sa position lors des négociations. Le *plea bargaining* a un caractère secret, il y a «un manque de transparence qui embête à la fois le public et les accusés». Même le juge ne peut pas connaître les conditions dans lesquelles les négociations ont eu lieu, étant donné que la partie plaide coupable. Sans aucun doute, un tel système porte atteinte au principe de la présomption d'innocence, en entraînant des inégalités entre les justiciables. Il semble important de reconnaître à l'accusé au moins un droit d'accès au dossier de la procédure, assisté par son avocat, afin que le principe de l'égalité des armes puisse être respecté au moment des négociations.

Il est à noter qu'en France, le projet de loi relatif à l'adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, s'inspirant du système de «plaider coupable», prévoit une procédure simplifiée. En particulier, lorsque le procureur de la République estime devoir requérir une peine d'emprisonnement à l'égard d'une personne qui reconnaît sa culpabilité, il peut lui proposer l'exécution d'une ou

plusieurs peines principales ou complémentaires encourues. Si l'intéressé accepte, en présence de son avocat, les peines proposées, il serait aussitôt présenté devant le président du tribunal de grande instance (ou le juge délégué par lui) qui pourrait décider d'homologuer ces peines.

Enfin, il existe des procédures, selon lesquelles une décision peut être rendue sans la présence des parties, **la phase de l'audience publique étant alors supprimée**. La décision prononcée est notifiée à l'accusé, à qui est garanti le droit de faire opposition. Cette procédure est connue sous le nom de l'«ordonnance pénale». Les systèmes italien et allemand ont institué une telle procédure pour des infractions peu graves. Quant à la France qui connaissait une telle procédure en matière de contraventions (v. art. 524 et s. C. proc. pén.), la loi du 9 septembre 2002 a introduit une procédure analogue, applicable aux délits prévus par le Code de la route (art. 495 C. proc. pén.). Selon les législations de ces pays, le ministère public peut avoir recours à cette procédure, lorsqu'il résulte de l'enquête que les faits reprochés au prévenu sont suffisants pour permettre la détermination de la peine. Dans cette hypothèse, le magistrat du parquet saisit le tribunal (le président du tribunal [en France] ou le juge de l'enquête préliminaire [en Italie] ) qui statue, sans débats préalables, par une ordonnance pénale, portant relaxe ou condamnation à une peine d'amende (Italie, France) ou, le cas échéant, à une ou plusieurs des peines complémentaires encourues (France).

Enfin, il existe encore une autre procédure qui suit les mêmes principes que l'ordonnance pénale. Il s'agit de celle de l'amende forfaitaire qui est applicable, dans certains pays (France, Italie), en matière contraventionnelle.

H.M.

Selon le Professeur Jean Pradel, « la célérité doit avant tout être *justifiée*. » Pour lui, « « ...la célérité se fonde d'abord sur l'intérêt de l'opinion publique qui réclame un châtement rapide, surtout pour les infractions les plus graves. La célérité est également indispensable à une bonne obtention des preuves. Le Docteur Locard, célèbre expert français, disait : "Le temps qui passe, c'est la vérité qui s'enfuit." Enfin, la célérité va dans le sens de l'intérêt des justiciables : d'abord dans celui des victimes dont il faut hâter l'indemnisation (du moins dans les droits qui prévoient l'exercice de l'action civile devant le juge pénal) ; ensuite, dans celui des délinquants car les preuves à décharge sont, comme toutes preuves, plus malaisées à obtenir au bout d'un certain temps.<sup>835</sup> » ».

L'augmentation de la criminalité, l'engorgement des systèmes de justice et l'envie de sauvegarder la crédibilité des justiciables envers ces derniers ont entraîné dans les pays étudiés une succession de mouvements de réforme de la procédure pénale visant apporter plus de célérité dans le processus pénal.

Ces mouvements de réforme ont eu la lourde tâche d'établir un équilibre entre les demandes de célérité de la Justice Pénale et l'indispensable respect des droits fondamentaux, surtout de la présomption d'innocence et des droits de la défense. Cela signifie qu'une procédure très longue ne peut pas être considérée comme équitable, tout comme un procès rapide caractérisé par la méconnaissance des garanties procédurales.

Parmi ces garanties, il y a le droit pour l'accusé d'avoir sa cause entendue dans un délai raisonnable, garantie dotée d'une protection internationale. Il faut remarquer que dans le panorama régional des pays concernés par cette étude, la Convention Européenne (art. 6-1 de la CESDH), aussi bien que la Convention Interaméricaine des Droits de l'Homme (art. 8 de la CIDH) le reconnaissent comme une garantie du procès équitable.

Dans la sphère nationale, on constate que certains textes constitutionnels prévoient expressément cette garantie. Par exemple, la Constitution Portugaise, en son article 32-2, dispose que « tout prévenu est présumé innocent jusqu'à ce que sa condamnation soit devenue définitive. *Le jugement doit avoir lieu dans les plus brefs délais compatibles avec les garanties de la défense.* » Ou encore, la Constitution Espagnole, à l'art. 24-2, établit, entre

---

<sup>835</sup> La célérité de la procédure. In : Procédure pénale comparée dans les systèmes modernes : rapports de synthèse des colloques de l'ISIS. *Nouvelles Etudes Pénales*. n° 15, Ed. Erès, 1998p. 113.

autres, que « ...toute personne a le droit ... *d'avoir un procès public sans délai indu et avec toutes les garanties,...* »<sup>836</sup>.

Il existe également, dans l'Ordre juridique infra-constitutionnel des pays étudiés, de nombreuses dispositions légales envisageant la rapidité du processus pénale.

Ces dispositions peuvent utiliser trois moyens principaux pour réduire la durée du processus pénal : i) ou elles prévoient l'augmentation de la capacité du système de justice<sup>837</sup> ; ii) ou elles réduisent la sphère du droit pénal en dépénalisant certains comportements<sup>838</sup> ; iii) ou encore, et ce sont ces derniers qui nous intéressent particulièrement, elles apportent une simplification du processus pénal.

Deux raisons fondamentales communes à ces pays peuvent être identifiées et sont à l'origine des mouvements de réforme. La simplification de la procédure a été conçue comme un outil dans le but : i) d'une part, de participer à désencombrer la justice pénale ; ii) d'autre part, d'aboutir à la célérité de la procédure pénale et, par conséquent, de donner une réponse pénale dans un laps de temps plus court, ce qui permet de rendre plus crédible le système de justice.

Certains pays ont été encore motivés par d'autres soucis, comme par exemple, l'Espagne et l'Italie qui recherchent, à travers la simplification de la procédure, le consensus entre les

<sup>836</sup>. On peut citer encore les articles 7 et 11-b de la Charte Canadienne des droits et libertés ; le VIème Amendement américain ; l'art. 103, §1 de la Constitution Allemande ; l'art. 111 de la Constitution Italienne.

<sup>837</sup>. En Angleterre, par exemple, en 1948 il y avait environ 19.000 *magistrates* pour juger environ 671.000 affaires, alors que, en 1994, il y en avait presque 30.000 pour juger presque 2 millions. In : J.R. SPENCER. La célérité dans la procédure pénale en Angleterre. *Revue Internationale de Droit Pénal*, n°66, Ed. Erès, 1995, p. 413. La France a institué le « juge unique », dérogation à la règle générale de la collégialité. Recemment, la Loi n° 2000-1138 du 09/sept/02 a étendu la compétence du JU à tous les délits pour lesquels n'est pas encourue une peine d'emprisonnement, à l'exception des délits de presse (art. 398-1, alinéa 8). D'ailleurs, cette loi a créé une autre catégorie de juridiction siégeant à JU, appelée « juges de proximité » ; ce sont des magistrats non-professionnels avec une compétence pénale en matière contraventionnelle (certaines contraventions des quatre premières classes commises par les majeurs et les mineurs), et également, pour la validation des mesures de composition pénale décidées par le Parquet. Malgré les critiques, le Conseil Constitutionnel a considéré cette mesure conforme aux exigences du procès équitable.

<sup>838</sup>. En Angleterre, le Parlement a décriminalisé le suicide (en 1961) et les relations homosexuelles consensuelles entre majeurs (en 1967 et 1994). Par contre, l'Allemagne a dépénalisé les anciennes contraventions pénales, qui sont devenues infractions administratives, ou *Ordnungswidrigkeiten* (1968), sanctionnées par une autorité administrative. In : J. Pradel. La célérité de la procédure. In : Procédure pénale comparée dans les systèmes modernes : rapports de synthèse des colloques de l'ISIS. *Nouvelles Etudes Pénales*. n° 15, Ed. Erès, 1998, p. 116. V. *les affaires Özturc c. RFA.*, du 21/fév/1984 et *Bendemoun c. RFA.*, du 24/fév/1994. Pour la CEDH, cette procédure ne se heurte pas à la CESDH pour autant que l'intéressé puisse saisir de toute décision ainsi prise à son encontre un tribunal offrant les garanties de l'art. 6 de la CESDH.

parties dans le conflit pénal ; ou encore, le législateur portugais, qui considère que la simplification peut aussi minorer les effets stigmatisants de la procédure pénale traditionnelle.

Dans la plupart des pays, les procédures simplifiées sont applicables à la criminalité de masse – la petite et moyenne criminalité - identifiée en tant que telle, selon des critères variables d'un système à l'autre, et elles simplifient la procédure pénale, soit en établissant des voies alternatives à celle-ci (A), soit elles la simplifient à travers la suppression partielle d'une de ses phases (B).

#### A) Les procédures simplifiées par voies alternatives au processus pénal

Ce mouvement de simplification de la procédure est présent dans les systèmes qui adoptent le principe d'opportunité des poursuites, aussi bien, que dans ceux qui adoptent le principe de légalité.

Selon le Professeur Klaus Tiedemann, « le monde pénal reste divisé entre le principe de la légalité et celui de l'opportunité des poursuites » ; néanmoins, il constate que plusieurs Ordres juridiques ont tendance à flexibiliser le principe de légalité, ce qui lui semble logique, dans la mesure où « le maintien absolu du principe de légalité semble malhonnête étant donné que pratiquement tous les rapports nationaux se plaignent de la surcharge de la justice pénale, et du manque de personnel et d'équipements ».<sup>839</sup>

---

<sup>839</sup>. In: Rapport Général. *Revue Internationale de Droit Pénal*, n°64, p. 838.

1°) Les voies alternatives dont le déclenchement est fondé sur un pouvoir discrétionnaire de l'autorité des poursuites

Le procédé connu du classement sans suite est réalisé par les autorités chargées des poursuites (le Ministère Public, dans la plupart des systèmes ; aussi bien que l'autorité policière dans le système anglais), qui en recevant un procès verbal décide ne pas engager la poursuite. Cette procédure est constatée dans les pays de tradition romano-germanique (a), aussi bien que dans les pays de *common law* (b), comme est possible de constater par ces exemples.

a) Dans les pays de tradition romano-germanique

En **Allemagne**, le classement conditionnel de l'affaire est prévu à l'art. 153a du StPO, et est applicable en cas de « faute légère ». Lorsque sont réunies les conditions qui permettent au tribunal de renoncer à prononcer une peine, le Ministère public peut, avec l'accord du tribunal compétent pour les débats, s'abstenir de mettre en mouvement l'action publique en imposant certaines conditions à l'accusé, qui doivent être exécutées pendant un délai déterminé, à la fin duquel l'infraction ne peut plus être poursuivie comme délit.

Dans le cas d'une action qui a déjà été mise en mouvement, le tribunal peut, jusqu'au début des débats, avec l'accord du Ministère public et de l'inculpé, classer la procédure (art. 153b du StPO).

En **Belgique**, on parle de la transaction pénale (art. 216 bis du Code d'instruction criminelle). Elle relève de l'initiative du MP et est applicable à toutes les infractions punissables d'une amende ou d'un emprisonnement n'excédant pas cinq ans (contraventions et délits) dès que la poursuite n'a pas été engagée. C'est le Parquet qui fixe le montant de la somme à payer, les modalités et délai de paiement dans les limites établies par la loi. Si l'infraction a donné lieu à des frais d'analyse ou d'expertise, ces valeurs seront incluses dans la somme qui doit être payée et versée à l'organisme ou à la personne qui a réalisé cette étude. Le dommage causé

éventuellement à autre personne doit être entièrement réparé pour que la transaction puisse être proposée. Le paiement éteint l'action publique<sup>840</sup>.

En **France**, les classements sans suite conditionnels sont prévus à l'art. 41 du Code de procédure pénale qui a été introduit par l'art. 1<sup>o</sup> de la loi du 23 juin 1999. Cette disposition prévoit que le procureur de la République, préalablement à sa décision sur l'action publique peut décider d'imposer certaines mesures à l'auteur des faits si elles lui paraissent susceptibles d'assurer la réparation du dommage causé à la victime, de mettre fin au trouble résultant de l'infraction ou de contribuer au reclassement de l'auteur.

Ces mesures ne connaissent pas de domaine d'application particulier. En droit, elles peuvent être utilisées pour toutes les infractions, mais son application aux infractions graves est peu probable. Elles sont exécutées par le procureur de la République ou par un délégué du procureur. Cette procédure suspend le délai de prescription de l'action publique, et l'article ne prévoit pas que l'exécution fidèle des mesures imposées à l'auteur des faits importe extinction de l'action publique. L'auteur des faits n'est donc pas à l'abri de poursuites ultérieures<sup>841</sup>. Toutefois, il est à noter que, les membres du Parquet n'étant pas des juges, leur décision ne peut porter que sur le déclenchement de l'action publique et ne peut pas consister en une peine<sup>842</sup>.

Dans l'Ordre juridique **portugais**, le classement sans suite est prévu à l'art 280 du Code de procédure pénale (*arquivamento em caso de dispensa de pena*), applicable dans le cas des infractions pour lesquelles est prévue expressément dans le Code pénal la possibilité de non-

---

<sup>840</sup> H. D. BOSLY; C. DE VALKENEER. La célérité dans la procédure pénale en droit belge. *Revue Internationale de Droit Pénal*, n°66, Ed. Erès, 1995, p. 440-441.

<sup>841</sup> Pourtant, l'injonction thérapeutique de l'art. 3423-1 du Code de la santé publique est toujours de droit positif. L'exécution de cette mesure éteint l'action publique.

<sup>842</sup> L'inclusion d'une nouvelle alinéa à cet article a été proposé par le Projet de Loi n°784 (portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité), selon laquelle, en cas de non accomplissement des mesures décidées dans le cadre d'une mesure alternative aux poursuites, attribué aux comportements de l'auteur des faits, le Parquet, sauf élément nouveau, doit mettre en œuvre une composition pénale, ou alors, engager la poursuite.

application des sanctions dès que sont remplies certaines conditions établies par la loi<sup>843</sup>. L'existence de l'infraction, son auteur et la culpabilité de celui-ci ont été établis pendant la phase d'enquête, mais le législateur a conclu au manque d'utilité de l'application d'une peine. Il s'agit donc d'une décision qui a les effets d'une condamnation, malgré l'absence de sanction (art. 375.3 du Code de procédure pénale).

L'initiative appartient au Ministère Public, avec l'accord du juge d'instruction<sup>844</sup>. Ainsi, comme en Allemagne, après la présentation de l'accusation, le juge d'instruction peut aussi décider du classement, mais il faut l'accord du Parquet, aussi bien que celui de l'inculpé (*arguido*).

b) Dans les pays de « common law »

En **Angleterre**, il existe une modalité de classement avec un avertissement officiel (*cautionning*), dans un premier temps de l'initiative de l'autorité policière, et dans un deuxième temps, du Ministère Public (*Crown Prosecution Service- CPS*)<sup>845</sup>.

Il n'y en a pas de texte législatif qui la régleme, mais elle est prévue par la Circulaire (*Home Office Circular*) n°18/1994. La police peut classer l'affaire en adressant un avertissement à l'inculpé, qui est enregistré dans les archives de la police, et qui peut être pris en compte par le tribunal en cas de réitération d'infractions. La police ne peut utiliser cette procédure que si elle dispose de preuves suffisantes pour fonder la poursuite et si l'individu reconnaît sa culpabilité.

<sup>843</sup>. Art. 74 du Code pénal. Les infractions prévues dans le Code pénal pour lesquelles la peine encourue n'est pas supérieure à 6 mois d'emprisonnement ou consiste en une amende qui n'excède pas 120 jours ; les infractions prévues en dehors du Code pénal où la peine encourue n'est pas supérieure à 6 mois d'emprisonnement ou consiste en une amende ; les cas d'état de nécessité (art. 35.2 Code pénal) ; et certaines infractions énoncées dans la partie spéciale du Code pénal où l'hypothèse est expressément prévue. In : Rui do Carmo Moreira Fernando. *Revista do Ministério Público*, pp. 134. In : rapport sur les procédures pénales simplifiées au Portugal.

<sup>844</sup>. Même si cette décision a les effets d'une condamnation, le consentement de l'accusé n'est pas requis, et aucune voie de recours ne lui est ouverte.

<sup>845</sup>. En Angleterre, l'application du principe de l'opportunité de poursuites est double, en raison de la division des fonctions entre la police et CPS. La police prend la décision initiale de saisir le tribunal, et ensuite, le CPS qui a le pouvoir de mettre fin à un procès qui a été déclenché par la police. In : J.R. SPENCER. La célérité dans la procédure pénale en Angleterre, *Revue Internationale de Droit Pénal*, n°66, Ed. Erès, 1995, p. 414.

Par contre, si le classement est opéré par le CPS rien n'apparaît dans le casier judiciaire. Les règles qui doivent être respectées par celui-ci pour le classement sans suite sont énoncées dans le *Code for Crown Prosecutors*. Selon le Professeur Spencer, il s'agit « d'un vrai système de diversion »<sup>846</sup>.

En **droit américain**, la décision de déclencher les poursuites est appréciée en termes de totale opportunité par le procureur. On peut parler aussi d'un système de diversion. Le Procureur peut utiliser ce processus qui consiste à ne pas poursuivre, à suspendre les poursuites ou même à s'en désister entièrement à condition que l'intéressé satisfasse à certaines obligations. La décision doit être prise en accord avec l'intéressé, assisté d'un avocat, et être homologuée par le juge. L'accord suspend la poursuite pour une année. En cas de réussite, la poursuite est abandonnée. En cas d'échec, elle est entamée ou reprise.

Il peut aussi, après avoir engagé la poursuite, l'*abandonner* (*nolle prosequi*). Il s'agissait encore récemment d'une faculté discrétionnaire. Aujourd'hui, il est de plus en plus souvent exigé que le procureur explique par écrit ses raisons. Certains systèmes, tel le système fédéral, subordonnent la réception d'un *nolle prosequi* à l'autorisation d'un juge.

Il faut noter que dans toutes ces modalités de classement sans suite simple ou conditionnel précédemment développées, la procédure pénale s'arrête juste après la phase d'enquête (certains arrivent même jusqu'à la présentation de l'acte d'accusation). Ainsi, il n'y a pas eu de phase contradictoire, alors même que, dans certains cas, elle peut porter préjudice à l'accusé (par exemple : le cas prévu à l'art. 280 du Code pénal portugais qui a les mêmes effets qu'une condamnation ; le *cautionning* appliqué par la police en droit anglais qui peut entraîner l'effet d'une récidive).

## 2°) Les voies alternatives fondées sur le consensualisme

---

<sup>846</sup>. En application de l'art. 10 du *Prosecution of Offences Act 1985*. In : J.R. SPENCER. La célérité dans la procédure pénale en Angleterre. *Revue Internationale de Droit Pénal*, n°66, Ed. Erès, 1995, p. 415.

Pour le Professeur Jean Pradel, il s'agit d'un « phénomène de contractualisation, par voie d'accord entre parquet et délinquant ». Dans ces cas, il ne s'agit plus « d'un acte discrétionnaire de la part du parquet. Il devient subordonné à l'accomplissement d'une prestation réparatrice accomplie par le délinquant ». Pour lui, ces nouvelles modalités consacrent l'idée de consensualisme et de déjudiciarisation<sup>847</sup>.

L'analyse des systèmes des pays étudiés démontre un développement des modalités de « contractualisation » de solution de conflit pénal qui vont au-delà de la négociation entre Ministère public et l'inculpé. Dans certains systèmes, il peut même avoir des négociations directes entre le délinquant et la victime sans la participation du parquet, comme par exemple, dans certaines procédures au Canada (*infra*).

En tout cas, ce qui va différencier les modalités suivantes de celles vue précédemment, c'est une plus grande marge de liberté des parties de transiger, tant dans les pays de *civil law*, que dans les pays de système *anglo-saxon*.

#### a) Dans les pays de tradition romano-germanique

En **Belgique**, il existe la médiation pénale (art. 216 ter du C. i. cr.) applicable à toutes les infractions qui par leur nature ne sont pas punies d'un emprisonnement correctionnel principal de plus de deux ans ou d'une peine plus lourde. L'initiative appartient au MP qui peut convoquer l'auteur d'une infraction et "l'inviter à indemniser ou réparer le dommage causé par l'infraction et à lui en fournir la preuve. Le cas échéant, le procureur du Roi convoque également la victime et organise une médiation sur l'indemnisation ainsi que sur ses modalités". Le Procureur du Roi, avant de proposer des travaux d'intérêt général ou le suivi d'une formation, demande une enquête sociale à l'assistant de médiation<sup>848</sup>. L'auteur de l'infraction qui est convoqué par le MP peut se faire assister par un avocat, mais il ne peut pas se faire représenter, alors que la victime peut se faire assister ou représenter. Lorsque l'auteur

---

<sup>847</sup>. La célérité de la procédure. In : Procédure pénale comparée dans les systèmes modernes : rapports de synthèse des colloques de l'ISIS. *Nouvelles Etudes Pénales*. n° 15, Ed. Erès, 1998, p. 118.

<sup>848</sup>. Art. 6 de l'Arrêté royal portant les mesures d'exécution concernant la procédure de médiation pénale du 01/nov/1994. [http://www.cass.be/cgi\\_loi/legislation.pl](http://www.cass.be/cgi_loi/legislation.pl)

de l'infraction a satisfait à toutes les conditions acceptées par lui, l'action publique est éteinte.<sup>849</sup>

En **Espagne**, préalablement à l'accusation privée il est possible d'avoir recours à la conciliation (*acto de conciliación*) entre les parties. Cette procédure est prévue à l'art. 278, I du Code de procédure pénale et est applicable à très peu d'infractions<sup>850</sup>. Pourtant, le déclenchement de cette procédure est obligatoire avant le déclenchement de la poursuite, malgré le consensualisme qui règne en ce qui concerne l'acceptation de la conciliation de la part de la victime. Selon l'infraction, la conciliation entre les parties aura des effets divers. Pour les infractions de l'art. 215, elle entraîne l'exclusion de la responsabilité pénale, alors que pour celles de l'art. 191 du Code pénal, elle n'éteint pas la poursuite.

En **droit français**, deux modalités de procédures sont prévues la médiation pénale et la composition pénale.

La médiation pénale a été consacrée par la Loi du 4 janvier 1993 à l'art. 41, al. 7 du Code de procédure pénale. Comme il s'agit d'une voie alternative au processus pénal, elle n'est applicable que si l'action publique n'a pas été engagée (parce que dans ce cas là, il peut avoir lieu un classement sans suite). Cependant, la poursuite n'empêche pas la médiation civile. Il est indispensable d'obtenir l'accord des parties. Le Ministère public peut avoir un rôle incitatif, mais pas décisif. Elle doit être susceptible d'assurer la réparation du dommage subi par la victime, mettre fin au trouble à l'ordre public causé par l'infraction et permettre le reclassement du délinquant – il s'agit d'un renvoi aux conditions de la dispense de peine : art. 132-59, al. 1<sup>er</sup>. du Nouveau code pénal<sup>851</sup>.

---

<sup>849</sup> H D. BOSLY; C. DE VALKENEER. La célérité dans la procédure pénale en droit belge. *Revue Internationale de Droit Pénal*, n°66, Ed. Erès, 1995, p. 441-442.

<sup>850</sup> V. notamment l'art. 215 du Code pénal (relatif aux infractions de calomnie et d'injure) et l'art. 191 du Code pénal : « la poursuite des délits d'agressions, de harcèlement ou d'abus sexuels, supposera la plainte de la personne offensée, de son représentant légal ou l'accusation du Ministère Public qui agira en faisant une appréciation des intérêts légitimes en présence. Quand la victime sera mineure, incapable ou invalide, l'accusation du Ministère Public suffira » (In : rapport sur les procédures simplifiées en Espagne).

<sup>851</sup> Plusieurs circulaires du Ministère de la justice de 1996 s'opposent à la médiation réglée par le Ministère public par manque d'impartialité. Ainsi la médiation déléguée s'est répandue. (V. rapport sur les procédures simplifiées en France).

Le médiateur présente un rapport de la procédure au Procureur qui conserve une liberté d'appréciation quant à la suite à donner<sup>852</sup>. Il agit comme un véritable arbitre des intérêts du délinquant et de la victime.

La composition pénale est prévue à l'art. 41-2, al. 1<sup>er</sup>. et 8 du Code de procédure pénale, introduite par la Loi du 23 juin 1999. Elle est applicable à un contentieux « de masse » qui engorge les juridictions juridictionnelles ou de police, et qui pour cela, ne trouvait plus de « réponse judiciaire » à leurs commissions<sup>853</sup>. Le Ministère public propose à l'inculpé d'exécuter des mesures présentant un caractère de sanction<sup>854</sup>. Celui-ci est libre d'accepter ou non la proposition, en sachant que cette procédure est une cause de suspension du délai de prescription de l'action publique et que son exécution<sup>855</sup> emporte l'extinction de cette action<sup>856</sup>. Le délinquant doit être majeur et reconnaître sa culpabilité. La qualification des faits peut faire l'objet d'une négociation, tout comme la peine infligée. Les mesures sont celles prévues à l'art. 41-2 et 41-3 du Code de procédure pénale, ainsi que la réparation du dommage causé à la victime.

La composition doit être validée par le président du tribunal de grande instance en matière délictuelle et par le juge d'instance en matière contraventionnelle, par voie d'ordonnance insusceptible de recours<sup>857</sup>.

Au **Portugal**, est prévue la suspension provisoire de la procédure, à l'art. 281 du Code de procédure pénale (*suspensão provisória do processo*). Elle est applicable dans le cas d'une

<sup>852</sup> Si la médiation réussit, généralement le procureur classe l'affaire.

<sup>853</sup> Les infractions concernées sont celles prévues aux articles 222-11, 222-13-1<sup>o</sup> à 10; 222-16 à 18; 227-3 et 227-4; 227-5, 227-7, 227-9 et 227-11; 311-3 et 311-5; 321-1; 314-5 et 314-6; 322-1, 322-2, 322-12 à 322-14; 433-5 à 433-7; 521-1, du Code pénal; art. L 234-1 Code de la Route; L 3421-1 Code de la Santé Publique; art. 28 et 32-2<sup>o</sup> du Décret-Loi du 18/04/1939.

<sup>854</sup> Directement ou par l'intermédiaire d'une personne habilitée. Depuis la Loi du 9/sept/2002, cette proposition peut être faite en cours de garde à vue.

<sup>855</sup> Depuis la Loi du 9/sept/2002, les compositions pénales exécutées doivent être inscrites au bulletin n<sup>o</sup>1 du casier judiciaire de l'inculpé.

<sup>856</sup> Les victimes peuvent toujours faire délivrer une citation directe devant le tribunal correctionnel qui sera amenée à statuer sur les intérêts civils.

<sup>857</sup> Des propositions de changements des règles de la comparution immédiate ont été présentées dans le Projet de Loi n<sup>o</sup>784, qui entre autres, propose : i) l'application de cette procédure dans le cas des délits punis d'une peine d'emprisonnement d'une durée inférieure ou égale à 5 ans et également aux contraventions de 5<sup>ème</sup>. Classe (supprimant l'énumération des infractions prévue à l'art. 41-2, « caput »); ii) l'exclusion de la sphère d'application de cette procédure, les mineurs de 18 ans, les délits de presse, des délits d'homicides involontaires, et les délits politiques; iii) l'obligation pour le Parquet de mettre en œuvre l'action publique en cas de non exécution intégrale des mesures décidées ou si l'auteur des faits n'accepte pas la composition pénale; iv) l'interruption du délai de prescription de l'action publique par les actes tendant à la mise en œuvre ou l'exécution de la composition pénale.

infraction pour laquelle la peine encourue ne dépasse pas cinq ans d'emprisonnement ou n'est pas une peine privative de liberté. Le Ministère public peut choisir cette procédure, avec l'accord du juge d'instruction, une fois remplies certaines conditions -- dont la première est l'accord du prévenu (art. 281.1) et de l'assistant s'il s'est constitué dans le procès<sup>858</sup>. Les magistrats du Parquet doivent mesurer, entre autres, le degré de culpabilité du prévenu, la gravité de l'infraction et les exigences qui sont celles de la prévention (art. 281.1, alinéas *d* et *e*) au moment de l'application du classement. Il s'agit d'un pouvoir-devoir pour le Parquet.

Sont aussi imposées à l'accusé (*arguido*) des conditions et règles de bonne conduite (art. 281.2), qui doivent être respectées pendant toute la période de suspension du procès dont la durée maximale est de deux ans (art. 282.1). Si à la fin de ce délai, le prévenu a respecté toutes les conditions, il emporte extinction de l'action publique; à l'inverse, si pendant cette période, le prévenu ne remplit pas les conditions fixées, la procédure entamée contre lui poursuit son cours (art. 282.3).

*b) Dans les pays de « common law »*

En **droit américain**, on parle de la négociation (*plea bargaining*), qui est applicable à des infractions de n'importe quel seuil de gravité (rarement exclu dans le cas d'infractions plus sérieuses) et qui peut être opéré avant le *trial*. Dans ce cas, le procureur n'a pas à livrer ses preuves au juge ni au jury. Il n'a donc pas à justifier de leur recevabilité ni même de leur existence. La négociation est très informelle et peut se dérouler, même très peu de temps avant le début du jugement, entre l'accusation et de la défense alors qu'ils n'ont des faits qu'une connaissance superficielle. La présence du juge est interdite en matière fédérale, mais permise ou imposée dans certains cas sur le plan local. L'accusé ne peut pas exiger de participer à la négociation, même si son accord personnel sur le résultat est indispensable.

**L'ordre juridique canadien** est un système qui privilégie le rôle du consensus entre les parties à travers les procédures nommées *alternatives* en raison du choix qu'elles offrent aux parties de changer de direction en évitant la route classique des tribunaux, d'où la nature informelle de ces procédures et les conséquences éventuelles pour le droit de la preuve. En

---

<sup>858</sup>. Le classement sans suite conditionnel, aussi bien que le classement sans suite simple ne sont pas applicables aux infractions fiscales du Décret-loi 20A/90 du 15 janvier 1990.

fait, on constate dans ce droit, la tendance à développer le domaine d'une justice « réparatrice » à la place de la justice répressive traditionnelle.

Les procédures canadiennes les plus connues parmi ces procédures alternatives sont la négociation, la médiation et l'arbitrage<sup>859</sup>.

La négociation est la procédure alternative la plus caractéristique. Les parties prennent toutes les initiatives sans l'intervention d'un médiateur ou d'un arbitre. Toutefois, il y a un danger inhérent à la procédure de négociation, qui est le probable manque d'équilibre entre les pouvoirs des parties qui y participent. Ce déséquilibre peut être dû aux différences socio-économiques entre les parties ou au statut particulier d'une de ses parties ou encore à la nature particulière des relations que les parties entretenaient avant que le conflit soit né<sup>860</sup>. L'accès aux informations relatives au conflit constitue également un problème important. Il peut arriver que les parties ne soient pas obligées de révéler les preuves et les informations relatives au conflit, ce qui peut poser un problème pour le respect du principe de loyauté.

Une autre procédure utilisée est la médiation<sup>861</sup>, distincte de la négociation par la présence d'une troisième partie, dont l'autorité dépend du consentement de parties et dont la mission unique est de faciliter leurs négociations. Toutefois, il faut souligner que le médiateur n'a aucun pouvoir relatif à la prise de décision<sup>862</sup>.

L'arbitrage est similaire à la médiation en ce que les parties et leurs avocats se présentent devant une troisième partie. Il est différent de manière fondamentale en ce que cette troisième partie n'intervient pas lors de l'arbitrage pour faciliter la résolution du conflit, mais possède plutôt un pouvoir dans la prise de décision. Cette décision aura un effet contraignant ou non à l'égard des parties en fonction de la nature de l'arbitrage : on peut distinguer entre *binding arbitration* et *non-binding arbitration*. Ce qui est également intéressant est que l'arbitrage a lieu en accord avec une certaine procédure, dont le contenu est précisé par les parties avant

<sup>859</sup> D'autres procédures commencent à être de plus en plus utilisées, les conférences précédant le procès et le règlement de différends judiciaires. V. Rapport sur les procédures simplifiées au Canada.

<sup>860</sup> Par exemple, il peut s'agir de relations problématiques entre les conjoints ou entre les membres d'une famille.

<sup>861</sup> Plusieurs provinces du Canada ont développé des programmes de réconciliation entre victime et délinquant (*victim offender reconciliation programs - VORPS*). In : C. T. GRIFFITHS ; S. N. VERDUN-JONES. *Canadian Criminal Justice*, 2<sup>nd</sup> Edition, Harcourt Brace, 1994, p. 38.

<sup>862</sup> Voir J. MACFARLANE, "An Alternative to What?" in J. MACFARLANE, ed., "Rethinking Disputes - The Mediation Alternative" (Toronto: Emond Montgomery Publications Ltd., 1997), p. 2. In: rapport sur les procédures simplifiées au Canada.

que le procès commence. Cela étant, l'arbitrage ressemble plus aux procédures formelles judiciaires qu'aux procédures alternatives *stricto sensu*.

La procédure reste informelle dans les cas où les décisions prises ne lient pas les parties, par exemple en cas de négociation, de médiation ou en cas d'arbitrage *non binding*. C'est encore une différence majeure avec le processus de *plea bargaining* dont les conséquences peuvent avoir un effet énorme sur l'inculpé<sup>863</sup>. Au Canada est présente la préoccupation relative au respect du principe du procès équitable afin de maintenir l'équilibre entre les parties et le respect du droit de la preuve, malgré le caractère informel des procédures alternatives<sup>864</sup>.

## B) Les procédures simplifiées par suppression partielle du processus pénal

Dans ces types de procédures simplifiées, est supprimée soit la phase préliminaire, soit la phase de jugement en tout ou partie. Il est possible de les rencontrer dans les systèmes juridiques des pays de *civil law* et *common law*, ce qui est constaté par les exemples suivants.

### 1°) Suppression de la phase préliminaire

Pour le Professeur Jean Pradel « on dit volontiers que la *phase préparatoire* est incontournable. C'est vrai pour l'enquête. C'est moins vrai pour ce qui suit l'enquête »<sup>865</sup>.

#### a) Dans les pays de la famille romano-germanique

En **Belgique**, on peut trouver la procédure de la convocation par procès verbal (art. 261quater C.i. cr.). Le Procureur du Roi peut convoquer une personne – privée ou non de sa liberté, soit dans le cadre d'un flagrant délit, soit dans le cadre d'une information judiciaire, afin de comparaître devant le Tribunal de police ou le tribunal correctionnel dans un délai compris entre 10 jours et deux mois. Le prévenu est informé des charges qui pèsent contre lui,

<sup>863</sup> Voir *infra*.

<sup>864</sup> V. Rapport sur les procédures simplifiées au Canada.

<sup>865</sup> La célérité de la procédure. In : Procédure pénale comparée dans les systèmes modernes : rapports de synthèse des colloques de l'ISIS. *Nouvelles Etudes Pénales*. n° 15, Ed. Erès, 1998, p. 120.

du jour, heure et lieu de l'audience, aussi bien que de son droit de se faire accompagner d'un avocat. Il reçoit une copie du procès verbal.

Est également prévue par la loi belge la procédure de la comparution immédiate<sup>866</sup> (*snelrecht* – art. 216quinquies) applicable à des faits punissables d'une peine de 1 à 10 ans de prison. Ici aussi, le Procureur du Roi se sert d'un procès-verbal pour notifier à l'accusé les charges, ainsi que la date, l'heure et le lieu de l'audience devant le Tribunal Correctionnel. La victime aussi se voit notifier cette procédure et peut avoir accès au dossier directement ou par son avocat. La comparution doit avoir lieu au plus tôt après 4 jours jusqu'à un maximum de 7 jours à compter de la délivrance du mandat d'arrêt en vue de cette procédure, le juge correctionnel est amené à se prononcer soit séance tenante, soit dans les 5 jours après la mise en délibère. Néanmoins, le Tribunal peut renvoyer le cas au MP s'il considère que le cas est trop complexe, cette ordonnance n'étant susceptible d'aucun recours (art. 216sexies). D'ailleurs, selon l'art. 216 septies " Le tribunal peut remettre à une ou plusieurs audiences la cause", d'office ou à la demande du prévenu, du Parquet ou de la partie civile afin de produire certaines preuves, dans ce cas, le juge doit délibérer au plus tard quinze jours après l'audience d'introduction prévue à l'article 216quinquies, § 3. Le jugement n'est pas susceptible d'opposition.

En **France**, en matière correctionnelle, on peut utiliser la procédure appelée convocation par procès verbal (arts. 393-394 du CPP) qui permet au Ministère Public d'inviter la personne déférée à comparaître devant le Tribunal dans un délai compris entre 10 jours à compter de la date de la citation (sauf si l'accusé avec l'accord de son avocat renonce à ce délai minimum) pouvant aller jusqu'à deux mois. Le Procureur notifie à l'inculpé les charges qui pèsent contre lui, ainsi que le lieu, la date et l'heure d'audience. La défense peut à tout moment consulter le dossier. L'intéressé pourra être jugé contradictoirement à l'audience même s'il ne se présente pas. Le Procureur peut faire une requête au Tribunal pour soumettre l'accusé à des mesures de contrôle judiciaire<sup>867</sup>.

---

<sup>866</sup>. Loi du 28 mars 2000. les détenus ou les prévenus visés par la loi sur la comparution immédiate bénéficient automatiquement de l'intervention totalement gratuite d'un avocat.  
<http://www.avocat.be/fr/Avocat/CoutAide01.htm>. Accès : le 14/jan/03.

<sup>867</sup>. Le Projet de Loi n°784 dans son article 57-II propose que cette requête doit être soumise au juge des libertés et de la détention.

A l'instar du droit belge, en droit français, cette phase est aussi supprimée par l'utilisation d'une procédure appelée comparution immédiate (arts. 395-397 du Code de procédure pénale), récemment modifiée par la Loi n°2000-1138 du 9 septembre 2002 qui a étendu son champ d'application. Elle est applicable quand le Ministère public croit que « les charges réunies sont suffisantes et que l'affaire est en état d'être jugée », pour les délits dont la peine encourue est moins égale à 6 mois et n'excède pas 10 ans d'emprisonnement. Le prévenu peut être jugé le jour même ; si ce n'est pas possible, il peut être placé en détention provisoire et dans ce cas, le jugement de fond doit être rendu dans les deux mois qui suivent le jour de sa première comparution devant le tribunal, faute de quoi, il doit être remis en liberté, sauf s'il est détenu pour une autre cause<sup>868</sup>. Pour préparer sa défense, si la peine encourue est supérieure à sept ans d'emprisonnement, l'accusé peut demander le renvoi de l'audience pour un délai de 2 à 4 mois<sup>869</sup>.

En **Italie**, on constate l'existence de deux procédures qui, tout en supprimant la phase préliminaire, permettent la traduction directe de l'accusé en jugement. Il s'agit du jugement direct et du jugement immédiat.

Le jugement direct (*giudizio direttissimo*) est prévu aux articles 449-452 du Code de procédure pénale. Dans le cadre de cette procédure, le délinquant est directement présenté au juge de jugement sans passer par le filtre de l'audience préliminaire.

En cas d'arrestation flagrante, le Ministère public peut déférer la personne arrêtée au juge de jugement pour la validation de la mesure sous 48 heures, sans que le consentement de l'accusé soit requis. Néanmoins, il peut demander un délai pour préparer sa défense pouvant aller jusqu'à dix jours.

Si la validation n'est pas prononcée par le juge, il doit retourner le dossier au Ministère public, dans le cas contraire, le juge prononce la condamnation avec une peine diminuée d'un tiers. Mais il peut procéder au jugement direct si le ministère public et l'accusé y consentent.

---

<sup>868</sup>. Le Tribunal peut aussi s'opposer au jugement du prévenu le jour même, s'il estime nécessaire d'effectuer des investigations complémentaires.

<sup>869</sup>. L'article 57-IV du Projet de Loi n°784 propose la création d'un alinéa à l'art. 397-1 établissant le droit du prévenu, par lui-même ou par le biais de son conseil de défense, de demander au tribunal d'ordonner « tout acte d'information qu'il estime nécessaire » à sa défense. En cas de refus de cette demande, le Tribunal doit motiver sa décision.

En cas d'aveux au cours des interrogatoires, le ministère public peut traduire directement la personne dans les 15 jours suivants. L'audience se déroule dans le respect des règles normalement applicables. L'accusé peut également demander la transformation de ce jugement *directissimo* en jugement abrégé. Seul l'accusé peut faire appel en cas de décision de condamnation.

Le jugement immédiat (*giudizio immediato*) des articles 453-458 du Code de procédure pénale vise également à éliminer l'audience préliminaire pour anticiper celle des débats. Si l'intéressé a été interrogé sur des faits dont la preuve paraît établie après l'enquête préliminaire, le ministère public ou l'accusé peut demander à ce que le jugement immédiat ait lieu. L'accusé peut aussi renoncer à l'audience préliminaire en demandant le jugement immédiat lors des actes introductifs à celle-ci.

Au **Portugal**, il y a la procédure sommaire (*processo sumário*) des arts. 381-391 du Code de procédure pénale. Elle est applicable en cas de flagrant délit dont la peine encourue n'est pas supérieure à trois ans d'emprisonnement. La décision est prise, après un interrogatoire sommaire de l'accusé (*arguido*) par le Ministère public, si celui-ci le croit pertinent, l'audience devant avoir lieu dans les 48 heures qui suivent l'arrestation. L'application de cette procédure est possible en cas de connexité, si, dans l'accusation, le Ministère public a la conviction qu'une peine d'emprisonnement supérieure à trois ans ne peut pas être prononcée à l'égard de l'accusé (art. 381). Par contre, si le Parquet constate l'impossibilité de respecter les délais de la procédure sommaire, il doit en choisir une autre procédure et dans ce cas, l'accusé sera remis en liberté.

L'accusé ne peut pas s'opposer à cette procédure, mais il lui est possible de demander de décaler l'audience, et le délai, dans ce cas, peut s'étendre à 30 jours, afin de préparer sa défense. L'audience pourra également être reportée de ce délai s'il est nécessaire de réaliser des diligences considérées essentielles pour l'établissement de la vérité. En ce qui concerne l'absence d'un témoin jugé indispensable par le Ministère public, l'assistant ou l'accusé, l'audience doit se réaliser avec l'audition de témoins présents et fixer une nouvelle date pour l'audition du témoin absent (art. 386)<sup>870</sup>. La constitution de partie civile ou d'assistants est recevable (art. 388). La production de preuves est possible lors de l'audience et il est ensuite

---

<sup>870</sup>. Nouvelle rédaction de l'art. 386 donnée par le Décret-loi n°320-C/2000 du 15 décembre.

accordé aux parties 30 minutes pour les plaidoiries (art. 389.6), laps de temps qui n'est pas susceptible d'être prolongé. La sentence doit être prononcée oralement et transcrite dans le procès-verbal de l'audience (art. 389.7<sup>871</sup>).

*b) Dans les pays de « common law »*

Pour ce qui est des pays de tradition anglo-saxonne, en **Angleterre**, on constate l'existence de la procédure appelée *summary trial* qui se déroule devant la *Magistrate's Court (justice of the peace)*. Elle est applicable pour les jugements des *either-way offences* (avec l'accord de la défense) et des *summary offences* qui ne peuvent être jugées que par les *magistrates*<sup>872</sup>.

Les *magistrates* sont des juges non professionnels, et qui à l'origine avaient une fonction préparatoire - ils s'occupaient de l'instruction des affaires et après devaient les envoyer aux juridictions compétentes pour les juger (*trial on indictment*). Mais, le Parlement, en supprimant cette phase préparatoire, a donné la possibilité pour les *magistrates* de juger eux-mêmes certaines infractions, dont la liste ne cesse d'augmenter. La procédure exceptionnelle, peu à peu, prend la place de la procédure traditionnelle.

L'information doit être transmise à la *Magistrate's Court* dans un délai maximum de six mois à compter de la date de commission de la *summary offence*, mais cette règle comporte certaines exceptions comme, par exemple, pour les *indictable offences* (y compris, les *either way offences*), si les autres conditions de la juridiction sont réunies, *the magistrates* doivent la juger, malgré le dépassement de ce délai (sauf dans le cas d'existence d'aucune *statutory limitation*)<sup>873</sup>. Selon John Bryce, ce délai n'est pas péremptoire parce qu'il a été établi dans le but d'assurer la qualité de la preuve, et surtout, la clarté des déclarations des témoins, et si la collecte des preuves se fait après ce délai, et qu'il existe des doutes, cela doit profiter à l'accusé<sup>874</sup>.

<sup>871</sup>. Nouvelle rédaction de l'art. 389.7 du Code de procédure pénale donnée par le Décret-loi n°320-C/2000 du 15 décembre.

<sup>872</sup>. J.R. SPENCER. La célérité dans la procédure pénale en Angleterre. *Revue Internationale de Droit Pénal*, n°66, Ed. Erès, 1995, p. 417. Pour ce qui est de la classification des infractions en droit anglais, voir P. MURPHY (coord.). *Criminal Practice*, Great Britain, 11<sup>th</sup> ed., Blackstone's Press Limited, 2001, p. 1080-1083.

<sup>873</sup>. P. MURPHY (coord.). *Criminal Practice*, Great Britain, 11<sup>th</sup> ed., Blackstone's Press Limited, 2001, p. 1525.

<sup>874</sup>. P. MURPHY (coord.). *Criminal Practice*, Great Britain, 11<sup>th</sup> ed., Blackstone's Press Limited, 2001, p. 1526. Il faut noter que dans certaines circonstances, il peut avoir un *summary trial* en absence de l'accusé. Idem, p. 1529-1532.

Après la réception des informations relatives à l'infraction attribuée à l'accusé, le premier acte de la juridiction dans un *summary trial* ou *trial on information* est de demander à l'accusé s'il plaide coupable. En cas de réponse positive, sera mise en œuvre la procédure du *guilty plea*<sup>875</sup>.

Généralement, un *not guilty plea* est constitué par une déclaration de l'accusé lui-même. Mais, s'il ne comparait pas à son jugement, ou s'il décide de garder le silence quand il lui est demandé s'il plaide coupable ou non, ou encore, s'il présente un plaidoyer équivoqué, ces comportements entraînent les mêmes conséquences, c'est-à-dire que la Cour va simplement faire la lecture des preuves existantes dans l'information et ouvrir les débats.<sup>876</sup> puis rendre sa décision, selon ce que prévoit le *Magistrates' Courts Act 1980*, s.9(2).<sup>877</sup>

2°) Suppression de la phase de jugement : en tout ou partie

---

<sup>875</sup> V. *infra*.

<sup>876</sup> Par contre, si l'accusé plaide coupable, la Cour le condamne sans avoir pris connaissance des preuves.

<sup>877</sup> *Magistrates' Courts Act 1980*, s.9 (1) *On the summary trial an information, the court shall, if the accused appears, state to him the substance of the information and ask him whether he pleads guilty or not guilty. (2) The court, after hearing the evidence and the parties, shall convict the accused or dismiss the information. (3) If the accused pleads guilty, the court may convict him without hearing evidence.*"

a) L'amputation de la phase probatoire du procès

**Dans les pays de tradition romano-germanique**<sup>878</sup>

En **droit allemand**, on fait référence à la « procédure accélérée » (arts. 417-420 StPO). Le Ministère public présente par écrit ou oralement la requête en procédure accélérée, s'il estime que l'affaire permet un débat immédiat en raison de la simplicité des faits ou de la clarté des preuves. Les débats peuvent se dérouler aussitôt ou à bref délai, sans qu'il soit besoin d'une décision sur l'ouverture de la procédure principale. L'inculpé n'est ensuite cité que s'il ne se présente pas spontanément aux débats ou si le tribunal ne l'a pas fait comparaître par la force. L'accusation se fera oralement au commencement des débats et son contenu essentiel sera consigné au procès-verbal de séance. La procédure en vertu des alinéas 1 et 2 nécessite l'accord de l'accusé, du défenseur et du ministère public, dans la mesure où ils sont présents aux débats. Mais l'inculpé aura droit à la désignation d'un défenseur s'il y a lieu de s'attendre à une peine privative de liberté de six mois au moins. Il faut noter qu'une peine privative de liberté supérieure à un an ou une mesure de rééducation et de sûreté ne peut pas être prononcée dans cette procédure. La décision ne peut pas être attaquée. Si la décision de procédure accélérée est refusée, le tribunal décide l'ouverture de la procédure principale (§ 203).

Selon l'art. 420 du StPO, l'audition d'un témoin, d'un expert ou d'un co-accusé peut être remplacée par la lecture d'un procès-verbal d'une audition antérieure, de même que par celle des actes authentiques qui contiennent une déclaration écrite émanant d'eux. Sont aussi recevables les déclarations d'autorités et d'autres organismes sur leurs observations, investigations et connaissances, ayant rapport au service. Dans la procédure devant le juge pénal cantonal, celui-ci détermine l'étendue de la réception de la preuve, sans préjudice des dispositions du § 244, alinéa 2.

---

<sup>878</sup> Le Projet de Loi n°784 prétend intégrer en droit français une procédure nommée « comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité », inspirée du plaidoyer de culpabilité et du « plea bargaining » du droit anglo-saxon. Ainsi, une Section VIII serait ajoutée après l'art. 495-6, créant l'article 495-7 : selon la nouvelle procédure, dans les cas où la personne reconnaît les charges qui pèsent contre elle, le Parquet peut lui proposer une ou plusieurs peines, y compris une peine d'emprisonnement, respectant les limites imposés dans cet article ; pour donner son accord, la personne doit être assistée d'un avocat, et peut demander un délai de 10 jours pour donner sa réponse. L'accord doit être homologué par le président du tribunal, sans réalisation d'audience devant le Tribunal Correctionnel. L'accord n'empêche pas la personne de faire appel de la décision d'homologation dans un délai de dix jours. Cette procédure est applicable aux délits punis d'une peine d'emprisonnement de moins ou égale à 5 ans, sauf pour les mineurs, les délits de presse, des délits d'homicide involontaires, des délits politiques ou des délits prévus par une loi spéciale.

En **Espagne**, lorsque « l'aveu » intervient pendant le débat oral dans la phase de jugement, le président du tribunal demande au défenseur s'il considère comme nécessaire la poursuite du débat ; si celui-ci répond par la négative, le tribunal rendra le jugement sans la discussion et la production de preuves (art. 694 du Code de procédure pénale).

L'accusé peut aussi donner son « accord sur la peine » requise par le Ministère public, lorsque celle-ci est de nature correctionnelle (6 ans d'emprisonnement au maximum), soit pendant la phase intermédiaire<sup>879</sup>, soit au début de la phase de jugement (art. 655 du Code de procédure pénale). Dans ce cas, le Tribunal peut prononcer sa décision, en acceptant la peine proposée, sans qu'il y ait de débat<sup>880</sup>.

En **Italie**, on parle du « jugement abrégé » et de la procédure appelée *patteggiamento*.

Le jugement abrégé (*giudizio abbreviato* - articles 438-443) est du ressort du juge de l'enquête préliminaire auprès du tribunal ; c'est l'accusé qui le demande après la fixation de l'audience préliminaire ou au cours de l'audience préliminaire. Le jugement intervient en l'état du dossier (à l'exception du supplément d'information à l'audience). C'est un accord sur la procédure et non sur le fond, le juge prononce soit l'acquittement, soit une décision de condamnation. La peine déterminée par le juge, compte tenu des circonstances de l'espèce, est diminuée d'un tiers. Le jugement abrégé ne peut donner lieu à une instruction supplémentaire devant le juge qui se prononce en l'état du dossier contenant les actes de l'enquête préliminaire.

*Le patteggiamento* ou l'application de la peine sur requête des parties (*applicazione della pena su richiesta delle parti* - articles 444-448 du Code de procédure pénale) est une procédure aussi connue sous le nom de « plaidoyer coupable à l'italienne ». Pour les infractions punissables d'une peine d'un maximum de deux ans, une minoration de la sanction peut être obtenue par un accord direct sur la peine, suite à une négociation entre le parquet et l'accusé. La demande peut être faite par le Ministère public, conjointement ou séparément, avec le

---

<sup>879</sup>. Sur la phase intermédiaire, voir le rapport sur les procédures simplifiées en Espagne.

<sup>880</sup>. Pourtant, en pratique, cette procédure est rarement utilisée. Cf. Sénat, *Les caractéristiques du procès pénal*, 1996. [http://www.senat.fr/lc/lc96-25/lc96-25\\_mono.html](http://www.senat.fr/lc/lc96-25/lc96-25_mono.html). In: rapport sur les procédures simplifiées en Espagne

consentement de la partie qui ne l'a pas formulée. La requête peut être formulée au cours des investigations préliminaires et jusqu'à l'ouverture du jugement de première instance.

Sur la base du dossier en l'état, le juge de l'enquête préliminaire peut : i) rejeter la requête s'il estime la qualification juridique des faits ou l'application des circonstances exposées par les parties, inadéquates. Dans ce cas, la procédure se poursuit et l'attitude de l'accusé ne pourra, du moins en droit, être considérée comme un aveu ; ii) accueillir la requête. Dans ce cas, le jugement qui suit peut acquitter le prévenu ou le condamner. Dans ce cas-là, la peine réduite sera appliquée, sans que la réduction puisse dépasser un tiers. On considère qu'il y a alors reconnaissance implicite de culpabilité de la part de l'inculpé condamné. On peut alors parler de « *guilty plea* implicite ».

Le **droit portugais** connaît une procédure « très sommaire » (*processo sumaríssimo* - arts. 392 à 398 du Code de procédure pénale). Cette procédure est applicable lorsqu'il s'agit d'une infraction dont la peine encourue n'est pas supérieure à trois ans d'emprisonnement ou consiste en une amende, et que le Ministère public a la conviction que dans le cas d'espèce ne doivent être appliquées à l'égard de l'accusé, ni peine privative de liberté, ni mesures de sûreté (art. 392 .1), conviction qui doit être motivée (art. 394.1, *in fine*).<sup>881</sup>.

Le juge peut rejeter la proposition du Ministère public (art. 395), pour plusieurs raisons, y compris le fait que les preuves présentées ne sont pas suffisantes pour fonder l'accusation. Le prévenu peut lui aussi s'opposer à la proposition du Ministère public (arts. 396). Et dans les deux cas, l'affaire doit suivre la procédure ordinaire, en considérant la proposition du Parquet comme l'acte d'accusation. Si le juge et le prévenu sont d'accord avec la proposition du Ministère public, le juge applique directement la sanction (art. 397). Il s'agit alors d'une décision de condamnation<sup>882</sup>.

Toujours en droit portugais, il y a la « procédure abrégée » (*processo abreviado* – arts. 391-A à 391-E du Code de procédure pénale). Elle est applicable dans le cas d'une infraction punie d'une peine d'amende ou d'une peine qui ne dépasse pas cinq ans d'emprisonnement,

---

<sup>881</sup> La constitution de partie civile est interdite par la loi (art. 393).

<sup>882</sup> Pour M. M. GONÇALVES il s'agit d'un pouvoir – devoir du Ministère public de proposer la procédure « très sommaire » dans tous les cas où sont présentes les conditions légales pour son application. In : *Código de Processo Penal Anotado*, pp. 699. In : rapport sur les procédures simplifiées au Portugal.

lorsqu'il y a des preuves « simples et évidentes<sup>883</sup> » et que l'infraction a été commise par un auteur déterminé. L'acte d'accusation doit être présenté dans un délai de 90 jours à compter du jour de la commission de l'infraction<sup>884</sup>. L'inculpé peut demander l'instruction et le débat contradictoire devant le juge, mais celui-ci ne doit pas dépasser le délai de 30 jours pour l'instruction (art. 391-C. 1 et 2). Après cette phase, 30 minutes sont conférées aux parties pour les plaidoiries, durée susceptible d'être prolongée (art. 391-E.3). Est possible également une réplique de 10 minutes maximum. La sentence doit être prononcée oralement et transcrite dans le procès-verbal de l'audience (art. 391-E.4<sup>885</sup>). En cas d'application de la procédure abrégée, le Ministère public doit être sûr que les indices de l'infraction sont suffisants pour fonder l'accusation et qu'ils correspondent aux exigences légales de validité d'une preuve simple (claire) et évidente<sup>886</sup>.

Une **simplification *sui generis*** peut être constatée en Espagne, sous le nom de « procédure abrégée » (art. 779 et ss. du Code de procédure pénale), placée dans le groupe des procédures qui suppriment une phase du processus traditionnel, pourtant sans constituer une catégorie définie, parce que soit elle entraîne la suppression de la phase préliminaire, soit celle de la phase probatoire. Elle est applicable aux infractions punies de moins de 9 ans d'emprisonnement. C'est au Ministère public qu'il revient la tâche de simplifier le déroulement de la procédure sans porter atteinte aux exigences du procès équitable<sup>887</sup>. Plusieurs actes peuvent être simplifiés ; et les phases probatoire et du contradictoire peuvent être supprimées, en cas d'accord sur la peine (art. 793, 3 du Code de procédure pénale).

---

<sup>883</sup>. Selon A. RODRIGUES, de même que le concept d'indices suffisants, celui de « preuve évidente » ne comporte pas de présomption de culpabilité. Il suggère l'idée que l'établissement de la preuve a été facilité. *Apud*, L.S. PEREIRA. Os processos especiais do Código de Processo Penal após a revisão de 1998. *Revista do Ministério Público*, 1999, pp. 147, note 15. In : rapport sur les procédures simplifiées au Portugal.

<sup>884</sup>. L'application de cette procédure est possible en cas de connexité, si dans l'accusation, le Ministère public a la conviction que ne doit pas être prononcée à l'égard de l'accusé une peine supérieure à 5 ans d'emprisonnement (art. 16.3 du Code de procédure pénale).

<sup>885</sup>. Nouvelle rédaction de l'art. 391-E.4 du Code de procédure pénale donnée par le Décret-loi n°320-C/2000 du 15 décembre.

<sup>886</sup>. Sur la compréhension de ce qui est considéré comme preuves « simples et évidentes », voir le rapport sur les procédures simplifiées dans le droit portugais.

<sup>887</sup>. Les juges ont aussi ce pouvoir, mais d'une façon plus modeste.

### Dans les pays du système de *common law*

Dans les trois pays de *common law* étudiés – l'Angleterre, le Canada et les États-Unis –, procédure simplifiée par excellence, source d'inspiration pour les pays de *civil law*, qui entraînent la suppression de la phase probatoire, est le *guilty plea*,<sup>888</sup> qui peut être suivi de la procédure du *plea bargaining*.

Le *guilty plea* consiste dans l'acceptation par l'accusé des charges que l'accusation présente contre lui. L'autorité poursuivante est donc dispensée de son devoir d'apporter les preuves. Néanmoins, le juge est tenu de vérifier l'existence d'une certaine assise factuelle pour fonder le plaidoyer de culpabilité, et généralement, c'est au ministère public qu'il appartient de prouver le fondement du plaidoyer.

Dans ce cas, le Tribunal supprime l'audience, le contradictoire et est tenu de prononcer une condamnation. Pour être valide, le plaidoyer doit être volontaire, sans équivoque et en toute connaissance de cause.

Aux USA, le plaidoyer de culpabilité peut être exclu pour certaines infractions les plus graves.

Le *plea bargaining* est l'accord réalisé entre le poursuivant et la défense sur la peine. En fait, la possibilité de ces arrangements est utilisée comme un argument pour les parties. De la part de l'accusation, cela permet que l'accusé plaide coupable, et pour la défense, cela peut aboutir à une réduction des charges contre lui. Elle prend place habituellement après que l'accusé a plaidé coupable et en tout cas avant l'annonce du verdict du jury ou de la décision du juge sur la culpabilité<sup>889</sup>. La validité de cette procédure est très discutée.

---

<sup>888</sup> Prévus à l'article 606(1) du Code Criminel Canadien. Aux États-Unis, il a été consacré par la Cour Suprême en 1970. En Angleterre, il était appliqué déjà au XVIII<sup>e</sup>, mais il n'était pas encore si populaire. Les juges décourageaient l'accusé de plaider coupable. En fait, la situation s'est inversée quand les garanties des accusés ont augmenté, par conséquent, que la procédure est devenue plus lente.

<sup>889</sup> En Angleterre la Section 48 du *Criminal Justice and Public Order Act* de 1994 indique que la juridiction, pour fixer la peine, doit tenir compte du moment de la procédure où l'accusé a plaidé coupable et en quelles circonstances. Dans certains cas, la juridiction peut rejeter la réduction : quand il y a un changement de stratégie de la défense suite à l'apparition d'une preuve évidente (R. v Hastings [1996] 1 Cr.App.R.(S.) 167, CA), si le doute persiste car l'accusé veut négocier son plaidoyer (R. v. Hollington and Emmens, 7 Cr.App.R.(S.) 364, CA) ou si l'individu représente un danger pour la société. Au Canada, le *plea bargaining* n'a pas de fondement législatif.

Dans le droit canadien, il s'agit d'une pratique qui méconnaît des formalités et des garanties procédurales inhérentes à tout procès de nature contradictoire et équitable. L'accusation peut utiliser la preuve comme moyen de pression. En particulier, l'accusation peut soutenir qu'elle possède des preuves à charge, même si elle n'en possède pas, afin de renforcer sa position lors de négociations. Le *plea bargaining* a un caractère secret, il y a "un manque de transparence (qui) embête à la fois le public et les accusés"<sup>890</sup>. Même le juge ne peut pas connaître les conditions dans lesquelles les négociations ont eu lieu, étant donné que la partie plaide coupable sans aucun compte-rendu des tractations. Celui-ci constitue de même un obstacle à ce que le juge effectue un contrôle efficace de la validité du plaidoyer de culpabilité<sup>891</sup>.

Elle peut aussi porter atteinte au principe de la présomption d'innocence, en entraînant des inégalités entre les justiciables<sup>892</sup>.

#### b) Suppression de toute audience pendant la phase de jugement

#### **Dans les pays de tradition romano-germanique**

Dans ce cas, le jugement est rendu sans la présence des parties. La décision est notifiée à l'accusé à qui il est garanti le droit de faire opposition. C'est la procédure connue sous le nom d'« ordonnance pénale ».

En **Allemagne**, l'ordonnance pénale est prévue aux articles 407 à 410 StPO, applicable dans le cas d'infractions mineures (pas de critères définis relatifs à la gravité). C'est le procureur qui envisage une peine légère et donc sollicite une ordonnance. Le Tribunal doit donner son accord. Le ministère public présente cette requête si, d'après les résultats de l'instruction, il considère que des débats ne sont pas nécessaires. La requête doit proposer des conséquences juridiques précises<sup>893</sup>. Cette procédure engage l'action publique. A l'accusé est garanti le

<sup>890</sup> P. BÉLIVEAU – M. VAUCLAIR, *op. cit.*, p. 561. In : rapport sur les procédures simplifiées au Canada.

<sup>891</sup> In : rapport sur les procédures simplifiées au Canada.

<sup>892</sup> In : rapport sur les procédures simplifiées en Angleterre.

<sup>893</sup> L'ordonnance pénale ne peut prescrire que les conséquences suivantes, seules ou associées: 1. la peine pécuniaire, l'avertissement avec réserve de peine, l'interdiction de conduire, la saisie du profit illicite, la confiscation, la destruction, le fait de rendre inutilisable, la publicité de la condamnation et l'amende contre une personne morale ou une association de personnes ; 2. le retrait du permis de conduire n'entraînant pas une impossibilité de conduire supérieure à deux ans ; 3. la dispense de peine. Si l'accusé a un défenseur, une peine restrictive de liberté jusqu'à un an peut être infligée, si elle est prononcée avec sursis et mise à l'épreuve.

droit de faire opposition auprès du Tribunal dans le délai d'une semaine après la décision qui a tous les effets d'une décision de condamnation.

Toujours dans le droit allemand, il faut signaler la possibilité pour l'intéressé de saisir le juge pénal en exerçant un recours contre la décision des AAI dans le cas des contraventions administratives (Loi n°1968/1975). Le juge pénal peut statuer sans audience (par voie de résolution - *BeschluB*), si le Ministère public et le prévenu sont d'accord<sup>894</sup>.

En **France**, la Loi n°2000-1138 du 9 septembre 2002 a introduit l'art. 495 dans le Code Procédure Pénale (Section VII – Procédures Simplifiées) qui régit l'ordonnance pénale applicable aux délits prévus par le Code de la Route. Le Ministère Public peut utiliser cette procédure simplifiée lorsqu'il résulte de l'enquête de police judiciaire l'établissement des faits reprochés à l'accusé, et que les renseignements sur sa personnalité et ses ressources sont suffisant pour la détermination de la peine. Le président du Tribunal statue directement par une ordonnance pénale, pouvant appliquer une amende, et une ou plusieurs peines complémentaires encourues, qui peuvent être prononcées à titre principal. Dans le cas contraire, s'il estime nécessaire la tenue de débats contradictoires ou qu'une peine d'emprisonnement doit être prononcée, il renvoie le dossier au Ministère public. L'accusé peut faire opposition de cette décision, et dans ce cas, l'affaire sera jugée devant le Tribunal Correctionnel où il y aura lieu des débats contradictoires et publics. Ainsi, le Tribunal peut lui appliquer une peine d'emprisonnement.

Dans le droit français, il y a la procédure de l'amende forfaitaire (art. 529 du CPP) applicable aux contraventions des quatre premières classes dont la liste est établie par décret en Conseil d'Etat. Néanmoins, en cas de pluralité d'infractions, cette procédure n'est pas applicable si l'une au moins d'entre elles peut donner application à une autre sorte de peine que l'amende. Le contrevenant a 30 jours pour effectuer le paiement ou faire opposition à l'amende. En cas de règlement de l'amende, l'action publique est éteinte.

En **Italie**, l'ordonnance pénale ou *procedimento per decreto* (articles 459-464 du Code de procédure pénale) peut avoir lieu pour les infractions du ressort du tribunal si le Ministère

---

<sup>894</sup>. Pour autant que la loi de 1968/1975 n'en dispose pas autrement, la juridiction compétente statue en se conformant, par analogie, aux prescriptions du code de procédure pénale relatives à la cassation (Revision).

Public estime que doit s'appliquer seulement une peine pécuniaire, même si elle se substitue à la peine d'emprisonnement. Dans les 6 mois de la constatation de l'infraction, la requête est transmise par le ministère public au juge de l'enquête préliminaire. Si le juge accueille cette requête, il émet un décret de condamnation. L'accusé peut alors former une opposition, par laquelle il fait valoir son droit à la tenue de l'audience ordinaire, ou bien demander le jugement abrégé ou immédiat, ou l'application de la peine sur requête des parties.

Toujours en droit italien, il y a une deuxième procédure qui suit les mêmes principes que l'ordonnance pénale, c'est l'amende forfaitaire (*oblazione*). L'intéressé est admis à payer une amende forfaitaire pour les contraventions punies d'une peine d'amende ou de peines alternatives. Il doit payer avant l'ouverture des débats ou avant l'ordonnance pénale une somme qui correspond, dans le cas d'une contravention punie uniquement d'une peine d'amende, à un tiers du maximum de la peine d'amende prévue (article 162 du code pénal) et, dans le cas d'une contravention punie d'une peine alternative d'emprisonnement ou d'amende, une somme correspondant à la moitié de l'amende prévue (article 162 bis du code pénal). La demande d'*oblazione* peut être faite jusqu'au début des discussions finales des débats de première instance.

### Dans les pays de tradition anglo-saxon

Parmi les pays étudiés, on remarque que l'Angleterre connaît le système de *fixed penalty procedure*, qui correspond à celle de l'amende forfaitaire. Applicable à certaines infractions routières. L'agent qui constate l'infraction prépare un procès-verbal avec la description de l'infraction et la somme à payer. Le défendeur a un droit d'opposition<sup>895</sup>.

\*

\* \*

Dans la plupart des droits nationaux, la recherche de la vérité apparaît comme le principal objectif du procès pénal<sup>896</sup>. Pourtant, cet objectif peut être amené à un arrière plan, soit en raison du besoin de célérité dans la procédure pénale, soit dans le but de concilier les parties

<sup>895</sup> J.R. SPENCER. La célérité dans la procédure pénale en Angleterre. *Revue Internationale de Droit Pénal*, n°66, Ed. Erès, 1995, p. 421-422. Voir *Road Traffic Offenders Act*, 1988.

<sup>896</sup> V. Rapport mi-étape « Les objectifs du procès pénal ».

d'un procès pénal, à la fois en s'utilisant des procédures abrégées (*lato sensu*), ou encore, de procédures alternatives de règlement des conflits. Cela suscite discussions de comment aboutir à ces résultats sans sacrifier le respect des droits fondamentaux, surtout les garanties dégagées du principe du procès équitable.

Sur cet aspect on constate le rôle essentiel qui joue la Cour Européenne des Droits de l'Homme – pour les pays européens – dans l'établissements de principe directeurs à être suivi pour ces derniers en ce qui concerne les garanties procédurales en matière pénale et qui s'exprime quelque fois dans les propres Textes Constitutionnels<sup>897</sup>, et parmi ces garanties, celle d'avoir sa cause entendue dans un délai raisonnable.

Plusieurs pays ont été condamnés pour violer cette garantie, et parmi ceux étudiés, l'Italie occupe la première place du *score*. Wolfgang Peukert<sup>898</sup> explique que ces nombreuses condamnations sont dues : i) à la surcharge de travail des juridictions allié a une procédure pénale inadaptée face à l'augmentation de la criminalité ; l'absence dans les pays des sanctions effectives en cas d'une manque de célérité dans la procédure<sup>899</sup>; iii) la marge d'appréciation assez large qui est doté le juge international.

Alors, les procédures simplifiées ont la tâche de rendre possible un jugement rapide – au moins en ce qui concerne la criminalité de masse -, tout en maintenant le respect des droits fondamentaux.

Il est possible de classer des nombreuses procédures simplifiées développées dans deux grandes groupes : le premier, des procédures dont la volonté de l'accusé est requis pour sa mise en œuvre, par exemple, la médiation pénale au Canada ; et le deuxième, des procédures simplifiées dégagés par le pouvoir discrétionnaire de l'autorité de poursuite, par exemple, le classement sans suite présent dans plusieurs Ordres juridiques étudiés.

---

<sup>897</sup>. Pour ce qui concerne les pays américain – EU et Canada – il faut remarquer qu'ils ne sont pas soumis à la juridiction de la Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme, bien qu'ils aient signé la Convention Américaine de Droits de l'Homme. V. Rapport sur la conventionnalisation et la constitutionnalisation.

<sup>898</sup>. La célérité de la procédure pénale. La Jurisprudence des organes de la Convention européenne des droits de l'homme. *Revue Internationale de Droit Pénal*, n°66, Ed. Erès, 1995, p. 67

<sup>899</sup>. Il y a certaines exceptions, comme par exemple, la jurisprudence belge qui prévoit la possibilité de clôture de la procédure en cas de délai excessif et injustifié. V. H. D. BOSLY; C. DE VALKENEER. La célérité dans la procédure pénale en droit belge. *Revue Internationale de Droit Pénal*, n°66, Ed. Erès, 1995.

Ainsi, pour ce qui est de voies alternatives au procès pénal, accusé et victime – en tant qu'acteurs privés – voient élargir son rôle, surtout dans les procédures dont le Professeur Pradel parle du phénomène de « contractualisation » de la procédure pénale<sup>900</sup>.

L'autorité des poursuites aussi a eu son pouvoir élargi, doté du pouvoir de déclencher dans nombreuses cas, la procédure simplifiée correspondante. Au Portugal, par exemple, au-delà du classement sans suite, on peut citer également la suspension provisoire du procès.

Un autre mécanisme qui doit être souligné est que certaines simplifications, malgré le fait d'être déclancher en absence de l'accord de l'accusé, lui permet de s'opposer à sa mise en œuvre, et dans ce cas l'affaire reprends la procédure traditionnelle ; ou encore, il lui est offert la possibilité de présenter un recours contre la décision si elle lui est défavorable. Ce mécanisme permet de trouver un équilibre entre la célérité et le respect des garanties du procès équitable. Néanmoins, on peut signaler l'exception de l'art. 280 du Code pénal portugais où l'accord de l'accusé n'est pas requis, ni la décision est susceptible de recours, nonobstant entraîner les mêmes effets d'une condamnation

En analysant les procédures développées antérieurement, il est possible d'apercevoir que la plupart requiert l'établissement d'éléments de culpabilité pour justifier sa mise en œuvre. Ainsi, il n'est pas tout-à-fait correcte parler d'une « évacuation » de la preuve pénale, mais il est possible de constater un changement du moment de production de ses éléments - base de l'affirmation de la culpabilité, ce qui comporte des risques.

Malgré la conception européenne de que « les éléments de preuve doivent être normalement produits devant l'accusé en audience publique en vue dans débat contradictoire »<sup>901</sup>, on constate une multiplicité des procédures simplifiées qui, en supprimant toute la phase probatoire du procès, se fondent sur des éléments de preuves collectés pendant la phase préparatoire (enquête ou délit flagrant), c'est-à-dire que l'ensemble probatoire qui va fonder la décision de justice a été produit en absence du contradictoire, c'est le cas, par exemple, dans la procédure du « patteggiamento » italien, ou dans le *guilty plea* des pays de tradition anglo-saxonne.

---

<sup>900</sup> V. supra

<sup>901</sup> M. DEMAS-MARTY, en faisant référence à la jurisprudence de la CEDH. La preuve pénale, *Droits*, PUF, n°23,1996, p.65.

Les risques emportés par cette inversion du moment de la preuve est dû au fait que la phase préparatoire est caractérisé par l'absence de contradictoire, et il est possible même d'être constatées restrictions d'accès aux dossiers de la part des accusés ou du conseil de défense, ce qui est dangereux pour le respect du principe de la présomption d'innocence et d'autres garanties du procès équitable.

Il faut noter, par exemple, au Canada, la méconnaissance de l'accusé des preuves que l'accusation possède contre lui, permet que l'autorité poursuivant dans le but de provoquer un plaidoyer de culpabilité affirme l'existence de preuves qui peut être elle n'en a pas, en caractérisant un manque de loyauté dans la procédure. Ce qui est vrai aussi, pour la procédure du *plea bargaining*, parce que si la défense ne connaît pas les preuves, il lui manque de base pour négocier sur la peine. Et pour cela, il se révèle important l'accès de l'accusé au dossier.

Les taux de criminalité et l'engorgement des systèmes de justice ne permet pas d'ignorer la demande de célérité, et par conséquent, le besoin de simplification de la procédure quand le degré de gravité de l'infraction et les circonstances des faits le permettent. Mais, il semble indispensable dans le cas des infractions qui peuvent tombées sur l'application de procédures simplifiées, le renforcement du respect des garanties du procès équitable, pour les inculpés pendant la phase préparatoire, surtout en ce qui concerne les droits de la défense, y compris, la possibilité d'indiquer les preuves à décharge à être produites, même si aucune discussion sur celles-ci sera établie.

Ainsi, il semble important pour ce qui est de la légitimité des procédures simplifiées qui suppriment la phase probatoire devant la juridiction, le renforcement du droit à la production de la preuve pour l'accusé, et par conséquence, la reconnaissance de son droit d'accès au dossier dès que soit établie des charges contre lui. Evidemment, il se révèle indispensable, le droit à un avocat pendant toute la phase préparatoire, depuis le début.



## 5/ La preuve par témoignage et le statut des témoins

Olivier BACHELET  
Mikaël BENILLOUCHE

### Résumé :

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

#### 1° Les principaux «droits» du témoin

Si, comme le souligne Bentham, les témoins sont «les yeux et les oreilles de la Justice», leurs dépositions ne peuvent être obtenues de manière inconditionnée. Le principe de la dignité de la personne humaine impose qu'**aucun acte de violence** ne soit exercé, à l'encontre d'un témoin, dans le cadre des investigations policières. Néanmoins, les impératifs de la recherche de la vérité, principal objectif du procès pénal, justifient la prise de certaines mesures coercitives à l'encontre de simples témoins. Ainsi, l'ensemble des systèmes ici étudiés prévoient, pour le témoin, une obligation de comparution devant les autorités judiciaires. En cas de non-exécution, des sanctions pécuniaires pourront être prononcées à l'encontre du témoin récalcitrant. Toutefois, ce régime rigoureux ne s'impose pas, lorsqu'un témoin doit comparaître devant les autorités policières au cours d'une enquête. Il n'y a, en ce domaine, que la France qui ait créé une telle obligation de comparution qui justifie même le recours à la force publique, en cas d'un refus éventuel. Mais, dans une telle hypothèse, il faut obtenir un «ordre de comparution» donné par le procureur de la République (art. 62 et 78 C. proc. pén.).

Par ailleurs, le témoin **n'est pas tenu de déposer** lors d'une enquête policière. Aussi bien, l'ensemble des systèmes juridiques ne prévoient-ils aucune sanction en cas de refus de déposer. En revanche, au cours des phases ultérieures, ce refus peut être sanctionné, comme d'ailleurs celui de comparaître. Mais, il n'est nullement permis d'avoir recours à des actes de violence (ce que l'on appelle les «brutalités policières») ou à certains procédés illicites, tels que le sérum de vérité ou l'hypnose, en vue de provoquer l'expression involontaire de la pensée du témoin. A cet égard, la Cour de cassation française n'a pas hésité à affirmer qu'on ne peut auditionner un témoin sous hypnose même avec son propre consentement<sup>902</sup>.

Une fois que le témoin comparaît, spontanément ou non, devant les autorités policières ou judiciaires, il dispose de certains «privileges». Il s'agit, tout d'abord, du privilège de non-incrimination, qui fait obstacle à ce qu'un témoin soit obligé de déposer dans des circonstances pouvant faire apparaître sa propre responsabilité pénale. Au Royaume-Uni, le refus de déposer peut être justifié par ce *privilege against self-incrimination*, même si certains textes y apportent des dérogations. On trouve également le même principe aux Etats-Unis et au Canada. Dans les législations autres que la *Common Law*, la même règle est adoptée. Tel est le cas en Italie et au Portugal, tandis que l'Allemagne va encore plus loin, en permettant que ce privilège soit justifié par le risque de poursuites pénales, non seulement

<sup>902</sup>.. Crim. 12 déc. 2000, D. 2001, p. 1340, note D. MAYER et J.-F. CHASSAING.

pour le témoin lui-même, mais aussi pour l'un de ses proches. En France, ce privilège apparaît indirectement, l'article 434-11 du Code pénal indiquant que la personne coupable d'un fait n'est pas tenue de témoigner pour disculper un innocent incriminé, ni d'ailleurs son conjoint, son concubin ou ses parents en ligne directe.

Ceci renvoie justement au deuxième privilège, dont un témoin dispose, le privilège familial. Celui-ci exclut toute obligation de témoigner contre ses proches. Sur ce point, il est utile de faire observer qu'au Royaume-Uni, le conjoint de l'accusé ne peut être obligé de déposer, sauf dans certains cas particuliers expressément prévus par le *Police and Criminal Evidence Act* de 1984. L'Italie et l'Allemagne prévoient également ce privilège et obligent à en informer les témoins.

Il existe, enfin, un troisième privilège consistant dans la protection du secret professionnel. L'ensemble des systèmes juridiques institue un tel privilège en faveur du policier qui ne peut être contraint de révéler l'identité de son informateur. S'agissant des médecins et des avocats, l'Italie et l'Allemagne posent un principe de liberté de témoigner, sauf si l'autorité judiciaire juge indispensable les témoignages de ces professionnels. En *Common Law*, seuls les avocats peuvent bénéficier de ce privilège. Pour les autres professionnels, en particulier les médecins, aucun privilège n'est prévu, mais, en pratique, les juges «persuadent les avocats des parties de ne pas insister sur une réponse qui compromettrait le secret professionnel». En France, qu'il s'agisse des médecins ou des avocats appelés à témoigner, ils doivent conserver le secret, sauf si leurs clients les en délient.

Le secret bancaire occupe, en outre, une place particulière, dans la mesure où il fait l'objet de réglementations strictes inspirées par le droit international. En effet, la prise de conscience par les Etats et par les organisations internationales de l'importance des trafics internationaux de capitaux, le plus souvent destinés au blanchiment d'argent sale, a conduit à la mise en place d'un système de contrôle impliquant, dans certains cas particuliers, la levée du secret bancaire. Ainsi, la Convention de Vienne du 20 décembre 1988 exclut le privilège du secret bancaire pour justifier un refus de coopération internationale, tandis que la Convention du Conseil de l'Europe du 8 novembre 1990 interdit que le secret soit invoqué pour empêcher des investigations pénales internes. Par ailleurs, une directive 91/308/CEE du Conseil de l'Europe du 10 juin 1991, modifiée le 19 novembre 2001<sup>903</sup>, tend à renforcer la prévention de l'utilisation du système financier aux fins de blanchiment de capitaux. En particulier, elle oblige les Etats membres à combattre le blanchiment des produits générés par tous les délits graves, y compris la fraude au budget communautaire. Diverses activités et professions, en plus des banquiers, se trouvent désormais tenues de participer à la lutte contre le blanchiment (commissaires aux comptes, agents immobiliers, notaires, avocats, courtiers en biens de valeur, convoyeurs de fonds et casinos).

Au niveau national, le secret bancaire est un privilège reconnu par l'ensemble des législations. Les banques étant soumises à une obligation de confidentialité et à un devoir de discrétion, la divulgation du secret est sanctionnée civilement, voire pénalement, dans les cas les plus graves, par les droits nationaux. La levée du secret bancaire peut, toutefois, être autorisée dans certaines circonstances. Ainsi, dans la plupart des pays (Allemagne, Espagne, Italie, Royaume-Uni), les autorités fiscales peuvent se procurer des informations confidentielles en respectant certaines procédures particulières, le plus souvent en cas de soupçon de délit fiscal. De même, le secret bancaire ne peut s'opposer à l'autorité judiciaire (notamment en France et au Portugal). Enfin, le cas particulier du blanchiment est prévu par la plupart des législations. Aussi bien, les établissements de crédit ont-ils un devoir de vigilance renforcé, les différentes législations leur imposant l'obligation de déclarer à certaines autorités compétentes (comme c'est, en France, la cellule de recherches TRACFIN, créée par la loi du 12 juillet 1990 et dépendant du ministère de l'Economie et des Finances), les sommes d'argent qui «pourraient provenir» du trafic de stupéfiants ou d'activités criminelles organisées (v. pour la France, art. L. 562-2 C. mon. et fin.).

<sup>903</sup>. V. Lamy *Droit pénal des affaires*, *Bulletin d'actualité*, n° 1, déc. 2001, p. 7.

Il est donc permis de constater que, même si tous les systèmes juridiques des pays ici étudiés instituent certains privilèges au profit des témoins, les nécessités de la répression obligent en même temps à prévoir des dérogations, ce qui relativise finalement la portée de ces privilèges.

## 2° Les conditions d'admission des témoignages dans le procès pénal

Etant donné que le témoignage est susceptible d'influencer la décision des juges, donc le sort de la personne mise en cause, il est soumis à des conditions d'admission rigoureuses tendant à assurer sa fiabilité. Par ailleurs, la personne mise en cause dispose d'un droit de confrontation.

S'agissant du contrôle de la **fiabilité du témoignage**, l'ensemble des législations prévoient de nombreuses règles ayant pour finalité de prévenir la mauvaise foi du témoin. Tout d'abord, la prestation de serment permet de garantir la bonne foi de la personne auditionnée et de présumer la véracité de ses déclarations. Toutefois, son efficacité est limitée, puisqu'il n'intervient – dans la majorité des cas – qu'au stade de l'audience, parfois de l'instruction, jamais lors des investigations policières. Les différents systèmes juridiques prévoient, ensuite, des incapacités et des incompatibilités, dispensant certaines personnes de déposer en raison d'une inaptitude fondée sur une présomption de partialité. Ainsi, les incompatibilités ont pour objectif d'empêcher un individu d'être à la fois témoin et juge ou partie dans le procès pénal. Dans cette mesure, les jurés et les magistrats de la juridiction de jugement ne peuvent logiquement déposer. Enfin, certains témoignages sont, par leur nature, considérés irrecevables et insuffisamment probants. Il s'agit des témoignages indirects ou par «oui-dire» constitués par les déclarations d'un témoin ayant été informé par une tierce personne des faits qu'il relate. Puisque la fiabilité d'un tel témoignage s'avère toute relative, certains des systèmes juridiques en écartent la recevabilité. L'exclusion de cette preuve concerne non seulement le témoignage indirect, mais aussi la lecture à l'audience des procès-verbaux dressés pendant la phase préparatoire. Par voie de conséquence, tous les témoins doivent déposer à l'audience et sont obligatoirement interrogés par la partie qui les a cités, puis contre-interrogés par la partie adverse (Allemagne, Italie, Portugal). Toutefois, des dérogations sont prévues par les différentes législations, dans la mesure où il serait nuisible à la manifestation de la vérité de refuser la lecture de certaines déclarations, dès lors que leur auteur ne peut comparaître à l'audience. Ainsi, au Royaume-Uni et en Italie, est admise la lecture des déclarations écrites d'un témoin décédé, malade, introuvable ou résidant à l'étranger. Quant au droit français, il n'écarte pas, en principe, la preuve par «oui-dire». Si cette position peut sembler critiquable au regard de la nécessaire fiabilité du témoignage, elle n'est pas remise en cause par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme qui ne considère pas le témoignage par «oui-dire» incompatible avec l'équité du procès, sous réserve de l'existence d'autres éléments probatoires venant le corroborer. En réalité, les règles relatives au témoignage par «oui-dire» trouvent leur prolongement dans le droit de confrontation reconnu à la personne mise en cause.

Quant à ce droit de «**confrontation**», on sait que l'article 6§3-d de la Conv. EDH reconnaît à tout accusé le droit d'«interroger ou de faire interroger les témoins à charge ... ». Afin de satisfaire à cet impératif, l'ensemble des systèmes étudiés organisent le formalisme de l'audition des témoins. On peut, à cet égard, relever une distinction importante entre les pays de *Common Law* et les pays de tradition romano-germanique. Selon la législation de ces derniers, il appartient au président du tribunal de mener les débats et d'interroger les témoins. Si les parties veulent donc poser des questions, elles doivent le faire par l'intermédiaire du magistrat. Néanmoins, ce système a fait l'objet d'aménagements notamment en France ou en Allemagne, où les parties disposent, désormais, du droit de poser directement leurs questions, sous réserve du pouvoir du président de les écarter, s'il les estime inopportunes.

Néanmoins, des atténuations sont prévues par les deux systèmes, dans l'hypothèse où les témoins, placés face à la personne mise en cause, risqueraient d'être menacés. Aussi bien, certaines législations limitent-elles l'obligation de comparaître en prévoyant l'enregistrement des dépositions par vidéo ou encore l'organisation de vidéo-conférences. On peut citer notamment le cas de la France où, depuis la loi du 15 novembre 2001, il est prévu, pour tous les crimes ou les délits punis d'au moins une peine

d'emprisonnement de trois ans, le maintien de l'anonymat du témoin, dont la vie ou l'intégrité serait menacée. Dans cette hypothèse, l'audition du témoin ne pourra avoir lieu qu'en ayant recours à un dispositif d'altération de l'image et de la voix, sur autorisation du juge des libertés et de la détention. Cette atténuation importante au droit à la confrontation a été admise par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme, qui, dans l'affaire *Kostovski*, a précisé les conditions d'admissibilité des témoignages anonymes dans le cadre d'un procès pénal : tout d'abord, le témoignage anonyme ne doit être qu'un élément de preuve parmi d'autres ; le témoin doit, ensuite, avoir été interrogé par un magistrat connaissant son identité ; et enfin, il est nécessaire que la défense ait pu interroger le témoin, notamment par l'intermédiaire d'un système garantissant l'anonymat. Si ces trois conditions sont remplies, les juges peuvent s'appuyer sur un tel moyen de preuve, pour prononcer une décision de condamnation ou de relaxe.

H.M.

Parmi les preuves recueillies dans le cadre d'une procédure pénale, le témoignage occupe une place prédominante. Le caractère oral de l'audience pénale et la nature factuelle de l'objet de la preuve expliquent ce statut particulier. Néanmoins, si – en pratique – il est possible de qualifier le témoignage de « *reine des preuves* »<sup>904</sup>, ceci ne signifie pas qu'il soit doté d'une valeur particulière puisque – sauf exceptions<sup>905</sup> – aucune hiérarchisation formelle des modes de preuve n'existe dans l'ensemble des systèmes étudiés.

Le considérable développement de la notion de procès équitable<sup>906</sup> – sous l'influence du droit des droits de l'Homme et, en particulier, de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme – a mené à une évolution des règles relatives au témoignage. En particulier, le principe de l'égalité des armes impose aujourd'hui que les éléments de preuve soient produits en audience publique devant la personne mise en cause, en vue d'un débat contradictoire. Ceci a donc nécessairement des incidences quant à la prise en compte des témoignages anonymes.

Dans cette perspective humaniste, plutôt que d'envisager – comme c'est coutume de le faire – le rôle du témoin dans le cadre global de la procédure pénale, nous nous intéresserons plus spécifiquement aux droits dont il dispose (I.) ainsi qu'à ceux attribués à la personne mise en cause afin de contester les affirmations de celui qui l'accable (II.).

#### A) Les droits du témoin

Si, comme le souligne BENTHAM, les témoins sont « *les yeux et les oreilles de la Justice* »<sup>907</sup>, leurs dépositions ne peuvent être obtenues de manière inconditionnée. En particulier, les privilèges accordés au témoin doivent être respectés afin de garantir ses droits fondamentaux, notamment celui de la présomption d'innocence (2°). De même, le principe de la dignité humaine bénéficiant à tous, l'administration du témoignage se doit d'en observer les règles (1°).

<sup>904</sup> M.-L. RASSAT, *Traité de procédure pénale*, P.U.F., 2001, p. 396.

<sup>905</sup> Voir, par exemple, l'article 537 alinéa 1<sup>er</sup> du CPP français qui prévoit que les contraventions sont prouvées, soit par procès-verbaux de constatation d'infraction ou rapports, soit – à défaut de procès-verbaux et rapports – par témoins.

<sup>906</sup> O. BACHELET, Y. CAUCHETIER, G. LEMIERE et V. ROBERT, « L'émergence d'une conception commune du procès équitable. Rapport de synthèse des travaux du Séminaire 2000-2001 de l'Ecole doctorale de droit comparé », in M. DELMAS-MARTY, H. MUIR-WATT et H. RUIZ-FABRI, *Variations autour d'un droit commun. Premières Rencontres de l'UMR de droit comparé de Paris*, Société de législation comparée, 2002, pp. 111-155.

<sup>907</sup> J. BENTHAM, *Traité des preuves judiciaires*, 1830, tome 1, n° 93.

## 1°) Le respect de la dignité humaine

Comme la personne mise en cause, le témoin ne peut voir mis en cause son intégrité physique dans le cadre d'investigations pénales. Néanmoins, les impératifs de recherche de la vérité imposent une certaine contraignabilité du témoin imposant une obligation nuancée de comparaître et de déposer.

En premier lieu, l'ensemble des systèmes étudiés imposent au témoin une obligation de comparaître devant les magistrats. En cas d'inexécution, des sanctions pécuniaires de nature pénale sont prévues et, le cas échéant, des mesures de contrainte peuvent être décidées à l'encontre du témoin récalcitrant. Néanmoins, ce régime rigoureux ne s'impose pas aux auditions de témoins décidées à la phase policière. Il n'est, en ce domaine, que la France qui ait créée une obligation de comparaître exécutable par la force. Mais, il est alors nécessaire d'obtenir une décision du procureur de la République appelée « *ordre de comparution* » (art. 62 et 78 du CPP français).<sup>908</sup>

En second lieu, comme pour la personne mise en cause, le témoin n'est pas tenu de déposer lors de l'enquête de police. En effet, dans l'ensemble des systèmes étudiés aucune sanction n'existe en cas de refus de déposer opposé par un témoin. Néanmoins, au cours des phases postérieures à l'enquête de police, l'obligation de déposer est un principe général sanctionné comme le refus de comparaître. Toutefois, en aucun cas le refus de déposer ne peut être vaincu par des mesures portant atteinte à la dignité humaine. Ainsi, comme pour la personne mise en cause, la torture et toutes autres formes de brutalités policières sont exclues. De manière similaire, doivent être écartés tous les procédés permettant de provoquer l'expression involontaire de la pensée, tels que le sérum de vérité ou l'hypnose.<sup>909</sup>

Nous remarquons donc que le témoin dispose d'un droit – lors de phase policière – à ne pas participer aux investigations. Ce droit disparaît néanmoins lorsque la recherche de la vérité se fait plus pressante et est menée par des magistrats. Néanmoins, même à ce stade, l'objectif de répression ne peut mener à une négation du droit fondamental au respect de la dignité humaine attachée à toute personne, qu'il s'agisse du témoin ou de la personne mise en cause. Nous verrons, en outre, que – même lorsque les investigations sont menées par des magistrats – le témoin peut bénéficier de certains privilèges lui accordant le droit de conserver le silence.

---

<sup>908</sup> J. PRADEL, *Droit pénal comparé*, Dalloz, collection Précis, 2002, p. 515.

<sup>909</sup> Voir l'annulation, par la Cour de cassation française, de l'audition d'un témoin faite sous hypnose : Cass. crim., 12 décembre 2000, *D.* 2001, jur., p. 1340, note D. MAYER et J.-F. CHASSAING.

## 2°) Les privilèges du témoin

Leur comparution ayant été obtenue, certains témoins bénéficient néanmoins de privilèges leur permettant de conserver le secret. Ces privilèges sont au nombre de trois : le privilège de non-incrimination, le privilège familial et le privilège issu du secret professionnel.

Le privilège de non-incrimination empêche qu'un témoin ne soit obligé de déposer dans des circonstances pouvant faire apparaître sa propre responsabilité pénale<sup>910</sup>. C'est en *Common Law* que cette notion a été systématisée pour la première fois. En Angleterre, le refus de déposer peut être justifié par ce *privilege against self-incrimination*, quoique certains textes obligent le témoin à répondre aux questions des policiers<sup>911</sup>. Aux Etats-Unis<sup>912</sup> et au Canada, le même principe s'applique avec quelques nuances. Ainsi, les personnes invoquant à tort ce privilège ou bénéficiant d'une *testimonial immunity* doivent témoigner sous peine d'être poursuivies pour *contempt of court*, en tant qu'atteinte à l'administration de la justice. Dans les législations autres que le *Common Law*, la même idée apparaît. C'est le cas en Italie (article 198 CPP)<sup>913</sup> et au Portugal (article 133-2 CPP). L'Allemagne va plus loin en permettant que ce privilège soit justifié par le risque de poursuites pénales, non seulement, pour le témoin lui-même, mais aussi, pour l'un de ces proches (article 52 §1 StPO). En France, ce privilège apparaît de manière indirecte, l'article 434-11 du Nouveau Code pénal précisant que la personne coupable d'un fait n'est pas tenue de témoigner pour disculper un innocent incriminé, ni d'ailleurs son conjoint, son concubin ou ses parents en ligne directe.

Ceci renvoie au privilège familial excluant toute obligation de témoigner contre ses proches. En Angleterre, il est traditionnellement admis que le conjoint de l'accusé ne peut être obligé de déposer. Toutefois, le *Police and Criminal Evidence Act* de 1984 prévoit certaines exceptions lorsque la déposition est faite en faveur de l'accusé (article 80 (2)) ou, à la demande de la poursuite, dans certains cas très graves tels qu'agressions contre la femme ou contre une personne mineure de seize ans. L'Italie et l'Allemagne prévoient également ce privilège et obligent à en informer les témoins. En revanche, la France, n'a pas adopté une

---

<sup>910</sup>. Ainsi, ce privilège implique, non seulement, l'incontraignabilité du témoin à déposer en sa défaveur, mais aussi, l'impossibilité d'une poursuite ultérieure fondée sur son témoignage.

<sup>911</sup>. Notamment, le *Companies Act* de 1985 en matière de circulation.

<sup>912</sup>. Voir le V<sup>ème</sup> Amendement de la Constitution des Etats-Unis.

<sup>913</sup>. Article 198 du CPP italien : « *Le témoin ne peut être obligé de déposer sur des faits qui pourraient faire apparaître sa propre responsabilité pénale* ».

position aussi nette dans la mesure où, comme nous l'avons vu, seul l'article 434-11 du Nouveau Code pénal envisage ce privilège dans un cas bien déterminé.

S'agissant de la protection du secret professionnel, l'ensemble des systèmes étudiés prévoit un privilège en faveur du policier qui ne peut être contraint à donner l'identité de son informateur. Ce principe est consacré par la loi, comme en Italie (article 201 du CPP), ou par la jurisprudence, comme en France, Belgique ou Angleterre<sup>914</sup>. Quant aux journalistes, une situation moins consensuelle apparaît. En effet, si l'Allemagne et l'Italie leur concèdent le choix de déposer ou non, la France demeure hostile au secret et n'admet que la possibilité de ne pas révéler l'origine des informations récoltées par le journaliste entendu comme témoin (article 109, alinéa 2 CPP). En Angleterre, le secret est admis sauf si le juge estime nécessaire qu'il soit brisé dans l'intérêt de la justice, de la sécurité de l'Etat ou pour prévenir une infraction<sup>915</sup>. Enfin, s'agissant des médecins ou avocats, des distinctions doivent être faites. En France, ces personnes appelées en témoignage doivent conserver le secret sauf si leurs clients les en délient<sup>916</sup>. En Italie, l'article 200 CPP pose un principe de liberté repris en Allemagne (article 53 St PO), sauf lorsque le juge estime nécessaire que le professionnel témoigne. En *Common Law*, seuls les avocats bénéficient du même privilège, à moins qu'il soit établi que certaines questions traitées par le professionnel l'ont été avec « *une intention criminelle* »<sup>917</sup>. Pour les autres professions, en particulier les médecins, aucun privilège n'est prévu, mais en pratique les juges « *persuadent les avocats des parties de ne pas insister sur une réponse qui compromettrait le secret professionnel* »<sup>918</sup>.

Dans le domaine du secret professionnel, le secret bancaire<sup>919</sup> occupe une place particulière dans la mesure où il fait l'objet de réglementations strictes inspirées par le droit international. En effet, la prise de conscience par les Etats et par les organisations internationales de l'importance des trafics internationaux de capitaux, le plus souvent destinés

<sup>914</sup> Notion de « *public interest immunity* »

<sup>915</sup> Article 10 de la loi anglaise de 1981 sur le « *contempt of court* ».

<sup>916</sup> S'agissant des perquisitions effectuées dans les cabinets d'avocats, le rapport d'un groupe de travail constitué par la Garde des Sceaux et présidé par le premier Président de la Cour de cassation a été rendu public le 13 septembre 1999. Celui-ci recommande de renforcer l'actuel contrôle du bâtonnier de l'Ordre qui, lors de la perquisition, serait chargé de sélectionner les pièces qu'il estime confidentielles parmi celles que veut saisir le juge d'instruction. A la suite, ces pièces seraient soumises à un « *juge du secret* » afin qu'il décide si les pièces concernées peuvent être, ou non, saisies par le juge d'instruction (*Le Monde* du 29 septembre 1999, p. 10).

<sup>917</sup> Article 10-2 du *Police and Criminal Evidence Act* de 1984. Cette solution est, également, dégagée par la jurisprudence française (voir un arrêt récent : Crim., 30 juin 1999, D. 1999.458, note J. PRADEL).

<sup>918</sup> J. R. SPENCER, « Le droit anglais », *Revue Internationale de Droit Pénal* (la preuve en procédure pénale comparée), 1<sup>er</sup> et 2<sup>ème</sup> trimestres 1992, p. 94.

<sup>919</sup> « Résumé des législations nationales sur le secret bancaire » in *Blanchiment d'argent et crime organisé. La dimension juridique* par J.-L. HAREL et P. RAMAEL, P.U.F., collection « Criminalité internationale », 1996, p. 174.

au blanchiment d'argent sale, a mené à la mise en place d'un système de contrôle impliquant, dans certains cas particuliers, la levée du secret bancaire. Ainsi, la Convention de Vienne du 20 décembre 1988 exclut le privilège du secret bancaire pour justifier un refus de coopération internationale (article 18), la Convention du Conseil de l'Europe du 8 novembre 1990 interdit que le secret soit invoqué pour empêcher des investigations pénales internes (article 4) et la directive communautaire du 10 juin 1991 oblige les banques et les institutions financières à informer spontanément les autorités judiciaires ou de police de tout fait pouvant être lié au blanchiment de capitaux en application du principe de la levée du secret bancaire en matière pénale (article 6). Au niveau national, le secret bancaire est un privilège reconnu par l'ensemble des législations étudiées. Les banques étant soumises à une obligation de confidentialité et à un devoir de discrétion, la divulgation de secret est sanctionnée civilement, voire pénalement dans les cas les plus graves<sup>920</sup>, par les droits nationaux. Toutefois, la levée du secret bancaire peut être autorisée dans certaines circonstances. Ainsi, les autorités fiscales peuvent se procurer des informations confidentielles en respectant certaines procédures particulières, le plus souvent en cas de soupçon de délit fiscal (Allemagne, Espagne, Italie, Royaume-Uni<sup>921</sup>, notamment, et Suisse seulement en cas de fraude fiscale). Cette hypothèse est exclue en Belgique et, actuellement, débattue en France provoquant l'hostilité des milieux professionnels<sup>922</sup>. De même, le privilège du secret bancaire ne peut être invoqué lorsque des informations sont demandées par l'autorité judiciaire agissant dans le cadre d'une procédure pénale (France, Grèce, Portugal, notamment). Enfin, le cas particulier du blanchiment est prévu par la plupart des législations étudiées et mène à une obligation de communication de toute opération suspecte par le banquier aux autorités concernées (France auprès du service TRACFIN, Grèce, Portugal, Norvège). Dans ces hypothèses, seule la législation suisse demeure la moins favorable à la levée du secret bancaire en imposant des conditions particulièrement strictes<sup>923</sup>.

<sup>920</sup>. Voir les législations suisse et néerlandaise ainsi que l'article 226-13 du Code pénal français.

<sup>921</sup>. Il s'agit d'une exception au principe de confidentialité parmi les quatre instaurées par la jurisprudence britannique :

lorsque la divulgation est rendue obligatoire par la loi, ce qui est le cas ici ;

lorsqu'elle constitue une obligation à l'égard du public ;

lorsque les intérêts de la banque le requièrent, et

lorsqu'elle s'effectue avec le consentement formel ou tacite du client.

<sup>922</sup>. Voir l'article 57 du projet de loi de finances 2000 (*Le Monde* des 21-22 novembre 1999, p. 30).

<sup>923</sup>. « Résumé des législations nationales sur le secret bancaire » in *Blanchiment d'argent et crime organisé. La dimension juridique* par J.-L. HAREL et P. RAMAEL, P.U.F., collection « Criminalité internationale », 1996, p. 190.

Les témoins, comme nous venons de l'étudier, disposent d'un certain nombre de droits leur permettant – parfois de manière limitée – de refuser de participer aux investigations. Néanmoins, dans la perspective actuelle d'un considérable développement du droit à un procès équitable, il convient de pousser plus loin la réflexion et de nous intéresser – au-delà du statut du seul témoin – aux droits reconnus à la personne mise en cause face à la personne qui l'accable.

#### B) Les droits de la personne mise en cause face au témoin

Le témoignage étant susceptible d'influencer grandement la décision de la juridiction de jugement, celui-ci doit être soumis à des conditions d'admission rigoureuses destinées à éviter toute remise en cause ultérieure. C'est la raison pour laquelle, d'une part, plusieurs mécanismes de contrôle de la fiabilité du témoignage existent (1°) et, d'autre part, que la personne mise en cause dispose d'un droit de confrontation (2°).

##### 1°) Le contrôle de la fiabilité du témoignage

Afin de garantir la fiabilité du témoignage, l'ensemble des systèmes étudiés prévoient de nombreuses règles ayant pour finalité de prévenir la mauvaise foi du témoin.

En premier lieu, la prestation de serment permet de garantir la bonne foi du témoin et de présumer la véracité de ses déclarations. Toutefois, son efficacité est limitée puisqu'il n'intervient – dans la majorité des cas – qu'au stade de l'audience, parfois de l'instruction, jamais lors des investigations policières. Cette solution est critiquable dans la mesure où, l'audition d'un témoin à l'audience de jugement n'étant pas un droit absolu, la fiabilité du témoignage recueilli lors d'une enquête ne pourra pas être remise en cause lors des débats<sup>924</sup>.

En deuxième lieu, les systèmes étudiés prévoient des incapacités et des incompatibilités dispensant certaines personnes de déposer en raison d'une inaptitude fondée sur une présomption de partialité. Ainsi, les incompatibilités ont pour objectif d'empêcher un individu d'être à la fois témoin et juge ou partie dans le procès pénal. Dans cette mesure,

---

<sup>924</sup>. P. HENNION, *Preuve pénale et droits de l'Homme*, thèse dactyl. Nice, 1998, p. 271

les jurés et les magistrats de la juridiction de jugement ne peuvent logiquement déposer<sup>925</sup>. Quant aux incapacités, celles-ci résultent d'une défiance naturelle envers les qualités inhérentes à certains déposants. C'est la raison pour laquelle le discernement du déposant est une condition essentielle à la possibilité de témoigner. Dès lors, les déclarations de jeunes enfants et de malades mentaux ne doivent – en principe<sup>926</sup> – pas être prises en compte.

En troisième et dernier lieu, certains témoignages sont – de par leur nature – considérés irrecevables car insuffisamment probants. Il s'agit des témoignages indirects ou par « *ouï-dire* » constitués par les déclarations d'un témoin ayant été informé par une tierce personne des faits qu'il relate. Puisque la crédibilité d'un tel témoignage s'avère toute relative, certains des systèmes étudiés en écartent la recevabilité. C'est surtout le *Common Law* qui, en ce domaine, a dégagé un corps minutieux de règles destiné à assurer le respect des principes du contradictoire et de l'immédiateté de la preuve mis à mal par la preuve par « *ouï-dire* ».

L'exclusion de cette preuve concerne, non seulement le témoignage indirect, mais aussi la lecture à l'audience des procès-verbaux rédigés durant la phase préparatoire. En conséquence, tous les témoins doivent déposer à l'audience et sont obligatoirement interrogés par la partie qui les a cités, puis contre-interrogés par la partie adverse. Ces règles ont, peu à peu, gagné les systèmes romano-germaniques puisque l'Allemagne (§ 250 St PO), l'Italie (art. 195 du CPP) et le Portugal (art. 129 du CPP) prévoient des dispositions similaires. Toutefois, le principe de l'exclusion n'est pas absolu dans la mesure où il serait nuisible à la manifestation de la vérité de refuser la lecture de certaines déclarations dès lors que leur auteur n'est pas en mesure de comparaître à l'audience. Ainsi, le juge canadien accepte la déposition d'un adulte auquel un enfant en bas âge a fait des révélations corroborés par d'autres éléments<sup>927</sup>. De même, en Angleterre<sup>928</sup> et en Italie<sup>929</sup>,

---

<sup>925</sup> L'exclusion des témoignages des proches parents de la personne mise en cause peut – au-delà de la préservation de la décence familiale examinée plus haut – également s'expliquer par la recherche de témoignages fiables. La Cour européenne des droits de l'Homme a illustré cette hypothèse en considérant contraire à l'équité du procès la prise en compte de déclarations à charge de proches parents de l'accusé : CEDH, 24 novembre 1986, *UNTERPERTINGER c/ Autriche*, série A, n° 110.

<sup>926</sup> En Angleterre, le *Criminal Justice Act* de 1991 (Section 52) décide qu'est capable de témoigner tout enfant apte à communiquer intelligemment, quelque soit son âge.

<sup>927</sup> P. BELIVEAU, B. LETENDRE et M. VAUCLAIR, *Précis élémentaire de preuve et de procédure pénales*, Thémis, Montréal, 1993, p. 126.

<sup>928</sup> Section 23 du *Criminal Justice Act* de 1988.

<sup>929</sup> Article 195 du CPP.

est admise la lecture des déclarations écrites d'un témoin décédé, malade, introuvable ou résidant à l'étranger.

Le droit français, quant à lui, émet peu de réserves quant au contenu du témoignage, les témoins devant déposer sur les faits ou sur la personnalité et la moralité de la personne mise en cause. C'est pourquoi la preuve par « *oui-dire* » est admise au même titre que le témoignage direct. Cette position, si elle peut paraître critiquable au regard de la nécessaire fiabilité du témoignage, n'est pas remise en cause par le droit européen qui ne considère pas le témoignage par « *oui-dire* » incompatible avec l'équité du procès, sous réserve de l'existence d'autres éléments probatoires venant le corroborer.<sup>930</sup>

Destinées à assurer le respect des principes du contradictoire et de l'immédiateté de la preuve, les règles relatives au témoignage par « *oui-dire* » trouvent leur prolongement dans le droit de confrontation reconnu à la personne mise en cause.

## 2°) Le droit de confrontation

Le principe de l'égalité des armes qui résulte du droit à un procès équitable et qui se définit comme « *une possibilité raisonnable d'exposer sa cause au tribunal dans des conditions qui ne [...] désavantage pas [une partie] d'une manière appréciable par rapport à la partie adverse* »<sup>931</sup> commande que les éléments de preuve – en particulier les témoignages – soient produits devant la personne mise en cause en vue d'un débat contradictoire.

Ce principe se trouve notamment exprimé dans l'article 6, § 3, *d* de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales (CESDH) qui prévoit le droit de tout accusé à « *interroger ou faire interroger les témoins à charge [...]* ». Cette garantie accordée à la personne mise en cause a fait l'objet de plusieurs arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme (CEDH) ayant aménagé la possibilité pour l'accusé de contester les témoignages à charge et de présenter sa propre version des faits.<sup>932</sup>

<sup>930</sup> Comm. EDH, 1<sup>er</sup> juin 1972, X. *c/ Autriche*, cité par M. VAN DE KERCHOVE, « La preuve en matière pénale dans la jurisprudence de la Cour et de la Commission européennes des droits de l'Homme », *RSC* 1992, p. 14.

<sup>931</sup> Comm. EDH, 30 juin 1959, affaire *SZWABOWWIEZ*, *Répertoire de la jurisprudence relative à la Convention européenne des droits de l'Homme*, 1955-1967, p. 93

<sup>932</sup> Voir, notamment : CEDH, 20 novembre 1989, *KOSTOVSKI c/ Pays-Bas*, série A, n° 166 ; 19 décembre 1990, *DELTA c/ France*, série A, n° 191 ; 24 novembre 1993 *IMBROSCIA c/ Suisse*, série A, n° 275, et *SAÏDI c/ France*, 20 septembre 1993, série A, n° 261.

Afin de satisfaire à ce droit de confrontation, l'ensemble des systèmes étudiés organisent le formalisme de l'audition des témoins. C'est ici qu'apparaît l'une des distinctions essentielle entre les pays de *Common Law* et les pays de tradition romano-germanique. Dans les droits romano-germaniques, il appartient au président du tribunal de mener les débats et d'interroger les témoins. Ceci signifie que, si les parties veulent poser des questions, elles doivent le faire par l'intermédiaire du magistrat. Néanmoins, ce système a fait l'objet d'aménagements notamment en Allemagne (§ 341 St PO) et en France (art. 442-1 du CPP) où désormais les parties peuvent poser directement leurs questions, sous réserve du pouvoir du président de les écarter s'il les estime inopportunes. En *Common Law*, trois phases peuvent être distinguées : celle de l'interrogatoire principal mené par la partie qui produit le témoin ; celle du contre-interrogatoire conduit par la partie adverse ; et enfin celle du ré-interrogatoire mené par la première partie.

Néanmoins, ces deux systèmes destinés à assurer l'effectivité du droit de confrontation fait l'objet d'atténuations. Il s'agit, pour l'essentiel, des mesures de protection des témoins qui, placés face à la personne mise en cause, risqueraient d'être menacés. Certaines législations limitent ainsi l'obligation de comparaître en prévoyant l'enregistrement vidéo des dépositions ou l'organisation de vidéoconférences. Parfois, le législateur va plus loin en admettant la conservation de l'anonymat d'un témoin. Tel est notamment le cas de la France qui, depuis la loi du 15 novembre 2001, pour tous les crimes et délits punis de trois années d'emprisonnement ou plus, prévoit le maintien de l'anonymat du témoin dont la vie ou l'intégrité serait menacée – par exemple, par un dispositif d'altération de l'image et de la voix – après autorisation du juge des libertés et de la détention. Cette atténuation importante au droit à la confrontation a, malgré tout, été admise par la CEDH à une triple condition : le témoignage anonyme ne doit qu'être un élément de preuve parmi d'autres ; le témoin doit avoir été interrogé par un magistrat connaissant son identité ; et enfin il est nécessaire que la défense ait pu interroger le témoin, notamment par l'intermédiaire d'un système garantissant l'anonymat<sup>933</sup>.

Les droits accordés à la personne mise en cause face au témoin à charge – même s'ils peuvent faire l'objet d'atténuations – permettent donc une garantie effective du principe du contradictoire, pilier de l'équité du procès. L'influence de la CEDH en la matière doit ç nouveau être souligné. Néanmoins, il est à regretter que les organes de Strasbourg n'envisage la notion de procès équitable que dans le sens d'un rééquilibrage systématique en faveur de la

---

<sup>933</sup>. Voir, notamment : CEDH, *KOSTOVSKI c/ Pays-Bas* et *SAÏDI c/ France*, précités.

personne poursuivie. En ce sens, la jurisprudence de la CEDH relative au procédures *in absentia* doit être critiquée<sup>934</sup>. Car, s'il est nécessaire de préserver le droit de confrontation de la personne mise en cause, il est également essentiel d'assurer efficacement l'interrogatoire de cette dernière afin que de la contradiction jaillisse la vérité.

---

<sup>934</sup> La CEDH, en déclarant contraire à l'équité du procès la sanction de l'absence injustifiée de la personne mise en cause, semble dégager un véritable droit à ne pas comparaître qui heurte de front le principe de l'égalité des armes. Voir, notamment : CEDH, 28 mai 2000, *VAN PELT c/ France*, *Cahiers du CREDHO* 2001, obs. O. BACHELET, pp. 169-179 ; 13 février 2001, *KROMBACH c/ France*, *Cahiers du CREDHO* 2002, obs. O. BACHELET, pp. 87-95.

## CONCLUSIONS

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

Cette préséance des droits internes explique les divergences que les études menées ont fait apparaître. Pour certaines sans conséquences, comme, par exemple, la formulation du pouvoir du juge en matière d'appréciation des preuves – l'intime conviction continentale et le *beyond reasonable doubt* anglais imposant l'une et l'autre le principe de la preuve morale – pour d'autres plus problématiques, dès lors qu'elles risqueraient de gêner ou entraver la coopération judiciaire et de faire échec à la preuve – que ces divergences soient celles des règles de preuve elles-mêmes, quant à la légalité des modes de preuve, par exemple, que ces divergences soient celles des règles du droit substantiel rejaillissant indirectement sur le recueil de la preuve, par exemple l'absence d'incriminations dans certains pays comme c'est le cas en matière de cybercriminalité. Les études qui précèdent permettent ainsi d'éclairer les points de divergences techniques faisant le départ entre eux, suivant qu'ils constituent ou non un obstacle à une éventuelle harmonisation.

Cette nationalisation du droit de la preuve doit toutefois être relativisée, et par l'histoire et par l'actualité.

Cela fait longtemps que les systèmes juridiques s'empruntent mutuellement et que « les procédures pénales continentales et anglaise », ainsi que le fait remarquer J.R. Spencer, « n'ont cessé chacune de prendre dans l'autre tradition une partie de ses idées les plus rationnelles en matière de preuve ». Il y a, en effet, 200 ans que la France – et les systèmes qui s'en sont inspirés – a accepté l'un des principes fondamentaux de la *common law* à savoir que l'une des exigences d'un procès équitable réside dans la séparation de la fonction d'investigation – c'est-à-dire celle de rechercher les preuves – et la fonction de jugement – c'est-à-dire celle de les évaluer. Il y a 150 ans que le système anglais est parvenu à accepter cette idée fondamentale de la tradition française que l'une des exigences du procès équitable

est la communication des pièces avant l'audience et qu'à la phase décisionnelle la surprise (au moins pour l'accusation) ne soit pas une arme légitime ; que les systèmes de tradition française sont parvenus à accepter ce principe fondamental de la *common law* que l'une des exigences d'un procès équitable est qu'à l'audience le juge puisse se former une impression vraie de la sincérité des témoins et de l'exactitude de leurs dépositions ce qui oblige, en principe, à les entendre oralement, etc.<sup>935</sup> L'estompement des frontières procédurales n'est donc pas un phénomène récent. Mais il est clair qu'il se renforce actuellement sous l'effet de deux facteurs.

Le premier facteur est, indéniablement, l'influence du droit international, et plus précisément s'agissant de l'Europe, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Sans doute, cette influence n'est-elle qu'indirecte ; elle n'en est pas moins capitale. Du texte même de la Convention, en effet, - qui ne contient pas le terme preuve - ne ressort aucun modèle juridique relatif à la preuve. Et pourtant, la CEDH encadre doublement le système de preuve par les exigences du procès équitable et par le respect des droits garantis par la Convention (articles 3, 8, 10). Cet encadrement doit toutefois être bien compris. La CEDH a, à maintes reprises, affirmé les limites de sa tâche : la réglementation relative à l'admissibilité de la preuve relève du droit interne, la Cour n'ayant pour compétence que de s'assurer que le droit à un procès équitable a été globalement respecté ; l'appréciation de la preuve relève du juge national et une preuve illégalement obtenue n'implique pas forcément une violation de l'article 6 de la Convention<sup>936</sup>. Mais si le recueil de la preuve viole un droit reconnu par un autre article de la Convention, c'est sur le fondement de cet article que la violation est constatée.

Le mécanisme de contrôle mis en place par la CEDH en matière de preuve révèle parfaitement les ambiguïtés et complexités du régime juridique de la preuve. Celui-ci, d'une part, relève des droits internes, la compétence des Etats expliquant dès lors des divergences, mais il est soumis, d'autre part, au respect des principes du procès équitable et des droits substantiels de l'homme, principes et droits garantis non seulement par la Convention européenne mais également par la Charte de l'Union européenne et par la Déclaration

---

<sup>935</sup> J.R SPENCER, Procédures pénales d'Europe, op. , p. 547 et s. . v. Introduction, in *European Criminal Procedures*, op. cit.

<sup>936</sup> Not. CEDH 9 juin 1998, Teixeira de Castro c. Portugal, &34 : « La Cour rappelle que la recevabilité des preuves relève au premier chef des règles de droit interne et qu'en principe il revient aux juridictions nationales d'apprécier les éléments recueillis par elles. La tâche de la Cour consiste à rechercher si la procédure envisagée dans son ensemble y compris le mode de présentation des moyens de preuve, a revêtu un caractère équitable ».

universelle des droits de l'homme et le Pacte international des droits civils et politiques, ce qui emporte un socle commun de standards applicables, voire une uniformisation à l'égard de droits pour lesquels ne peut exister aucune marge nationale d'appréciation.

Le régime juridique de la preuve se construit ainsi de manière circulaire : d'un mouvement ascendant des droits internes au droit international puis d'un mouvement descendant du droit international aux droits internes, sans que la boucle se ferme là, les renationalisations ne pouvant qu'influencer à leur tour et à nouveau le droit international.

Or ces renationalisations, qui s'expliquent par le jeu naturel du cycle de la norme, portent aujourd'hui la marque du deuxième facteur d'estompement des frontières procédurales.

Le deuxième facteur est, tout aussi indéniablement, les mutations de la criminalité, elles-mêmes favorisées par divers facteurs, suffisamment connus pour qu'il ne soit ici utile que de les rappeler : la création d'un espace européen de libre circulation des personnes, des marchandises et des capitaux, mais également la mondialisation des économies et des échanges, qui facilitent les criminalités transnationales et internationales, la révolution technologique qui, par l'espace cybernétique, fait disparaître toutes les frontières, les menaces que font peser, de manière indifférenciée, sur toutes les sociétés occidentales, certaines formes de criminalité (terrorisme, criminalité organisée, traite des êtres humains, trafic de stupéfiants, etc.). Ces facteurs qui transcendent les spécificités nationales ont conduit tous les systèmes internes à choisir des voies de riposte – en matière de preuve – qui sont similaires, ou à défaut voisines. En schématisant, l'on pourrait dire qu'à même problème, les droits internes ont répondu par des voies comparables.

Or ces voies, du moins certaines d'entre elles, ne sont pas sans parenté avec les règles instaurées devant les tribunaux pénaux internationaux et la Cour pénale internationale. Pourtant, ces règles n'ont pas été élaborées sur le fondement du droit comparé mais pour répondre aux besoins engendrés par une criminalité d'une exceptionnelle gravité, preuve s'il était nécessaire de l'impact des besoins et du caractère pragmatique de certaines réponses.

Le régime juridique de la preuve se trouve ainsi à la croisée des exigences du procès équitable et du respect des droits substantiels de l'homme d'un côté et de l'autre, des nécessités pragmatiques de réponse à la criminalité. Ou plus justement des criminalités. Car suivant leur caractère (grave ou anodin, complexe ou simple, clandestin ou visible, etc.), les réponses se diversifient, cette diversification ayant un impact sur le jeu des principes et droits du procès équitable, modifiant ainsi le lieu et l'intensité de la croisée. Or, il est remarquable que cette

diversification et son impact suivent les mêmes mouvements et montrent les mêmes tensions dans tous les pays étudiés.

## MOUVEMENTS

Le premier mouvement, celui de **l'affermissement de l'encadrement du droit de la preuve par les exigences du procès équitable et le respect des droits substantiels de l'homme**, ne sera ici visé que pour mémoire<sup>937</sup>. L'on sait que le socle commun de principes ou standards, forgé de traditions nationales aux valeurs identiques et d'emprunts procéduraux mutuels, s'est étoffé et affermi sous l'impact du droit international. Il suffira de rappeler qu'à l'égard de la preuve, les principes du procès équitable que sont *la présomption d'innocence* – qui constitue le fondement même du système probatoire imposant tout à la fois que la charge de la preuve pèse sur l'accusation et que le doute profite à l'accusé, et cela quel que soit le rôle dévolu au juge dans la recherche de la vérité – , *l'égalité des armes* – qui interdit de placer une partie dans une position qui la désavantagerait d'une manière appréciable par rapport à la partie adverse et emporte donc que l'accusé puisse faire valoir ses moyens de défense et présenter des témoins à décharge dans les mêmes conditions que l'accusation peut présenter des témoins à charge – , *le principe du contradictoire*, - complémentaire du principe de l'égalité des armes, puisque le premier doit respecter le second et que le second ne se conçoit pas sans le premier, qui implique la communication des pièces et la possibilité d'en débattre, le droit d'interroger les témoins, et qui, au-delà, englobe le vaste champ des droits de la défense (dont le droit pour l'accusé d'être informé des charges pesant contre lui, le droit de se défendre et de disposer du temps et des facilités nécessaires à la préparation de cette défense, droits sans lesquels les autres droits ne seraient que coquille vide) – sont des principes partagés par tous les pays étudiés. Principes partagés mais qui plus est affirmés comme des droits fondamentaux. Et si « transformation » l'on voulait ici trouver, elle se situerait dans le mouvement de constitutionnalisation de ces principes, constitutionnalisation plus ou moins récente selon les pays étudiés – qu'elle soit formelle ou matérielle, textuelle ou jurisprudentielle –, mouvement de constitutionnalisation qui se combine, en Europe du moins, et s'interpénètre avec le mouvement de conventionnalisation.

---

<sup>937</sup> Le lecteur pourra se reporter au thème ci-dessus traité de la constitutionnalisation / conventionnalisation, ou encore au rapport de synthèse concernant le procès équitable dans l'ouvrage *Variations pour un droit commun*, précité.

Mais il convient encore de rappeler que l'encadrement de l'administration de la preuve se fait aussi nécessairement par le respect imposé de certains droits substantiels de l'homme, et plus précisément, par le respect de la dignité humaine – qui interdit que la preuve soit obtenue par torture ou traitements inhumains et dégradants – le respect du droit à la vie privée – qui emporte qu'une preuve ne puisse être obtenue en violation de ce droit – et, de manière subsidiaire ici, le respect de la liberté d'expression – qui peut faire obstacle à la recherche de la preuve. Droits substantiels, là encore partagés et affirmés comme droits fondamentaux par tous les pays étudiés.

Mais, si le respect de la dignité humaine est un principe qui ne souffre aucune exception, le droit au respect de la vie privée comme celui de la liberté d'expression peuvent, selon les dispositions de la Convention européenne, subir des restrictions, à la condition qu'elles apparaissent nécessaires dans une société démocratique. La mise en oeuvre de ces droits est ainsi subordonnée aux exigences d'une société démocratique, certes sous le contrôle plus ou moins poussé de la CEDH, selon la marge plus ou moins grande d'appréciation laissée aux Etats. Or, même si, concernant les règles du procès équitable, la marge d'appréciation se réduit, il n'en reste pas moins que le modèle du procès équitable est lui-même subordonné aux exigences d'une société démocratique ; ou, pour le dire autrement, malgré l'affermissement de l'encadrement du droit de la preuve, malgré les mouvements de constitutionnalisation / conventionnalisation, les principes et droits n'ont, pour la plupart, aucun caractère absolu ; ils sont tributaires des « nécessités », ce que montrent clairement les deux autres mouvements qui seront plus précisément décrits.

Le deuxième mouvement, celui du **sous-investissement**<sup>938</sup> **du droit de la preuve**, n'est pas, comme le précédent, totalement nouveau, mais son amplification est particulièrement nette. Le sous-investissement en question ne concerne pas la preuve elle-même mais les règles qui la régissent, qui régissent plus précisément et le plus souvent son administration. La preuve est recueillie – ce qui n'écarte pas les éventuelles questions de l'insuffisance ou de l'illégalité de ce recueil – mais elle n'est pas véritablement administrée et soumise à l'appréciation du juge.

Ce sous-investissement du droit de la preuve trouve ses premières racines dans la volonté de simplification et de célérité des procédures. Ces tendances tiennent principalement au fonctionnement des institutions judiciaires (même si l'on pourrait y lire, en revers,

---

<sup>938</sup>. Investissement peut s'entendre ici à partir de ces deux étymologies (latine et anglaise) et en tous ses sens, militaire (envahir, occuper), financier (placer), psychologique (mettre toute son énergie).

l'expression de droits au profit des justiciables), que ces tendances soient « modernes », telle la préoccupation d'une gestion moins coûteuse de la justice qui conduit au choix de cycles courts, ou telle la régulation des flux pour faire face à l'encombrement des juridictions, que ces tendances soient « anciennes », lorsqu'il s'agit de contourner la complexité et la lourdeur du système de procédure pénale, les diversions, seules, rendant possible le maintien de ce modèle, notamment dans les pays de *common law*. Mais ce sous-investissement du droit de la preuve trouve encore ses racines dans les métamorphoses de la fonction de la justice pénale avec l'apparition, du moins dans certains pays, d'une fonction de réparation, restauration. Le sous-investissement peut, alors, dans cette hypothèse, s'expliquer par l'effacement de l'acte au profit du dialogue noué entre les parties. Mais, quelles que soient les finalités, le sous-investissement se traduit techniquement par *l'affirmation* – et non la démonstration – *de la culpabilité*, que cette affirmation conduise au renoncement de l'action publique ou à un jugement accéléré de l'affaire.

Tous les pays étudiés connaissent la renonciation à l'exercice de l'action publique. Non celle qui s'impose parce que les faits ne constituent pas ou plus une infraction ou encore parce qu'aucune charge n'a été relevée, mais celle qui est faite alors que la personne concernée apparaît aux yeux de la partie accusatrice ou poursuivante comme l'auteur de l'infraction. Les modalités de ces renoncements sont toutefois variées, suivant l'acteur ou les acteurs de ces mesures, leur caractère discrétionnaire ou négocié, l'absence ou l'existence d'une décision ou d'un contrôle d'un juge. Ils connaissent tous, ainsi, une renonciation à l'initiative de la partie poursuivante (ministère public ou police), que le système soit d'opportunité ou de légalité des poursuites. Mais, alors que certains d'entre eux maintiennent une renonciation unilatérale de la partie poursuivante, d'autres la subordonnent soit à l'accord de l'accusé et à l'homologation du tribunal, soit à la décision d'un juge de jugement, le partage transcendant, là encore, la distinction opportunité / légalité. Toutefois, même dans les pays qui connaissent une renonciation discrétionnaire, apparaît une tendance, dite de « contractualisation », qui s'exprime, en l'espèce, par le sur ajout de mécanismes (transaction, composition pénale) qui nécessitent l'accord de l'auteur et le cas échéant l'homologation du tribunal, ainsi que de mécanismes supposant qu'un accord soit trouvé, à l'initiative de la partie poursuivante, entre victime et auteur (médiation pénale). A l'inverse, seul le Canada privilégie l'initiative et le consensus des parties privées au travers de diverses procédures alternatives (négociation, médiation, arbitrage).

Tous les pays étudiés connaissent encore des procédures simplifiées de jugement, qui entraînent soit la suppression d'une phase du procès (parfois la phase d'instruction

préparatoire, en raison d'un flagrant délit, parfois la phase d'audience publique par le mécanisme de l'ordonnance pénale), soit l'amputation de la phase de jugement de toute sa partie probatoire. L'Allemagne, l'Italie, le Portugal ou l'Espagne connaissent ainsi des procédures accélérées ou abrégées, permettant que l'oralité cède la place à la lecture des pièces, que la décision soit prise en l'état du dossier ou que les débats soient clos en présence de l'aveu de l'auteur. Dans les pays de *common law*, le *guilty plea* peut être suivi d'un *plea bargaining* et la France disposera bientôt d'une procédure de plaider-coupable.

Renonciation à l'exercice de l'action publique et procédures simplifiées de jugement ont pour point commun d'amputer l'administration de la preuve. La décision prise repose sur une culpabilité qui se trouve affirmée soit par la partie poursuivante à partir des seuls éléments de preuve qu'elle a recueillis, voire qu'elle prétend avoir recueillis, cette prétention étant efficace notamment lorsque le juge est lié par un accord passé entre le ministère public et l'accusé – peu importe alors le fait que ces preuves auraient pu être, dans une procédure non abrégée, jugées irrecevables ou déloyales – soit par l'accusé, qu'il avoue – mais son aveu peut n'être pas sincère – ou qu'il se contente d'acquiescer aux mesures proposées. C'est donc au sacrifice du principe du contradictoire (voire du principe de loyauté) que conduisent ces mécanismes.

Au sacrifice du contradictoire, il peut être opposé que la renonciation à l'exercice de la poursuite est une faveur faite à l'accusé. Encore qu'il faille remarquer que certaines renonciations comportent des mesures emportant des effets défavorables (lorsqu'elles ont à l'égard de la récidive le même effet qu'une condamnation ou lorsqu'elles sont comparables, dans leur substance, à des peines). Il peut encore être opposé que la faible gravité des infractions faisant l'objet de procédures simplifiées (et donc des sanctions encourues) autorise que soient réduites les garanties procédurales. Encore qu'il ne faille pas oublier que dans les procédures de *common law*, le *guilty plea* n'est pas réservé aux seules infractions de faible gravité et que, dans les systèmes continentaux, se fait jour une tendance à l'élargissement du champ de ces procédures. Il peut surtout être opposé que l'évidence de la culpabilité, qu'elle ressorte de la clarté des preuves ou de la reconnaissance de sa culpabilité par l'accusé, permet de faire prédominer le principe de célérité sur celui du contradictoire sans que le procès perde son caractère globalement équitable. Encore qu'il ne faille pas sous-estimer que l'évidence pourrait céder devant des preuves débattues (« la preuve se découvre mieux par de puissantes affirmations des deux côtés de la question », disait un juge anglais), et que la reconnaissance de culpabilité peut n'être guère « éclairée » dès lors que l'accusé ne bénéficie pas d'un droit d'accès au dossier de l'accusation.

Ce deuxième mouvement marque ainsi le paradoxe de l'évolution commune des procédures pénales contemporaines, tendant tout à la fois à l'accroissement des droits et à la neutralisation (même si les modalités et l'intensité en sont variables selon les pays) de certains d'entre eux par la simplification ou l'accélération des procédures. C'est au même paradoxe que conduit le troisième mouvement.

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

La fiabilité de la preuve scientifique, notamment biologique, est incomparablement plus forte que celle de la preuve humaine (car « l'indice ne ment pas ») et le développement des sciences ne cesse de l'accroître. Cette fiabilité conduit parfois certains à voir dans la preuve scientifique une preuve parfaite, oubliant que si l'indice ne ment pas, il ne parle pas non plus, que, pour le faire parler, le recours à des experts est indispensable et que ces experts peuvent se tromper<sup>939</sup>. La preuve scientifique ne peut donc être qu'imparfaite. Mais, tout imparfaite qu'elle soit, son haut degré de fiabilité – dès lors qu'aucune erreur n'est commise – fait de la preuve notamment biologique un mode de preuve particulier dont les incidences tant sur le recueil que sur l'administration de la preuve peuvent être notables.

Tous les pays étudiés reconnaissent l'admissibilité de la preuve biologique mais tous ne la considèrent pas comme un mode de preuve particulier justifiant la mise en place de règles propres relatives aux conditions de son utilisation. Pourtant, son haut degré de fiabilité, emportant un haut degré de certitude, ne peut être acquis que si des protocoles stricts sont appliqués (recueil, conservation, exploitation, etc.). Le risque de l'absence de tels protocoles serait que des erreurs judiciaires puissent être commises sur le fondement d'une preuve, postulée certaine, et pourtant défailante de par ses modalités de recueil ou d'exploitation. Mais le risque principal – explicatif du premier – serait de faire de la preuve scientifique, et notamment de la preuve biologique, la reine des preuves, la « probatio probatissima », conduisant, comme cela fut le cas en droit (comme cela peut encore l'être en pratique) pour

---

<sup>939</sup> M. DELMAS-MARTY, Entretien, L'Astrée, octobre 2000.

l'aveu à une recherche systématique, voire forcée de son recueil. Sans doute, la preuve biologique n'est-elle pas parvenue à détrôner l'aveu, mais elle apparaît comme un complément utile en sa présence et un substitut indispensable en son absence. Complément ou substitut de l'aveu, la preuve biologique risque ainsi de subir le même surinvestissement que celui-ci, et quant à son recueil et quant à son administration.

Quant au recueil, le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe avait, de ce risque de surinvestissement, pleinement conscience lorsqu'il mettait en garde contre l'utilisation abusive des tests et empreintes génétiques, rappelant la nécessité de prendre en compte les principes de dignité intrinsèque de l'homme, le respect du corps humain, les droits de la défense, le principe de proportionnalité dans l'administration de la justice et recommandant notamment le recueil du consentement de l'intéressé préalablement à tout prélèvement. Or l'on constate que, si le consentement est de principe dans les pays qui disposent d'une législation spécifique, il peut être contourné par l'autorisation d'un juge – règle qui prédomine également dans les pays où ce mode de preuve n'est pas réglementé – ou d'un procureur, voire celle d'un policier (superintendant en Angleterre), que le prélèvement peut être, dans certains pays, effectué sous la contrainte de la force publique et que, dans d'autres, le refus de se soumettre à un prélèvement constitue une infraction. L'on constate encore que la liste, à l'origine restreinte, des infractions permettant le recours à cette preuve tend singulièrement à s'allonger, notamment aux Etats-Unis et en France ; que, si les prélèvements sont en principe effectués sur des suspects ou des condamnés, certains pays les autorisent sur de simples témoins, assortissant le refus, le cas échéant, des mêmes sanctions ; que concernant la conservation des échantillons de matériel biologique, si certains pays les détruisent dès qu'une décision définitive est intervenue, conformément à la Recommandation du Conseil de l'Europe, d'autres les conservent parfois pour une durée indéterminée ; que la constitution d'une base de données ne connaît qu'une limitation commune – ne contribuer à arrêter que des criminels ayant déjà eu affaire à la police – et que s'opposent les pays qui limitent, par le critère de la gravité, les infractions susceptibles d'alimenter le fichier, et ceux qui estiment que toute infraction (punie d'une peine d'emprisonnement) peut faire l'objet d'un signalement. En bref, si les modalités diffèrent, se dessine une tendance : en raison des avantages attendus de la preuve biologique, et malgré les principes affirmés, son recueil et son exploitation sont recherchés au prix, le cas échéant, d'atteintes aux principes du respect du corps humain et de la vie privée, et sans que soient toujours respectées les exigences des principes de proportionnalité et de subsidiarité.

Quant à l'administration de la preuve, tous les pays étudiés connaissent le principe de la preuve morale conférant au juge une totale liberté d'appréciation (sauf exceptions, dans certains pays, concernant des procès-verbaux et rapports), dès lors que sont respectées la légalité dans la recherche des preuves (exigence de tradition continentale qui gagne en influence dans les systèmes de *common law*) et la légalité dans l'administration de la preuve (exigence commune d'oralité et de contradiction). Mais l'évolution récente des législations et pratiques montre l'émergence de preuves dont la valeur est préalablement définie, ce qui conduirait, bien que toute hiérarchie formelle des preuves soit exclue en raison du principe de libre appréciation, à la mise en place d'une hiérarchie matérielle dans laquelle la preuve scientifique pourrait occuper, au côté de l'aveu, la première place, et cela pour deux raisons. La première tient au haut degré de certitude – du moins postulé – des preuves scientifiques, qui emporte un haut degré de force de conviction, d'autant plus que le juge ne dispose pas des compétences scientifiques lui permettant de remettre en cause les conclusions des experts. Aussi, même si le principe est que le juge reste souverain dans l'appréciation de la preuve, la pratique montre que la marge de manœuvre du juge est réduite au seul contrôle de la légalité des opérations d'expertise ; et le recours à une contre-expertise, qui pourrait apparaître comme une garantie supplémentaire, n'est pas le plus souvent obligatoire, laissé à l'initiative des parties ou du juge. La deuxième raison tient au caractère objectif des preuves scientifiques, objectivité qui paraît à certains le meilleur moyen de vaincre le doute pour arriver à la certitude indispensable à la prise de décision. Du cumul de ces deux raisons (force de conviction, objectivité) et du surinvestissement constaté dans le recueil de la preuve scientifique, se dessine une objectivation croissante de la preuve et par voie de conséquence de la procédure pénale, qui peut conduire à plus de certitude et de sécurité mais également à un déplacement du lieu de décision du juge à l'expert – qui n'a pourtant aucune compétence juridique- et un appauvrissement des éléments du débat et de la décision, si la « supériorité » de la preuve scientifique venait à faire négliger, à l'exception de l'aveu, tout autre mode de preuve. Et pourrait apparaître un jeu cumulé ou alternatif, selon les procédures utilisées – simplifiées (*guilty plea*, procédure abrégée, etc.) ou non – de l'aveu et de la preuve scientifique, qui l'un et l'autre laisseraient peu de place au débat et à l'intime conviction du juge.

Le surinvestissement de la preuve qui tient à la grande difficulté à recueillir et / ou administrer la preuve face à certaines formes de criminalités est d'une nature, par certains aspects comparable, par d'autres différente de celle à laquelle concourt la preuve scientifique.

Si l'on écarte les difficultés liées à la coopération judiciaire dans l'hypothèse d'infractions transnationales ou internationales (difficultés qui, pour certaines, peuvent tenir aux règles de preuve), les difficultés rencontrées peuvent schématiquement concerner le témoignage ou les constatations matérielles.

Concernant le témoignage – au-delà de la question traditionnelle de sa fiabilité – apparaît la difficulté à l'obtenir en raison soit du danger que ce témoignage ferait courir au témoin ou à ses proches, soit de l'auto-incrimination qu'il induirait. Cette difficulté, qui apparaît notamment dans les hypothèses de criminalité organisée ou mafieuse, voire de crime contre l'humanité, est d'autant plus sérieuse que le témoignage peut s'avérer être le seul moyen, à la disposition des enquêteurs, d'accéder à la preuve. C'est pourquoi certains systèmes modifient leurs règles de responsabilité et de sanctions pour donner aux repentis un régime spécifique ; c'est pourquoi, surtout, se développent des systèmes de protection des témoins. Or ces systèmes peuvent suivre deux voies différentes : la protection avant et après témoignage, celui-ci se faisant selon les règles normales de la procédure (comme c'est le cas aux Etats-Unis), ou la faculté d'un témoignage anonyme (voie choisie par certains pays européens et que la CEDH ne juge pas contraire aux règles du procès équitable, à la condition toutefois qu'une condamnation ne soit pas acquise sur le fondement de ce seul témoignage anonyme). Le souci de recueillir et de voir administrer la preuve conduit donc à des solutions qui remettent en cause, pour l'une, avec leur consentement certes, la vie privée des témoins (changement de nom, de résidence, etc.) et pour l'autre le principe du contradictoire, étant observé toutefois que cette remise en cause ne peut aller jusqu'à vider les droits de la défense de toute substance.

Concernant les constatations matérielles, les difficultés peuvent tenir à la technicité des infractions (technicité informatique, mais encore financière, par exemple), à leur clandestinité, à l'existence de réseaux, etc. La criminalité économique et financière, la cybercriminalité, la criminalité organisée, le terrorisme entres autres opposent le plus souvent aux enquêteurs l'absence totale de transparence des réseaux, la disparition de toute trace matérielle de l'infraction, la technicité de sa réalisation, la fugacité ou volatilité de la preuve, etc. Face à ces difficultés, une modalité de riposte, qui ne sera ici citée que pour mémoire, a consisté à accroître la spécialisation des enquêteurs et à adapter les services, que ce soit en matière économique et financière, en matière de terrorisme ou plus récemment de cybercriminalité. Une modalité a consisté à requérir le concours d'acteurs privés, plus précisément à imposer à certains professionnels (services de banque, d'investissement, serveurs Internet, etc.) d'exercer un rôle de contrôle et de détection d'éventuelles infractions. A la levée du secret

professionnel (notamment bancaire) au profit des autorités fiscales et judiciaires que connaissent la plupart des pays étudiés, s'ajoutent des obligations de déclaration notamment en matière de blanchiment, ou de collaboration, du moins pour certains pays, en matière de cybercriminalité, le non-respect de ces obligations pouvant, directement ou indirectement, être sanctionné. Une modalité a été de mettre au service de l'enquête les évolutions de la science et de la technologie. Pour préconstituer des éléments de preuve : la constitution de fichiers d'empreintes génétiques et l'extension graduelle, particulièrement notable dans certains pays, de la liste des infractions pouvant servir à l'alimenter, en est l'exemple. Ou pour accéder à la preuve, tout simplement. Au moyen traditionnel – mais perfectionné – des interceptions de télécommunications, est venu s'ajouter le recours à des méthodes sophistiquées de surveillance, même dans des domiciles ou du cyberspace, particulièrement intrusives dans la vie privée. Or l'on constate que, si tous les pays étudiés admettent les preuves ainsi recueillies, et s'ils réglementent précisément le moyen classique des écoutes téléphoniques, bien peu ont réglementé les modes récents de surveillance, alors que l'atteinte qu'ils peuvent porter à la vie privée est particulièrement grande et que ces modes semblent devenir une méthode d'investigation très prisée des enquêteurs. Les principes de légalité, nécessité, proportionnalité restent donc, en ce qui les concerne et pour la majeure partie des pays encore, lettre morte. Une modalité a consisté à mettre en place des droits d'exception (notamment en matière de terrorisme et de criminalité organisée) permettant lors de l'enquête ou du jugement de ne pas respecter toutes les garanties normalement accordées à la personne impliquée et donnant aux enquêteurs des moyens d'investigation dérogatoires. Ces droits d'exception, parce que justement ils le sont, devraient être précisément encadrés et leur champ strictement conçu. Or l'on constate (notamment depuis les attentats du 11 septembre) non seulement que les mesures dérogatoires tendent à s'accroître mais encore que le champ d'application de ces droits tend à s'élargir en raison de la définition vague, tant du terrorisme que de la criminalité organisée, susceptible d'être appliquée à la presque totalité des infractions graves. Il en résulte le risque – probable – que les régimes dérogatoires se substituent, pour un nombre important d'infractions, aux régimes de droit commun.

La multiplicité des ripostes montre bien l'ampleur des difficultés rencontrées mais elle montre aussi combien le recueil de la preuve est recherché même au prix du sacrifice de certains droits fondamentaux, en particulier le droit au respect de la vie privée ou les droits de la défense, et que ce sacrifice tend à s'accroître, notamment au fur et à mesure que les concepts de terrorisme et de criminalité organisée se font plus englobants, et qu'une fois la preuve recueillie, du moins celle qui l'est par des moyens d'investigation technologiques, sa nature la

pare d'une aura de certitude dont les conséquences sur l'administration de la preuve risquent d'être assez comparables à celle de la preuve scientifique. Double paradoxe donc, révélateur des tensions entre les objectifs du procès pénal.

## TENSIONS

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

Le but ultime de toute procédure pénale, en effet, qu'elle soit continentale ou de *common law* est – indépendamment des différences éventuelles, selon les systèmes, des techniques de preuve – la manifestation de la vérité<sup>940</sup>. Pour autant, celle-ci ne peut se faire à n'importe quel prix mais uniquement par des voies non seulement légales mais encore légitimes<sup>941</sup>. C'est dire que le désir de vérité doit s'articuler avec une exigence de légitimité et que cette articulation n'a pu que se trouver renforcée par la judiciarisation des droits de l'homme, puisque ces derniers mettent l'accent sur la légitimité<sup>942</sup>. Mais la légitimité ouvre la voie à une problématique complexe, tant par les « restrictions nécessaires » qu'elle autorise « dans une société démocratique » (qui conduisent à réduire le champ des droits de l'homme au nom des nécessités de la répression) que par l'extension de la dimension des droits de l'homme qui, de verticale devenant horizontale, conduit à opposer les droits de certains citoyens à ceux d'autres citoyens, les droits de l'accusé à ceux des victimes – actuelles ou potentielles – ou, de façon plus générale, le droit à la sûreté des uns au droit à la sécurité des autres. Le discours des droits de l'homme – porteur de l'objectif de légitimité – est ainsi un discours ambigu, par lequel l'objectif d'efficacité se trouve idéologiquement renforcé, parce que les nécessités de la répression se parent du voile du droit à la sécurité.

De ces tensions, les mouvements précédemment décrits portent la marque. Le premier mouvement conduit à soumettre les objectifs de vérité et d'efficacité aux exigences de la légitimité, faisant de celle-ci le pôle d'attraction autour duquel s'ordonnent les règles de preuve. Quant à la vérité, le soubassement de cette primauté serait d'une part que l'intérêt

---

<sup>940</sup> « La préoccupation étroite de la nécessité de prouver les faits litigieux ne constitue qu'une technique. Le but ultime de cette technique et de tout élément contradictoire de la procédure pénale anglaise est la manifestation de la vérité ». J.R. SPENCER, *Procédures pénales d'Europe*, op. cit., p. 549.

<sup>941</sup> Sur la double exigence de légalité et de légitimité, voir N. BOBBIO, *Le principe de légitimité*, Droits, n°32/2000, p. 147 et s.

<sup>942</sup> M. DELMAS-MARTY, *Entretien*, op. cit. ; *La preuve pénale*, Droits PUF n° 23, 1996, p. 53

général à la recherche de la vérité serait borné par les droits substantiels de l'homme ( c'est-à-dire que serait interdit le recours à tout mode de preuve qui soit porterait atteinte à la dignité humaine ou au respect du corps humain, soit viderait de sa substance le droit au respect de la vie privée), d'autre part que la vérité se révèle mieux, non par une recherche purement inquisitoriale, mais par une procédure contradictoire dans laquelle les parties privées, se trouvant dans une situation d'égalité des armes avec la partie publique, peuvent participer activement à la recherche de la vérité. Quant à l'efficacité, le fondement d'une primauté de la légitimité serait que, si des méthodes illégitimes peuvent apparaître temporairement efficaces, à l'inverse, elles ne pourraient l'être durablement, ou, pour le dire autrement, que l'illégitime ne peut à long terme que conduire à l'inefficace.<sup>943</sup>

Premier mouvement donc qui, par l'affermissement croissant des droits de l'homme, place, de manière de plus en plus soutenue, le droit de la preuve sous l'empire de la légitimité.

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

Les rapports, en effet, qu'entretiennent efficacité et vérité ne sont pas univoques. Dans le mouvement de sous-investissement du droit de la preuve, la prééminence de l'efficacité sur la vérité et leur antagonisme s'imposent au premier regard. Car c'est à une vérité défigurée qu'aboutissent les mécanismes de diversion comme certains mécanismes de simplification ou d'accélération des jugements : écart d'une culpabilité pourtant bien réelle parfois, condamnation d'un innocent qui préfère les modalités d'une reconnaissance de culpabilité, d'un *plea bargaining* plutôt que les risques d'une procédure, altération des qualifications (correctionnalisation ou *plea bargaining* encore), etc. Dans le mouvement de surinvestissement, à l'inverse, vérité et efficacité marchent du même pas : efficacité de la science et de la technologie mise au service de la vérité ; vérité recherchée à tout prix parce que seule susceptible d'efficacité. Il est ainsi difficile de savoir laquelle commande le jeu de l'autre (efficacité au service de la vérité ou vice-versa), à moins que les deux objectifs ne fusionnent, la recherche de la vérité se confondant avec le souci d'efficacité.

Mais, si la relation efficacité-vérité est une relation contrastée, d'opposition (l'efficacité contredisant la vérité), ou de confort (l'efficacité confortant la vérité ou s'en confortant), les rapports efficacité-légitimité suivent la même voie que le mouvement soit de sous-investissement ou de surinvestissement : la prééminence de l'efficacité sur la légitimité.

---

<sup>943</sup> ib.

C'est, en effet, à la remise en cause de certaines garanties et droits que concourent les deux mouvements. Tous les principes du procès équitable qui gouvernent le droit de la preuve (présomption d'innocence, égalité des armes, principe du contradictoire, principes de loyauté, d'adéquation et de proportion) mais encore les droits substantiels de l'homme (dignité, respect du corps humain, respect du droit à la vie privée) sont, dans une plus ou moins grande mesure, à une occasion ou à une autre, sacrifiés à l'efficacité. Dans le mouvement de sous-investissement, c'est principalement le principe du contradictoire et accessoirement le principe de loyauté qui sont mis à mal. Mais, dans le mouvement de surinvestissement, tous les principes et droits se voient récusés ou pour le moins écornés au nom de l'efficacité : les garanties des principes du contradictoire et de l'égalité des armes (par l'existence de témoignages anonymes ou le déplacement du noyau dur des investigations à un stade très préliminaire de la procédure), des droits de la défense (par les restrictions apportées au droit à l'avocat par exemple), de la présomption d'innocence (par le développement de présomptions de culpabilité et les restrictions apportées au droit au silence) ; le respect de la vie privée par la mise en œuvre de techniques de surveillance particulièrement intrusives, le respect du corps humain par les prélèvements physiquement ou moralement contraints ; les principes de proportionnalité et de subsidiarité dès lors que ces modes de preuve attentatoires aux droits de l'homme se banalisent et se généralisent, etc. Même le principe de dignité humaine semble ne pas sortir indemne de cet objectif d'efficacité (alors que la dignité est une valeur intangible) par certaines pratiques d'enfermement ou d'interrogatoires qui apparaîtraient se systématiser, du moins aux USA, depuis les attentats du 11 septembre.

Ainsi, l'objectif qui, dans le premier mouvement, marquait clairement sa prééminence – à savoir la légitimité – est celui qui sort toujours soumis et affaibli dans les deux autres mouvements. Se dessine donc une réalité beaucoup plus complexe – et à certains égards inquiétante – que celle à laquelle pourrait faire croire une vision lisse – ou lénifiante – de la soumission de la procédure pénale aux droits de l'homme.

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

dans le champ du sous-investissement, non plus les seules infractions simples ou banales mais également des infractions de gravité croissante ; de l'autre, parce que l'efficacité conduit à englober, dans le champ du surinvestissement, non plus seulement des infractions d'une extrême gravité ou d'une grande complexité mais également, notamment par le biais des concepts de terrorisme et de criminalité organisée, des infractions simplement graves. Les deux mouvements, allant à la rencontre l'un de l'autre, créent ainsi un rétrécissement du cœur. En d'autres termes, « le » modèle est rogné par les extrêmes mais à un point tel que l'on peut se demander quels sont son existence et son champ réels, et si de principe il ne risquerait pas de devenir exception, sa fonction principale étant alors purement symbolique.

Et c'est ainsi que se dessinent ce que pourraient être les fractures communes des procédures pénales en Europe, voire au-delà, fractures entre l'émergence et l'affermissement symbolique d'un modèle contradictoire de procédure dans lequel la primauté serait donnée à la légitimité qui ordonnerait toutes les règles de preuve, mais un modèle dont le champ, après avoir connu une large expansion se réduirait comme peau de chagrin, et l'apparition d'un modèle dans lequel, quelles que soient les variantes, l'efficacité justifierait le développement d'une procédure néo-inquisitoire (ou inquisitoire nouvelle version), les garanties d'une procédure régulière servant alors de simple contrepoids. Car, que ce soit par sous-investissement ou par surinvestissement, la recherche des preuves est massivement le fait d'une autorité publique (police, ministère public), seul le statut de cette autorité, son indépendance changeant ; que, si l'on peut constater une certaine privatisation de la recherche de la preuve, cette privatisation se fait de plus en plus souvent sous contrainte (obligation de déclaration, de dénonciation) ; que le noyau dur des investigations se déplace en amont, au stade des enquêtes préliminaires, c'est-à-dire à une phase de la procédure où la contradiction n'est pas organisée et qu'il existe une tendance à prolonger cette phase pour proroger le temps du secret ; que les méthodes d'investigation se font parfois très attentatoires aux droits et libertés ; mais, en contrepoids, le contrôle de la régularité de la procédure est le plus souvent confié à un juge. Ces fractures, que révèle la comparaison menée entre quelques pays européens et deux pays d'Amérique du Nord, ne sont pas si éloignées de celles que les juridictions internationales peuvent laisser apparaître. Car s'il est habituel de dire que les tribunaux pénaux internationaux et la Cour pénale internationale ont choisi un modèle contradictoire de procédure, il ne faudrait pas sous-estimer que, devant ces juridictions, comme le montre l'expérience des tribunaux pénaux internationaux<sup>944</sup>, a été privilégié, en raison de l'exceptionnelle gravité des crimes poursuivis,

---

<sup>944</sup>. S. POILLEUX, La preuve et le secret devant les juridictions pénales internationales, L'Astrée, op. cit., p.67.

l'intérêt pénal d'efficacité de l'enquête sur la préservation des droits de la personne poursuivie, et que, comme devant d'autres institutions internationales<sup>945</sup>, se mettent en place des procédures de plus en plus inquisitoires avec pour contrepartie le droit à une procédure régulière.

Ces fractures ne sont pas sans poser questions. Limiter le jeu de la légitimité à des garanties purement procédurales, qui plus est en limitant ces mêmes garanties à un contrôle de régularité, serait, si cette tendance se confirmait, atteindre les droits de l'homme dans leur existence. Elles marquent, en tout cas, que l'expansion des droits de l'homme n'est pas forcément irréversible et que la vigilance est toujours de mise. Elles marquent encore combien l'instrumentalisation de ces droits est chose ordinaire : que ce soit celle qui – un temps – fut destinée à partager « les pays des droits de l'homme » des autres et qui a conduit à l'affermissement symbolique du modèle de légitimité, que ce soit celle, qui, aujourd'hui, fait apparaître un modèle d'efficacité en maquillant notamment un objectif purement répressif de l'onction du droit à la sécurité, montrant ainsi que les droits de l'homme peuvent conduire à une « surrépression », un « surinvestissement pénal »<sup>946</sup>.

Geneviève Giudicelli-Delage

---

<sup>945</sup> H.RUIZ-FABRI, La preuve et le secret devant la Commission de règlement des différends de l'OMC, *ib.* p.61.

<sup>946</sup> W CAPELLER, Criminalité du risque et harmonisation pénale, un regard sociologique, in M. DELMAS-MARTY, G. GIUDICELLI-DELAGE, E. LAMBERT-ABDELGAWAD (dir.), *L'harmonisation des sanctions pénales en Europe, Société de législation comparée*, 2003, p.489 ; Y. CARTUYVELS, Le droit pénal et l'Etat : des frontières « naturelles » en question, in M. HENZELIN et R. ROTH (dir.), *Le droit pénal à l'épreuve de la mondialisation*, LGDJ, Georg, Bruylant (éd.), 2002, p.3.

## BIBLIOGRAPHIE

### I – MONOGRAPHIES, OUVRAGES GENERAUX

#### Bibliographie générale

- BYK C. : "Bioéthique et Convention européenne des droits de l'homme", in *La Convention européenne des droits de l'homme - article par article*, Economica, 1999, p. 101 et s.
- CANIVET G. : "Discours d'ouverture", in *Le droit des preuves au défi de la modernité*, française Doc., 2000, p. 9 et s.
- CEDRAS J. : « *Le droit pénal américain* », Coll. Que sais-je ?, 1<sup>er</sup> éd., Presses Universitaires de France, 1997.
- COQUOZ R. : "*Preuve par l'ADN. La génétique au service de la justice*", romandes Presses polytechniques et universitaires, 2003, 327 pages
- CROIZIER J.L. : "Le consentement aux analyses génétiques", in *Les empreintes génétiques en pratique judiciaire*, française Doc., 1998, p. 49 et s.
- DELMAS-MARTY M., et SPENCER J.R. : « *European Criminal Procedures* », 4<sup>ème</sup> éd., Paris, Armand Colin, 2002
- DELMAS-MARTY M. (dir.) : « *Procédures pénales d'Europe* ». Paris : Thémis, 1995.
- DELMAS-MARTY M. (dir.) : « *Procès pénal et droits de l'homme* ». Paris : P.U.F., 1992.
- DELTA G. B. et MATSUURA J. H. : « *Law of the Internet* », Aspen Law and Business, 2000.
- DOUTREMEPUICH C. (sous la direction de) : "*Les empreintes génétiques en pratique judiciaire*", Paris, Doc. française, 1998, 176 pages
- FAVOREU L. et PHILIP L. : "*Grandes décisions du Conseil Constitutionnel*", 10<sup>ème</sup> éd., Dalloz, 2000, 1024 pages
- GREWE C. et RUIZ-FABRI H. : « *Droits constitutionnels d'Europe* ». Paris : PUF, 1995.
- GUERRIER C. et MONGET M.C. : « *Droit et sécurité des télécommunications* », Collection technique et scientifique des télécommunications, éditions Springer, Paris, 2000.
- JEZ E. et PANSIER F.J. : « *La criminalité sur l'Internet* », Collection Que sais-je ?, éditions Presses Universitaires de France, 2002.
- LAMBERT E. : « *Les effets des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme. Contribution à une approche pluralistes du droit européen des droits de l'homme* ». Bruxelles : Bruylant, 1999.
- MARTIN D. : « *La criminalité informatique* », Collection Criminalité internationale, éditions Presses Universitaires de France, 1997.
- MOLINA E. : "*La liberté de la preuve des infractions en droit français contemporain*", PUF Marseille, 2001, 620 pages
- PETTITI L.E. (sous la direction de), DECAUX E. et IMBERT P.H. : "*La Convention européenne des droits de l'homme - article par article*", 3<sup>ème</sup> éd., Economica, 2000, 1230 pages
- QUILLERE-MAJZOUB F. : « *La défense du droit un procès équitable* ». Bruxelles : Bruylant, 1999.
- RASSAT M.L. : "*Propositions de réforme du code de procédure pénale*", Dalloz, 1997, 384 pages
- RAUFER X. et QUERE S. : "*Le crime organisé*", P.U.F., 2<sup>ème</sup> éd., Paris, 2001, 123 pages
- ROSE P. : « *La criminalité informatique* », Collection Que Sais-je ?, éditions Presses Universitaires de France, 1988, 1995.
- SCHNEIDER P.M. et MARTIN P.D. : "A survey of the European DNA databases for criminal offenders", (à paraître) *Forensic science Int.*, 2001, disponible: <http://www.rechtsmedizin-mainz.de>
- STUCKEY K. D. : « *Internet and Online Law* », Law Journal Press, 2000.

## Bibliographie par pays

**Allemagne**

- AMELUNG K. : "Constitution et procès pénal en Allemagne". RSC, 1994, pp. 459 et ss.
- CONSEIL DE L'EUROPE : « *Le Droit à un procès équitable* ». Allemagne : Conseil de l'Europe. Collection Science et technique de la démocratie, n°28, 2000.
- DITTMANN A. : "Le recours constitutionnel en droit allemand". *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 10, 2001, pp. 72-81.
- TIEDEMANN K. : "La constitutionnalisation de la 'matière pénale' en Allemagne". RSC, 1994, pp 1 et ss.

**Angleterre**

- BEATSON J. : "Le Royaume-Uni et la Nouvelle Déclaration des Droits". *Revue française de droit constitutionnel*, n° 48, 2001, pp. 687-694.
- BENILLOUCHE M. : " L'incorporation de la Convention européenne des droits de l'homme par le Royaume-Uni", *Revue de science criminelle*, 2000, pp. 704-707.
- FLAUSS J.F. : "*Human Rights Act 1998: Kaléidoscope*". *Revue française de droit constitutionnel*, n° 48, 2001, pp. 695-703.
- LIDSTONE K. et PALMER C. : *The Investigation of Crime*, London, 2<sup>nd</sup> ed., Butterworths, 1996.
- MURPHY P. (coord.) : "*Criminal Practice, Great Britain*", 11<sup>th</sup> ed., Blackstone's Press Limited, 2001.

**Belgique**

- Constitution belge. [http://www.senate.be/senbeldocs/constitution/const\\_fr.html](http://www.senate.be/senbeldocs/constitution/const_fr.html) (17/04/02)
- DELPERE F. : « *Le droit constitutionnel belge* ». Bruxelles : Bruylant, 2000.

**Canada**

- GRIFFITHS C. T. : Verdun-Jones, Simon N. « *Canadian Criminal Justice* », 2<sup>nd</sup> Edition, Harcourt Brace, 1994.

**Espagne**

- BON P. : "Le Tribunal constitutionnel espagnol". *Les cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 2, 1997, pp. 38-53.
- BON P. : "Entretien avec Álvaro Rodríguez Bereijo, Président du Tribunal constitutionnel espagnol". *Les cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 2, 1997, pp. 54-61.
- BON P. : "La constitutionnalisation du droit espagnol", *Revue française de droit constitutionnel*, 1991, pp 34 à 64.
- BRAMLEY R. K. : "Quality assurance in DNA profiling", in *1st International DNA user's conference*, 1999, disponible <http://www.interpol.int>.

- BROWN B. : "DNA Database using CODIS software", in *1st International DNA user's conference*, 1999, disponible <http://www.interpol.int>.
- BÜCK V. : *L'influence des Cours constitutionnelles sur la politique pénale. Etude comparée France/Espagne*. Thèse de doctorat, Université de Paris I, direction Mireille DELMAS-MARTY, 14 janvier 2000.
- CARLOTTI M.P. et NOGUER M. : "Les modalités de traitement de l'empreinte génétique par la gendarmerie nationale", in *Les empreintes génétiques en pratique judiciaire*, française Doc., 1998, p. 93 et s.
- CARRACEDO A. : "Directives et standardisation des analyses génétiques médico-légales en Europe", in française Doc., 1998, p. 79 et s.
- CARRACEDO A. : "DNA profiling", in *1st International DNA user's conference*, 1999, disponible <http://www.interpol.int>.
- CEDRAS J. : "L'impact sur les procédures pénales internes des normes internationales et régionales, notamment en matière de droits de l'homme – rapport de synthèse". *Nouvelles études pénales*, n° 17, 1998, pp. 147-151.
- COCOZZA F. : "Les droits fondamentaux en Europe entre justice constitutionnelle 'transfrontière' de la CEDH et justice constitutionnelle". *Revue française de droit constitutionnel*, 1996, pp. 707-724.
- COQUOZ R. : "Besoins de formation en rapport avec l'utilisation forensique de l'analyse d'ADN", in *1st International DNA user's conference*, 1999, disponible <http://www.interpol.int>.
- COMELLA V.F. : "Souveraineté nationale et intégration européenne dans le droit constitutionnel espagnol". *Les cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 9, 2000, pp. 106-112.
- DAVARA RODRÍGUEZ, M.A. : *Manual de derecho informático*. Pamplona : Aranzadi, 1997.
- DOUTREMEPUICH C. et DOUTREMEPUICH F. : "Les empreintes génétiques", in *Les empreintes génétiques en pratique judiciaire*, française Doc., 1998, p. 11 et s.
- GONÇALVES M. Maia : "Código de Processo Penal Anotado". Coimbra : Livraria Almedina, 10a. édition, 1999.
- GONÇALVES M. M. : "Código Penal Anotado e Comentado". Coimbra : Livraria Almedina, 12a. édition, 1998.
- GRIDEL J.P. : "Essai de synthèse et libres propos de clôture", in *Le droit des preuves au défi de la modernité*, française Doc., 2000, p. 133 et s.
- HARMON R. P. : "The value of DNA evidence", in *1st International DNA user's conference*, 1999, disponible <http://www.interpol.int>.
- MIGUEL C.R. : "L'amparo constitutionnel en Espagne : droit et politique". *Les cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 10, 2001, pp. 90-98.
- JANSSEN H. : "The DNA database in the netherlands", in *1st International DNA user's conference*, 1999, disponible <http://www.interpol.int>.
- JANSSEN H. : "Promoting DNA", in *1st International DNA user's conference*, 1999, disponible <http://www.interpol.int>.
- LEONARD D. : "From the scene of crime to the laboratory : case study", in *1st International DNA user's conference*, 1999, disponible <http://www.interpol.int>.
- PRADEL J. (sous la direction de Cherif Bassiouni) : « Procédure pénale comparée dans les systèmes modernes : rapports de synthèse des colloques de l'ISISC ». *Nouvelles Etudes Pénales*. n° 15, Ed. Erès, 1998.
- REPIK B. : "L'influence du droit international et régional des droits de l'homme sur la procédure pénale" *Nouvelles études pénales*, n° 17, 1998, pp. 153-161.
- ROBERT M. : "Le fichier national automatisé des empreintes génétiques", in *10 ans d'empreintes génétiques*, Doc. française, 2001
- RODRIGUEZ N.M. : "Algunas notas sobre las formas de delincuencia informática en el código penal". In DIAZ-SANTOS M.R. et LOPEZ V.S. (dir.), *Hacia un derecho penal sin fronteras*, Editorial Colex, 2000.
- SABATIER S. : "Open forum", in *1st International DNA user's conference*, 1999, disponible <http://www.interpol.int>.
- SANTOS B. : "Le rôle et l'impact du constitutionnalisme, des tribunaux constitutionnels et des Cours suprêmes sur l'évolution et le développement du système de justice criminelle. Perspective espagnole". *Nouvelles études pénales*, n°17, 1998, pp. 247-254.

## Etats-Unis

- COX A. : « The Court and the Constitution », page 38.
- HAYEK F. : « *La Constitution de la liberté* », Litec, 1994, pages 177-180.

## France

- BÜCK V. : *L'influence des Cours constitutionnelles sur la politique pénale. Etude comparée France/Espagne*. Thèse de doctorat, Université de Paris I, direction Mireille DELMAS-MARTY, 14 janvier 2000.
- BÜCK V. : "Le Conseil constitutionnel et les réformes pénales récentes", *Les cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 10, 2001, pp. 112 à 120.
- FAVOREU L. : "La constitutionnalisation du droit pénal et de la procédure pénale vers un droit constitutionnel pénal". *Droit pénal contemporain. Mélanges en l'honneur d'André Vitu*. Paris : Cujas, 1989, pp. 169 à 209.
- FAVOREU L. : "Le principe de constitutionnalité". *Mélanges Eisenmann*. Paris : Cujas, p.30 et ss.
- FLAUSS J.F. : "La Cour européenne des droits de l'homme est-elle une Cour constitutionnelle?" *Revue française de droit constitutionnel*. 1998, n° 36 pp. 711 à 728.
- FLAUSS J.F. : "Droit constitutionnel et convention européenne des droits de l'homme. Le droit constitutionnel national devant la Cour européenne des droits de l'homme (actualité jurisprudentielle 1997-1998-1999-2000)", *Revue française de droit constitutionnel*, n° 44, 2000, pp. 843-853.
- GUIDICELLI A. : "Chronique de jurisprudence - Procédure pénale", R.S.C. 2000 , n° 3, Chronique de jurisprudence, p. 607 et s.
- MADIOT Y. : "Du Conseil constitutionnel à la Convention européenne : vers un renforcement des libertés publiques". *D.* 1975, chron., pp. 1 et ss.

## Italie

- BALDASSARRE A. : "The impact of the constitutional court on the italian penal code and constitutional principles", *Nouvelles études pénales*, n° 17, 1998, pp. 241-246.
- Constitution Italienne : <http://www.governo.it/sez-constituzione>. (17/04/02)
- PIZZORUSSO A. : "Présentation de la Cour constitutionnelle italienne". *Les cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 6, 1999, pp. 22-35.

## Portugal

- COSTA E.M. : "Agente provocador – validade das provas. Sentença de 9 de junho de 1998 ; Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (caso Teixeira de Castro contra Portugal)", *Revista do Ministério Público*, janv.-mars 2000, pp. 155-174.
- FERREIRA P.M. : "Portugal e a Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Execução das decisões das instâncias de Estrasburgo. <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/sis-euro.../cons-europa-conv-dh-paulo-marrecas.htm> (08/03/01).
- FERREIRA P.M. : "La Convention européenne des droits de l'homme au Portugal (état 1996). <http://www/gddc.pt/direitos-humanos/sis.../cons-europa-la-convention-paulo-marrecas.htm> (08/11/01).

- MADUREIRA J. : "The impact of the European Convention on Human Rights in the legal and political systems of member states over the period 1953-1998 – Portugal.
- MOREIRA V. : "Le tribunal constitutionnel portugais : le 'contrôle concret' dans le cadre d'un système mixte de justice constitutionnelle". *Les cahiers du Conseil constitutionnel*, n°10, 2001, pp. 21-34.
- RODRIGUES A : « Le droit portugais ». In *Revue internationale de droit pénal*, n°1/2, 1992, pp. 289-319.
- ROUSSEAU D. : "Entretien avec M. CARDOSO DA COSTA J.M.". *Les cahiers du Conseil constitutionnel*, n°10, 2001, pp.35-43. [http://www/gddc.pt/direitos-humanos/sis-europeu-d.../cons-europa-enropean-conv-dh.htm\(08/11/01\)](http://www/gddc.pt/direitos-humanos/sis-europeu-d.../cons-europa-enropean-conv-dh.htm(08/11/01)).

## II – ARTICLES

### Bibliographie générale

- ABEILLE J.F. : "Bioéthique - Faut-il légiférer ?" *Revue de la recherche juridique - Droit prospectif*, 1994, n° 1, p. 17 et s.
- ALDER K. : "Les tours et détours du détecteur de mensonge", *La recherche*, 2002, H.S. n° 8, p. 60 et s.
- AMSELEK P. : "La part de la science dans les activités des juristes", *D.S.*1997, doctrine, p. 337 et s.
- ARNOLD R. : "Développements majeurs en droit allemand en 1998", *R.I.D.C.*, 1, p. 135 et s.
- ATIAS C. : Quelle procédure pénale pour quel droit ? *Revue Internationale de Droit Pénal*, n°68, Ed. Erès, 1997, p.31-41.
- BAILLON-PASSE C. : "De quelques réflexions sur l'état des lieux et des esprits à la veille de la révision des lois sur la bioéthique (suite et fin)", *Petites Aff.*, 4 juillet 2001, n° 132, doctrine, p. 2 et s.
- BARBERGER C. : "Protection du corps humain et/ou protection du corps médical ? réflexion sur les dispositions pénales des lois 94-653 et 94-654 du 29 juillet 1994, relatives à la protection du corps humain", *Petites Aff.*, n° 25, du 26 février 1996
- BAUDE F. : "Le contentieux administratif français de l'expertise médicale et l'exigence du procès équitable de l'article 6§1 de la C.E.D.H." *Petites aff.*, n° 50, du 11 mars 2002, doctrine, p. 4 et s.
- BAUTE D. : "Utilisation de la biologie en matière d'expertise", *Revue de la gendarmerie nationale*, 1998, n° 188 et 189, p. 140 et s.
- BELLIVIER F., BRUNET L. et LABRUSSE-RIOU C. : "La filiation, la génétique et le juge : où est passée la loi ?" *R.T.D. Civ.* 1999, p. 529 et s.
- BERMOND J. : "La désignation d'un expert unique", *D.S.*1967, chronique, p. 231 et s.
- BLOT N. : "Le parquet en danger", *Le nouveau pouvoir judiciaire*, n° 363, avril 2003, p. 4 et s.
- BOCCARA D. : "Au fondement de la science du droit", *Revue de la recherche juridique - Droit prospectif*, 2000, 3, p. 1239 et s.
- BONBLED F. et SEPULCHERE M.A. : "L'identification des traces biologiques humaines par l'A.D.N. en médecine légale", *R.D.P.C.* 1993, p. 809 et s.
- BONNIEU M. : "Le juge d'instruction et les empreintes génétiques à l'aube du troisième millénaire", *Revue de droit pénitentiaire et de droit pénal*, 2000, p. 202 et s.
- BORRICAND J. : "La technique des empreintes génétiques (situation en droit français)", *R.P.S.* 1989, 1989-1, p. 68 et s.
- BOUCHART V. : Le droit de recours en matière pénale. *Petites Affiches*, 21 Juin 2002, n°124, p.11-14.
- BROCHOT-DENYS A. : "La police scientifique : prises de conscience", *Les cahiers de la sécurité intérieure*, 1995, n° 21, p. 17 et s.
- BUQUET A. et PASCAL O. : "Identification d'un individu par la colle des timbres ou des enveloppes", *R.I.P.C.* 1993, n° 444, p. 27 et s.
- BYK C. : "La loi relative au respect du corps humain", *J.C.P.* 1994, doctrine, I, 3788

- BYK C. : "Le génie génétique : une ingénierie diabolique ou les méprises de la politique européenne", R.I.D.C., 2-2002, p. 339 et s.
- BYK C. : "Test génétiques et preuve pénale", R.I.D.C. 1998, 2, p. 683 et s.
- C.C.N.E. : "Avis du Comité consultatif national d'éthique relatif aux techniques d'identification génétique", Site Internet, 15 décembre 1989, n° 17, disponible : <http://www.ccne-ethique.org/>
- CAPPUYNS L. : "L'usage de dérivés barbituriques à des fins policières ou médico-légales est-il admissible ?" R.I.C.P.T. 1958, p. 203 et s.
- CARBONNIER : " D.S.1947, p. 510 et s.
- CAREL : "Les modes de preuve au XXème siècle", Gaz. Pal. 1957, doctrine, p. 34 et s.
- CARNELL B. : "Fallacy of DNA databases", Site Internet, 15 février 2000, disponible : <http://www.libertysearch.com>
- CHAMPOD C. et TARONI F. : "Les préjugés de l'accusation ou de la défense dans l'évaluation de la preuve technique", R.P.S. 1993, p. 223 et s.
- CHANTELOUP H., FAURE G., DAURY-FAUVEAU M. et GUTMANN D. : "La convention du Conseil de l'Europe sur les droits de l'homme et la biomédecine", Petites Aff., n° 127, du 23 octobre 1998
- CHAUMEIL J.M. : "Limites et possibilités de la science dans l'enquête criminelle", R.I.C.P.T 1960, p. 127 et s.
- COHEN-JONATHAN G. : " La Cour européenne des droits de l'homme et les écoutes téléphoniques. Les arrêts Kruslin et Huvig du 24 avril 1990", RUDH 1990, pp.185-191.
- COHEN-JONATHAN G. : "Les écoutes téléphoniques", in "Protecting human rights: the European dimension. Protection des droits de l'homme: la dimension européenne", Cologne, Carl Heymanns, 1988, p.97-105.
- COLLET-ASKRI L. : C.A. de Reims (3 février 2000), note sous, 2000, Petites aff. 5 octobre 2000
- COMMISSION NATIONALE DE L'INFORMATIQUE ET DES LIBERTES : "Communiqué de presse : Position de la CNIL sur les dispositions du projet de loi pour la sécurité intérieure relatives aux fichiers de police judiciaire et au fichier national automatisé des empreintes génétiques." Site Internet, 24 octobre 2002, disponible : <http://www.cnil.fr>
- COQUOZ R. : "Les empreintes génétiques et la criminalistique. Passé, présent, futur", R.P.S., 1989-3, p. 330 et s.
- COQUOZ R. : "Profils ADN : matière d'expertise ou élément d'enquête préliminaire ? Ce qui changera avec le fichier national de profils ADN", R.P.S 2000., 2, p. 161 et s.
- CROIZIER J.L. : "Expertise", Répertoire Dalloz
- DAOUST F. : "L'empreinte génétique en question", Revue de la gendarmerie nationale, 1998, n° 188 et 189, p. 135 et s.
- DE CODT J. : "Les nullités de l'instruction préparatoire et le droit de la preuve. Tendances récentes", R.D.P.C. 2000, p. 1 et s.
- DEFERRARD F. : "Le droit et ses doubles", D.S 2001, chroniques, p. 1409 et s.
- DELMAS-MARTY M. : La preuve pénale, *Droits*, PUF, n°23, 1996, p.53-65.
- DELPRAT D. : "De l'expertise judiciaire à l'Europe unie. Propositions pour l'action", Gaz. Pal., 12 et 13 janvier 2000, doctrine, p. 157 et s.
- DI MARINO G. : "Le statut des écoutes et enregistrements clandestins en procédure pénale" in "Le droit criminel face aux technologies nouvelles de la communication", Actes du VIIIème Congrès de l'Association Française de Droit Pénal organisé du 28 au 30 novembre 1985 à l'Université de Grenoble, Economica eds., p. 36.
- DOVASTON D. : "La base de données génétiques du Royaume-Uni", R.I.P.C. 1996, n° 457, p. 17 et s.
- ECOLE NATIONALE DE LA MAGISTRATURE : "Etude sur la preuve pénale et le progrès scientifique en Allemagne, en France, en Grande-Bretagne, et aux Pays-Bas. Rapport de synthèse", Site Internet, 2000, disponible : <http://www.enm.fr>
- EVETT I.W. : "L'interprétation de la preuve", R.I.P.C. 1993, n° 444, septembre octobre, p. 12 et s.
- FALETTI F. : "L'apport de la police scientifique dans l'enquête et le procès pénal", R.I.C.P.T., 2001-2, p. 145 et s.
- FAVOREU L. : Cons. Const. (27 juillet 1994), note sous, 1994, p. 799 et s.

- FAVOREU L. et PHILIP L. : "Décision n° DC 343-344 du 27 juillet 1994", in *Grandes décisions du Conseil Constitutionnel*, Dalloz, 2000, p. 878 et s.
- FLAUSS-DIEM J. : "Filiation et preuve scientifique en droit anglais ... ou de quelques abîmes de perplexité pour les juristes anglais", *Petites Aff.*, n° 53, du 3 mai 1995
- FORENSIC SCIENCE SERVICE : "FSS "key" unlocks triple murder investigation", Site Internet, 6 juin 2002, disponible : <http://www.forensic.gov.uk>
- FRANCHIMONT M. : « Loyauté, proportionnalité et procès équitable » In : *Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire. Mélanges en hommage à Pierre Lambert*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 375-384.
- FRANCOIS G. : "Colloque de l'institut des hautes études sur la sécurité intérieure et de l'école nationale de la magistrature. Dix ans d'empreintes génétiques en pratique judiciaire", *R.S.C.*2000, 4, p. 920 et s.
- GALLOUX J.C. : "L'empreinte génétique : la preuve parfaite ?" *J.C.P.* 1991, n° 12, Doctrine, I, 3497
- GARE T. : "L'expertise biologique est de droit en matière de subsides", *J.C.P.* 2001, n° 27, du 4 juillet 2001, *Jurisprudence*, II, 10559
- GAUMONT-PRAT H. : Ch. Acc. Rennes (14 août 1997), somm. commentés, *D.S.* 1998, p. 160 et s.
- GAUMONT-PRAT H. : "Commission européenne, Groupe européen d'éthique des sciences et des nouvelles technologies. Aspects éthiques de l'informatisation des données de santé dans la société de l'information (avis n° 13)", *D.S.* 1999, sommaires commentés, p. 344
- GIUDICELLI A. : "Le droit pénal de la bioéthique", *Petites Aff.*1994, n° 149, du 14 décembre
- GORDON P. : "Preuve scientifique et preuve juridique : y-a-t-il un "paradoxe de l'expert" ?" *Gaz. Pal.*, 24 juillet 1999, doctrine, p. 1081 et s.
- GOULESQUE J. : "Le juge d'instruction et l'expert", *R.S.C.* 1975, p. 791 et s.
- GRAVET B. : "Police technique et scientifique et pratiques professionnelles", *Les cahiers de la sécurité intérieure*, 1995n° 21, p. 25 et s.
- GUILLEN M., LAREU M.V., PESTONI C., SALAS A. et CARRACEDO A. : "Ethical-legal problems of DNA databases in criminal investigation", *Journal of medical Ethics*, 2000, n° 26, p. 266 et s., disponible : <http://www.jmedethics.com>
- HALLORAN L. : "DNA testing fuels debate over privacy some say justice wins, others fears losing rights", *Hartford Courant*, A1, 24 octobre 1999
- HENNAU-HUBLET C. : "Les tests d'identification génétique en matière pénale", *R.I.P.C.* 1997, n° 462, p. 38 et s.
- HERKENHAM D. : "DNA database legislation and legal issues", *Profiles in DNA*, February 2002, disponible : <http://www.promega.com>
- INTERPOL Secrétariat général : "Vers de nouvelles relations entre services douaniers et opérateurs commerciaux", *R.I.P.C.* 1990, septembre-octobre, p. 34 et s.
- JACOT M. : "DNA in the dock", *Courrier de l'UNESCO*, avril
- JAFFRE Y.F. : "Les grandes affaires criminelles du XXème siècle", *Gaz. Pal.*, 2 au 4 mars 2000, doctrine, p. 18 et s.
- KAYSER P. : "L'interception des communications téléphoniques par les autorités publiques françaises" in *Mélanges dédiés à J. Vincent*, Dalloz 1981, ed. G., II, p. 169.
- KEARNEY J. J. : "Les progrès de la recherche médico-légale sur le sang depuis 1989", *R.I.P.C.* 1993, n° 444, p. 18 et s.
- KERCHOVE (van de) M. : La preuve en matière pénale dans la jurisprudence de la Cour et de la Commission européennes des droits de l'homme. *RSC*, 1992, p. 1-14.
- KISS A. : "Le problème de l'interception des communications téléphoniques devant la Cour européenne des droits de l'homme : l'affaire Malone", *ACDP / CHRY* 1986, p.77-86.
- KORAL A. : "L'empreinte génétique au service des magistrats et des avocats", *Revue trimestrielle de la C.A. de Versailles*, 1995n° 36, p. 133 et s.
- LABRUSSE-RIOU C. : "Pouvoirs scientifiques sur la vie et justice", *Justices*, 1996, n° 3, juin, p. 133 et s.
- LAMBERT P. : "Les écoutes téléphoniques. Arrêts Kruslin et Huvig c. la France, du 24 avril 1990, de la Cour européenne des droits de l'homme", *JT* 1990, pp.749-750.

- LANDUYT R. : "Rapport fait au nom de la commission de la justice relatif à la proposition de loi relative à la procédure d'identification par analyses génétiques dans le cadre de la justice pénale", Site Internet de la Chambre des représentants de Belgique, Session 1998-1999, n° 1047/6-96/97, disponible : <http://www.lachambre.be>
- LAVRANOS N. : "DNA-profiling and information technology : a new weapon for crime detection and prevention ?" *European journal of crime, criminal law and criminal justice*, 1994, n° 4, p. 359 et s.
- LE GAC-PECH S. : "De Louis XVII à Z ..." D.S. 2001, doctrine, p. 404 et s.
- LECHAT R. : "Réflexion au sujet du polygraphe", R.I.C.P.T 1960, p. 121 et s.
- LECLERC H. : "L'expertise", R.S.C. 1992, 1, p. 25 et s.
- LEJEUNE J. : "Le généticien face à la bioéthique", *Revue de la recherche juridique - Droit prospectif*, 1993, 2, p. 337 et s.
- LEMOIGNE M. et SAVEL P. : "Réflexions sur l'expertise médico-légale et toxicologique", D.S. 1962, chronique, p. 44 et s.
- LERICHE A. : "Profils génétiques : un exploit technologique en matière d'identification des individus", R.D.P.C. 1999, p. 597 et s.
- LESCLOUS V. et MARSAT C. : "Chronique des parquets et de l'instruction. Du procès pénal et du juge à propos des empreintes génétiques", *Pénal*, 1998, juin, n° 17, p. 5 et s.
- LEVASSEUR G. : "Les méthodes scientifiques de recherche de la vérité", R.I.D.P. 1972, p. 319 et s.
- LEZEAU T. : "L'importance de la scène de crime", *Revue de la gendarmerie nationale*, 1998, n° 188 et 189, p. 144 et s.
- LEZEAU T. : "Prélèvements sur scène de crime", in *Les empreintes génétiques en pratique judiciaire*, française Doc., 1998, p. 35 et s.
- LORHO G. : "Halte aux requêtes transgéniques", *Droit pénal*, 1999, juillet, p. 4 et s.
- LYNCH M., McNALLY R. et DALY P. : "Le tribunal, fragile espace de la preuve", *La recherche*, 2002, H.S. n° 8, p. 108 et s.
- LYONNET S. : "Empreintes génétiques", in *Le droit des preuves au défi de la modernité*, française Doc., 2000, p. 15 et s.
- MARGOT P. et NIDEGGER P. : "Police et experts", R.I.C.P.T. 1997, p. 162 et s.
- MARGUENAUD J.P. : "Le droit à "l'expertise équitable"", D.S. 2000, chroniques, p. 111 et s.
- MARTIN R. : "Personne, corps et volonté", D.S. 2000, doctrine, p. 505 et s.
- MARUMO Y., SUGITA R. et SETA S. : "Les éléments de preuve géologiques dans l'enquête judiciaire", R.I.P.C. 1999, n° 474-475, p. 75 et s.
- MARX Y. : "Le problème de l'expertise pénale", in *Problèmes contemporains de procédure pénale. Recueil d'études en hommage à M. Louis Huguency*, Sirey, 1968, p. 193 et s.
- MASSIP J. : Cass. Civ. 1ère (8 janvier 2002), *Petites aff.* 12 juin 2002, doctrine, p. 19 et s.
- MASSIP J. : "La conservation des preuves biologiques en matière de filiation", *Gaz. Pal* 2001., 16 et 17 mars 2001, p. 3 et s.
- MATELLY J.H. : "Critique de la preuve génétique", *Revue de la gendarmerie nationale*, 2000, n° 195, p. 87 et s.
- MAUDET G. : "Le polygraphe et son utilisation", R.I.C.P.T. 1959, p. 298 et s.
- MAZEN N.J. : "Tests et empreintes génétiques : du flou juridique au pouvoir scientifique", *Petites Aff.*, n° 149, du 14 décembre 1994
- McCULLAGH D. : "The debate over DNA Evidence", Site Internet, 12 juillet 1999, disponible : <http://www.wired.com>
- MELLOR A. : "Vers un renouveau du problème de l'hypnose en droit criminel ?" R.S.C. 1958, p. 371 et s.
- MERLE R. : "Le corps humain, la justice pénale et les experts", J.C.P., 1955 Doctrine, I, 1219
- MONTANARI B. : La "faute" et "l'accusation": réflexions sur la vérité dans le procès. *Revue Internationale de Droit Pénal*, n°68, Ed. Erès, 1997, p 43-54.
- MORIN S.K. : "The physician as gatekeeper to the use of genetic information in the criminal justice system", *Journal of law, medicine, & Ethics* 2002, p. 88 et s.
- MULLER M. : "La caractérisation du sang humain", *La revue de la police nationale*, 1970, n° 82, mai/juin, p. 15 et s.

- NATIONAL COMMISSION ON THE FUTURE OF DNA EVIDENCE : "Recommandation of the national commission on the future of DNA evidence to Attorney général regarding arrestee DNA sample collection", 2002, Site Internet, disponible : <http://www.ojp.usdoj.gov>
- OIPC - Interpol : "Guide interpol sur l'échange de données génétiques et sur les pratiques en matière d'analyse d'ADN", Site Internet, juin 2001, disponible : <http://www.interpol.int>
- OLIVIER M. : "De la territorialité et de la nationalité des experts judiciaires", Gaz. Pal. 2001, 4 et 5 mai 2001, p. 8 et s.
- OLIVIER M. : "De quelques modalités procédurales nouvelles concernant les mesures d'instruction confiées par le juge à un technicien", Gaz. Pal. 1999, 11 février 1999
- OLIVIER M. : "La radiation de la liste judiciaire des experts en identification par empreintes génétiques", Gaz. Pal., 13 juillet 1996, p. 739 et s.
- PASCAL O. : "Fichiers d'empreintes génétiques et société", Le Monde, 14 septembre 1999
- PASCAL O. : "Empreintes génétiques : pourquoi et pour qui ?" Médecine et droit, 1998, n° 32, p. 1 et s.
- PEREIRA A. : "Au procès de Guy Georges, la preuve par l'ADN et ses limites", Le Monde, 1er avril 2001
- PEUKERT W. : La célérité de la procédure pénale. La Jurisprudence des organes de la Convention européenne des droits de l'homme. *Revue Internationale de Droit Pénal*, n°66, Ed. Erès, 1995, p. 673-686.
- PHILIBEAUX A. : "La procédure pénale et l'expert", Experts 1998, n° 41, décembre
- Police furious over forensics sell-off plans", The observer, 19 janvier 2003
- POTTIER I. : "Le projet de loi relatif à la bioéthique : renforcer l'édifice juridique édifié en 1994", Gaz. Pal., 12 et 13 juillet 2002, doctrine, p. 5 et s.
- PRADEL J. : « Inquisitoire – Accusatoire. Une redoutable complexité ». *Revue Internationale de Droit Pénal*, n°68, Ed. Erès, 1997, p. 213 – 229.
- PRADEL J. : « La rapidité de l'instance pénale. Aspects de droit comparé ». *Revue Internationale et de Droit Pénal*, n°119, 1995, p. 213-224.
- PRIEUR C. : "Le meurtrier présumé de Caroline Dickinson confondu par son ADN", Le Monde, , 17 avril 2001
- PY P. : «Vers un statut de l'homme biologique. Les lois sur la bioéthique", R.D.P. 1996, 2, p. 1319 et s.
- RAVANAS J. : Cass. 1ère Civ. (6 mars 1996), D.S. 1997, jurisprudence, p. 7 et s.
- RENUCCI J.F. : "L'expertise pénale et la Convention européenne des droits de l'homme", J.C.P. 2000, n° 19, 10 mai 2000, Chronique, I, 227, p. 850 et s.
- ROUQUIE S. : "Les rapports actuels entre le droit et les sciences de la vie", Petites Aff., n° 57, du 13 mai 1998
- ROY O. : "Filiation et empreintes génétiques", Revue trimestrielle de la C.A. de Versailles, 1993, n° 30, p. 71 et s.
- SCHMIDT A. : "La narco-analyse et son application pratique", R.I.C.P.T 1956, janvier/mars, p. 64 et s.
- SLOAN L.D. : "Echelon and the Legal Restraints on Signals Intelligence : A Need for Reevaluation ", Duke Law Journal, vol. 50, 1467, (2001).
- SUSINI J. : "La détection du mensonge par la police", R.S.C. 1953, p. 137 et s.
- SUSINI J. : "Un chapitre nouveau de police scientifique. La détection objective du mensonge", R.S.C. 1960, p. 326 et s.
- TAK P. J-P. et VAN EIKEMA HOMMES G. A. : "Le test ADN et la procédure pénale en Europe", R.S.C. 1993, p. 679 et s.
- TARONI F. et AITKEN C. : "Probabilités et preuve par l'ADN dans les affaires civiles et criminelles. Questions de la cour et réponses fallacieuses des experts", R.P.S. 1998, p. 27 et s.
- TARONI F. et MANGIN P. : "L'interprétation de la preuve scientifique : les juristes, les scientifiques et les probabilités", Médecine et droit, 1998, n° 30, p. 6 et s.
- THOUVENIN D. : "Les lois n° 94-548 du 1er juillet 1994, n° 94-653 et n° 96-654 du 29 juillet 1994 ou comment construire un droit de la bioéthique", A.L.D. 1995, comm. légis., p. 149 et s.

- TRECHSEL S. : « L'administration de la preuve. Quelques réflexions sur l'article 6, 3°, d) de la Convention Européenne des Droits de l'Homme ». In : *Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire. Mélanges en hommage à Pierre Lambert*, Bruxelles, Bruyillant, 2000, p. 907-926.
- TREMBLAY P. et TREMBLAY M. : "Les pratiques d'enquête criminelle : fautes, dilemmes et tentations", R.I.D.C.P.T. 2000, n° 1, p. 82 et s.
- VERIN J. : "L'expertise dans le procès pénal", R.S.C.1980, p. 1022 et s.
- VIENNE R. : "Preuve et atteintes à la personne", J.C.P. 1949, doctrine, I, 758
- VOUIN R. : "Le juge et son expert", D.S. 1955, chronique, p. 131 et s.
- WEHBI D. : "La captation, la conservation, la transmission de la voix et de l'image", in *Le droit des preuves au défi de la modernité*, française Doc., 2000, p. 25 et s.
- WERRETT D.J. : "L'identification par "l'empreinte génétique"", R.I.P.C. 1998, n° 469-471, p. 236 et s.
- WILLING R. : "Some inmates say 'no' to DNA sample ; nation's database could be threatened", USA today, 15 avril 2002, p. A.03 et s.

### Bibliographie par pays

#### Allemagne

- HÛNERFELD P. : « La célérité dans la procédure pénale en Allemagne ». *Revue Internationale de Droit Pénal*, n°66, Ed. Erès, 1995, p. 389-410.
- SCHMITTER H. : "Situation of DNA - Analys in Germany", in *1st International DNA user's conference*, 1999, disponible <http://www.interpol.int>.

#### Angleterre

- ARNOLD A. et BURNETT-HALL G. : "Snooping in the e-commerce age", *Solicitors Journal*, 26 May 2000, p. 486.
- BANISAR D. et DAVIES S. : "Global Trends in Privacy Protection: An International Survey of Privacy, Data Protection, and Surveillance Laws and Developments", *The John Marshall Journal of Computer Information Law*, vol. 18, 1999-2000, p. 6.
- BERKEL B. et RAPAPORT L. : "Covert Audio Interception", 358, *CCS Security Source Library Vol. 1*, 1994
- BURKE K.C : "Secret surveillance and the ECHR", *Stanford Law Review* 1980-1981, pp.1113-1140.
- CAPE E. : "The right to privacy - RIP?", [2001] *Legal Action* 21.
- FENWICK H. : "Central aspects of the Regulation of Investigatory Powers Act 2000: civil liberties implications", [2001] *32 Student Law Review* 5.
- SPENCER J.R. : « La célérité dans la procédure pénale en Angleterre ». *Revue Internationale de Droit Pénal*, n° 66, Ed. Erès, 1995, p. 421-422.

#### Belgique

- BOSLY H. D. et DE VALKENEER C. « La célérité dans la procédure pénale en droit belge ». *Revue Internationale de Droit Pénal*, n°66, Ed. Erès, 1995, p. 433-456.
- DUVILLIERS T. : « Célérité et proactivité. Regard critique sur les procédures de justice accélérée en droit belge ». *L'Astrée*, décembre 2000, n°13, p. 26-31.

- La Chronique (revue de la LDH) n° 92 mai-juin 2002. Disponible à : <http://www.liguedh.org/justice/procedure/010602snelrechtchronic.pdf>. Accès: le 14/Jan/ 2003.
- La Comparution immédiate « bis » : encore plus d'inquiétudes... Ligue des droits de l'Homme – Communiqué de presse – 28 janvier 2002. [http://liguedh.org/justice/procedure/020128snelrecht\\_presse.pdf](http://liguedh.org/justice/procedure/020128snelrecht_presse.pdf). Accès : le 14/Jan/2003.
- VAN DEN HENDE T. : Cour d'appel de Gand, 30 janvier 2002, Vigiles - Revue du droit de la police, n° 4,
- VAN DEN WYNGAERT C. et Bosly H. : "Le droit belge" in "La preuve en procédure pénale comparée", Revue internationale de droit pénal (vol. 63), p. 109.
- VAN RENTERGHEM P. : "Update on the belgian DNA legislation", in *1st International DNA user's conference*, 1999, disponible <http://www.interpol.int>.

## Canada

- BELIVAUP P. : « Le droit d'être jugé dans un délai raisonnable en droit pénal canadien ». *Revue Internationale de Droit Pénal*, n° 66, Ed. Erès, 1995, p. 457-492.
- BELIVEAU P. : "Le droit canadien" in "La preuve en procédure pénale comparée", *Revue Internationale de Droit Pénal* (vol. 63), p. 117.

## Espagne

- CASABONA C.M.R. : "Los delitos de daños en el ambito informatico", *Cuadernos de política criminal*, Madrid, n° 43, 1991, pp. 91-118.
- CHOCLAN MONTALVO J.A. : "Estafa por computacion y criminalidad economica vinculada a la informatica". *Actualidad penal – Revista semanal técnico-jurídica de derecho penal*, Madrid, n°47, 22 à 28 déc. 1997, pp. 1069-1094.
- COLOMER J.L.G. : « La instruccion del proceso penal en España y los derechos del imputado ». *Revista Brasileira de Ciências Criminas* n°9, avril-juin 2001, p. 26-46.
- FRANCES M.G. : "El intrusismo informático (Hacking) : Represión penal autónoma ?", II Congreso internacional de informática y derecho, UNED, Centro regional de Extremadura, *Revista informática y derecho*, Merida, España, 1996, vol. II, pp. 1163-1184.
- GOMEZ P.J.M. : "Delitos informáticos y los tipos que exigen la 'cosa ajena mueble'", *Justiça penal*, São Paulo, n° 7, 2000, pp.334-348.
- HERNÁNDEZ GUERRERO F.J. et ALVAREZ DE LOS RIOS J.L. : "Protección constitucional, administrativa y penal del derecho a la intimidad". *IN Jornadas sobre delincuencia informática, Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*, III Madrid, 1997, pp. 349-480.
- HIGUERAS M.H. : "Los delitos informáticos en en proyecto de código penal de 1994". *Revista informática y derecho*. II Congreso internacional de informática y derecho. UNED, Centro Regional de Extremadura. Merida, 1996, Vol. II, pp. 1185-1194.
- MORENO M.H. : "El fraude informático en el derecho penal español", *Actualidad penal – Revista semanal técnico-jurídica de derecho penal*, Madrid, n°39, 22 à 28 oct. 2001, pp. 925-964.
- RUEDA A.G. : "Delincuencia informatica : la nueva criminalidad de fin de siglo", *Cuadernos de política criminal*, Madrid, n° 65, 1998, pp. 365-373.

## Etats-Unis

- CASH, "Prewarrant thermal imaging as a Fourth Amendment violation: A Supreme Court question in the making", 60 Alb. L. Rev. 1295, (1997).
- CEDRAS J. : « La célérité de la procédure pénale dans le droit des Etats-Unis ». *Revue Internationale de Droit Pénal*, n° 66, Ed. Erès, 1995, p. 505 - 520.
- FINLEY L. : Comment, "Concealed Weapon Detectors and the Fourth Amendment", 45 UCLA L. Rev. 281.

- GEORGITON P. : "The FBI's Carnivore: How Federal Agents May Be Viewing Your Personal E-Mail and Why There Is Nothing You Can Do About It", *Ohio State Law Journal*, vol. 62, n°6, 2001.
- JULIE R. : "High-tech surveillance tools and the Fourth Amendment: reasonable expectations of privacy in the technological age", (2000) 37 *American Criminal Law Review* 127.
- SCHWARTZ J. : "FBI Use of New Technology to Gather Evidence Challenged", *NY Times*, 30 juin, 2001 *in* C7.
- THIERER A. et CREWS W. : *Techknowledge Newsletter*, "Cybersurveillance in the wake of 9/11", Issue 20, September 18, 2001.
- WONG M. : "Electronic Surveillance and Privacy in the United States after September 11 2001 : The USA PATRIOT ACT", *Singapore Journal of Legal Studies*, [2002] 214-270.
- WOO C. et SO M. : "The Case for Magic Lantern: September 11 Highlights the Need for Increased Surveillance", *Harvard Journal of Law & Technology*, vol. 15, n° 2, Spring 2002.
- YOUNG M.C. : "What Big Eyes and Ears you have!: A new Regime for Covert Governmental Surveillance", *Fordham Law Review* 1016.
- ZETTER K. : "Snoopware: new technologies, laws threaten privacy", *PC World Com*, March 2002.

## France

- BRANDT-CASADEVALL C., et MANGIN P.: "L'identification médico-légale des traces biologiques", *Médecine et droit*, 1998, n° 32, p. 7 et s. - CASORLA, Francis. La célérité du procès pénal en droit français. *Revue Internationale de Droit Pénal*, n° 66, Ed. Erès, 1995, p. 421-422.
- CHAMOIX F. : « La loi sur la fraude informatique : de nouvelles incriminations », *La Semaine Juridique* 1988, I, 3321.
- COSTA J.F. : « Les crimes informatiques et d'autres crimes dans le domaine de la technologie informatique au Portugal ». Colloque Préparatoire « Délits informatiques et autres infractions à la technologie de l'information », Wurzburg – Allemagne du 5 – 8 octobre 1992. *Revue Internationale de Droit Pénal*, vol. 64, 1993, pp. 517 – 537.
- COUVRAT P. : « Les procédures sommaires en matière pénale ». *Revue Internationale de Droit Comparé*, n°2, 1994, p. 695-702.
- CROZE H. : « L'apport du droit pénal à la théorie générale du droit de l'informatique (à propos de la loi n°88-19 du 5 janvier 1988 relative à la fraude informatique », *La Semaine Juridique* 1988, I, 3333.
- GASSIN R. : « Le droit pénal de l'informatique », *Recueil Dalloz* 1986, *Chronique V*, pages 35 à 42.
- GASSIN R. : *Répertoire Dalloz de droit pénal et de procédure pénale*, Voir Informatique (Fraude informatique), octobre 1995.
- MANDARD S. : « *Cybercrime, que fait la police ?* », *Le Monde*, 10 mai 2000.
- MARON A. : "Rien n'est perdu fors l'honneur... (à propos des écoutes téléphoniques)", *Editions techniques, droit pénal*, juin 1990.
- MEUNIER C. : "La loi du 28 novembre 2000 relative à la criminalité informatique ou le droit pénal et la procédure pénale à l'ère numérique", *Revue de Droit Pénal et de Criminologie*, vol. 18, 2001, 611.
- MORETTI C. et LEVY O. : "À travers le monde des écoutes clandestines", *RICPT* avril-juin 1973, vol. XXVI, n° 2, p. 133.
- MOUTOUH H. : *La juridiction de proximité : une tentative attendue de déconcentration judiciaire*. *Dalloz Sirey*, 05 décembre 2002, n°43, p. 3218-3223.
- NOVARO P. : « La procédure pénale en matière de criminalité informatique », *Lamy droit de l'informatique* n°76, 1<sup>er</sup> décembre 1995, pages 1 à 3.
- PADOIN D. : « La criminalité informatique – Le rôle de la police judiciaire », *Gazette du Palais*, n°299, 26 octobre 1996, pages 25 à 28.
- PALFREY T. : "Surveillance as a response to crime in cyberspace", *Information & Communications Technology Law*, vol. 9, n° 3, 2000, p. 173.
- PERRIN M.D. : « Conciliation-Médiation ». *Petites Affiches*, 26 août 2002, n°170, p.4-9.
- PETTITI L.E. : "Les écoutes téléphoniques et droits de l'homme", *in Fortschritt im Bewusstsein der Grund- und Menschenrechte. Festschrift für Felix Ermacora*, Kehl, Engel, 1988, p.455-474.

- PRADEL J. : "Les écoutes téléphoniques judiciaires : un statut en voie de formation", *RFDA* 1991, p.83-89.
- RODRIGUES A. : « Le droit portugais ». *Revue Internationale de Droit Pénal*, vol. 63, 1992, pp. 289 – 319.
- SIRE-MARIN E. : « L'inquiétude de professionnels du monde judiciaire devant la création des 'juges de proximité' ». *Le Dalloz*, 19/déc./2002,n°44, p. 3275-3276.
- STRICKLER Y. : « Le juge unique en procédure pénale ». *Petites Affiches*, 18 fév. 2002, n°35, p. 9-14.
- VOISIN S. : « La médiation pénale est-elle juste ? » *Petites Affiches*, 26 août 2002, n°170, p.49-52.

### Italie

- PISANI, M. : « La célérité dans la procédure pénale italienne ». *Revue Internationale de Droit Pénal*, n° 66, Ed. Erès, 1995, p. 565-589.

### Portugal

- CANAIS SAPO : « *Lei da Criminalidade Informática* »- *Lei n°109/91*. Disponible à : <http://canais.sapo.pt/tecnologia/dhdc/>. Accès: le 31 août 2002
- CANAIS SAPO : « *O papel da Justiça na Internet* ». Disponible à : <http://canais.sapo.pt/tecnologia/dhe/876.html>. Accès: le 31 août 2002.
- CANAIS SAPO : « *Os âmbitos da aplicação da lei* ». Disponible à : <http://canais.sapo.pt/tecnologia/dhe/870.html>. Accès: le 31 août 2002.
- CANAIS SAPO : « *Quando é que o crime é praticado em Portugal* ». Disponible à : <http://canais.sapo.pt/tecnologia/dhe/871.html>. Accès: le 31 août 2002.
- COSTA J.D.F. et MONIZ H. : « *Algumas reflexões sobre a criminalidade informática em Portugal* ». *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, n° 73, 1997, pp. 297- 345.
- RODRIGUES A. : « La célérité de la procédure pénale au Portugal et son expérience ». *Revue Internationale de Droit Pénal*, n°66, Ed. Erès, 1995, p. 623-640.

## III – RAPPORTS, TRAVAUX PREPARATOIRES, CONFERENCES

### Bibliographie générale

- "A mistaken DNA identification ? What does it mean ?" Site Internet, disponible: <http://www.forensic-evidence.com>
- American university law review Conférence "The human genome project, DNA science and the law: the american legal system's response to breakthroughs in genetic science", *Criminal law and DNA science : balancing societal interests and civil liberties*, Washington, DC, 2001, 19 octobre 2001, disponible: <http://www.wcl.american.edu>
- CONSEIL D'ETAT : Section du rapport et des études, « Internet et les réseaux numériques », 2 juillet 1998
- GIREL G. : Conférence "Colloque du Service de coopération technique internationale de police", Intervention du Directeur central de la police judiciaire, non publié, 4 septembre 2003
- DE VEL G. : Intervention à l'occasion du colloque international "Droit d'Internet - Approches européennes et internationales" organisé par le ministère de la justice, l'université Paris I et l'association ARPEJE, Assemblée Nationale, 19 novembre 2001
- MCCONNELL International : ([www.mcconnellinternational.com](http://www.mcconnellinternational.com)), Rapport sur le "Cyber Crime...and Punishment? Archaic laws threaten global information". Téléchargé le 21 juin 2002 in <http://www.mcconnellinternational.com/services/CyberCrime>
- OIPC : Interpol Secrétariat général: Conférence ", 1st International DNA user's conference, internet Site, Lyon, 1999, 24 au 26 novembre 1999, disponible: <http://www.interpol.int>

- OIPC : Conférence "2nd international DNA user's conference for investigative officers", Minutes, Lyon, 2001, 7 au 9 novembre 2001, disponible: <http://www.interpol.int>
- QUINTANA-TRIAS O. : "Aspects éthiques des banques de tissus humains", Avis du groupe européen d'éthique des sciences et des nouvelles technologies auprès de la commission européenne., 21 juillet 1998
- Rapport : "Le contenu offensant diffusé dans Internet", Stratégie canadienne pour l'utilisation sécuritaire, prudente et responsable d'Internet, [www.brancher.gc.ca/cyberaverti](http://www.brancher.gc.ca/cyberaverti).
- SCHNEIDER P. : Conférence "Second European Symposium on Human Identification", DNA databases for offender identification in Europe - The need for technical, legal and political harmonization, 1998, disponible: <http://www.promega.com>
- SIEBER U. Dr. : « *Legal Aspects of Computer-Related Crime in the Information Society* » – *COMCRIME Study*, Etude préparée pour la Commission européenne, Version 1.0 du 1<sup>er</sup> janvier 1998, <http://europa.eu.int/ISPO/legal/en/comcrime/sieber.html>, (<http://www.Internet.gouv.fr/francais/textesref/rapce98/sommaire.htm>)

## Bibliographie par pays

### Angleterre

- REID J. : "Realising the potential of genetics in the NHS", Department of health, juin 2003, disponible : <http://www.doh.gov.uk/genetics/whitepaper.htm>
- Report of the Committee of Privacy Councilors Appointed to Inquire into the Interception of Communications, Cmd. 283, London, HMSO, 1957.

### Belgique

- Avis n° 35.115/2, "Avis de la section de législation du conseil d'état, relatif à l'arrêté royal relatif aux techniques d'enquête policières", 2003, p. 25370, 9 avril 2003, disponible: [http://194.7.188.126/justice/index\\_fr.htm](http://194.7.188.126/justice/index_fr.htm)

### Espagne

- Rapport espagnol pour le Corpus Juris, 1997.

### Etats-Unis

- NATIONAL INSTITUTE OF JUSTICE : "Recommendation of the national commission on the future of DNA evidence to the attorney general regarding arrestee DNA sample collection", 16 janvier 2000, disponible : <http://www.ojp.usdoj.gov/nij/dna/arrestee.html>

### France

- CABAL C. : "Rapport de l'Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques sur la valeur scientifique de l'utilisation des empreintes génétiques dans le domaine judiciaire", disponible : <http://www.assemblee-nationale.fr>
- CABAL C. : "Rapport de l'Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques sur les méthodes scientifiques d'identification des personnes à partir de données biométriques et les techniques mises en oeuvre", Assemblée nationale, Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques, 16 juin 2003, disponible : <http://www.assemblee-nationale.fr>
- COMMISSION NATIONALE CONSULTATIVE DES DROITS DE L'HOMME : "Avis sur l'avant projet de loi portant adaptation des moyens de la justice aux évolutions de la criminalité", internet Site, 27 mars 2003
- COURTOIS J.P. : "Rapport au nom de la commission des Lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur le projet de loi pour la sécurité intérieure", Annexe au procès-verbal de la séance du 30 octobre 2002, disponible : <http://www.senat.fr>
- COURTOIS J.P. : "Rapport fait au nom de la commission mixte paritaire", 5 février 2003, disponible : <http://www.senat.fr>
- ESTROSI C. : "Rapport n° 508, au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la république sur le projet de loi pour la sécurité intérieure", Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 18 décembre 2002., disponible : <http://www.assemblee-nationale.fr>
- GILMER J. A. et Van ALSTYNE D. J. : "The first 100 hits - forensic-offender matches on the new-York DNA state bank. Research note", Office of justice systems analysis, January 2002, disponible : <http://www.criminaljustice.state.ny.us>
- LE FUR M. : "Rapport d'information n° 504 déposé par la commission des finances, de l'économie générale et du plan sur le fichier national automatisé des empreintes génétiques", enregistré à la présidence de l'Assemblée nationale le 18 décembre 2002, disponible : <http://www.assemblee-nationale.fr>
- MONORY R. : "Rapport de la Commission de Contrôle de Services Administratives procédant aux écoutes téléphoniques", p. 29.
- WARSMANN J.L. : "Rapport n° 856 fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation, et de l'administration générale de la république sur le projet de loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité", Assemblée nationale, enregistré à la présidence de l'assemblée nationale le 14 mai 2003, disponible : <http://www.assemblee-nationale.fr>

#### IV – LEGISLATION

##### Générale

- EXPOSE DES MOTIFS de la recommandation (1992) : "Exposé des motifs de la recommandation n° R(92) du comité des ministres aux états membres. Les tests et le dépistage génétiques à des fins médicales" du 10 février 1992, Conseil de l'Europe, Comité des ministres
- RECOMMANDATION (1992) : "Recommandation du comité des ministres aux états membres sur l'utilisation des analyses de l'acide désoxyribonucléique (ADN) dans le cadre du système de justice pénale" du 10 février 1992, Conseil de l'Europe, Comité des ministres, Recommandation n° R(92) 1, disponible : <http://cm.coe.int>
- RESOLUTION (1997), Union européenne : "Résolution du Conseil de l'Union européenne relative à l'échange de résultats des analyses d'ADN" du 9 juin 1997, Conseil de l'Union européenne, Journal officiel C 193, 24.06.1997, disponible : <http://europa.eu.int/>
- RESOLUTION (2001) : "Résolution du Conseil relative à l'échange des résultats des analyses d'ADN", 2001/C 187/01, 2001, J.O. des Communautés européennes, n° C 187/1 du 3 juillet 2001

- RESOLUTION (2001) : Union européenne, "Résolution du Conseil du 25 juin 2001 relative à l'échange des résultats des analyses d'ADN" du 25 juin 2001, Conseil de l'Union européenne, (Journal officiel C 187, 03.07.2001), disponible : <http://europa.eu.int>

Par pays

### Angleterre

- CIRCULAR (2001), HOC 25/2001 : "The criminal justice and police act 2001 : changes to sections 63A and 64 of police and criminal evidence act 1984 relating to the retention of fingerprints and sample" du 11 juin 2001, disponible : <http://www.homeoffice.gov.uk>
- CIRCULAR (2002), HOC 40/2002 : "The police (amendment) regulations 2002" du 1er août 2002, disponible : <http://www.homeoffice.gov.uk>
- LAW (2001) : "Criminal justice and police act", disponible : <http://www.legislation.hmso.gov.uk>

### Belgique

- ARRETE (2002), Belgique : "Arrêté royal pris en exécution de la loi du 22 mars 1999 relative à la procédure d'identification par analyse ADN en matière pénale" du 4 février 2002, Ministère de la justice, MB 110-111-112, publié le 30 mars 2002, disponible : <http://www.just.fgov.be>
- ARRETE ROYAL : « portant les mesures d'exécution concernant la procédure de médiation pénale » du 01 nov. 1994. [http://www.cass.be/cgi\\_loi/legislation.pl](http://www.cass.be/cgi_loi/legislation.pl). Accès: le 15/Janv./03.
- CODE D'INSTRUCTION CRIMINELLE. [http://www.cass.be/cgi\\_loi/legislation.pl](http://www.cass.be/cgi_loi/legislation.pl) Accès : le 15/Jan/03
- LOI (1999) : "relative à la procédure d'identification par analyse ADN en matière pénale" du 22 mars 1999, disponible : <http://www.just.fgov.be>
- LOI (1999) : publiée au moniteur le 26 février 1999, "relative aux organisations criminelles" du 10 janvier 1999, disponible : <http://www.poldoc.bel>
- LOI (2003), Belgique : "Loi concernant les méthodes particulières de recherche et quelques autres méthodes d'enquête" du 6 janvier 2003, Moniteur belge, 12 mai 2003, p. 25351, disponible : [http://194.7.188.126/justice/index\\_fr.htm](http://194.7.188.126/justice/index_fr.htm).

### Canada

- LOI (1998), Canada : "Loi sur l'identification par les empreintes génétiques" du 10 décembre 1998, ch. 37, disponible : <http://lois.justice.gc.ca>

### Espagne

- Code de procédure pénale espagnol, traductions de Raymond LEGAIS, Juriscope 2000. (Texte à jour jusqu'à la fin juin 1999).
- Constitution espagnole. <http://perso.wanadoo.fr/ambassade.espagne/constitution/constitution.htm> (21/11/01)

## France

- CIRCULAIRE (1999) : "Agrément des personnes habilitées à procéder à des mission d'identification par empreintes génétiques dans le cadre d'une procédure judiciaire" du 20 janvier 1999, Ministère de la justice, direction des affaires civiles et du sceau, n° CIV 99-03 M2/20-01-99
- CIRCULAIRE (2000) : "Présentation des dispositions relatives au fichier national automatisé des empreintes génétiques et au service central de préservation des prélèvements biologiques" du 10 octobre 2000, Ministère de la justice, direction des affaires criminelles et des grâces, n° CRIM 2000-08 F1/10-10-2000
- CIRCULAIRE (2001) : "Mise en place du fichier national automatisé des empreintes génétiques et du service central de préservation des prélèvements biologiques" du 20 juillet 2001, Ministère de la justice, direction des affaires criminelles et des grâces, n° CRIM 2001-15 E6/20-07-2001
- DECRET (2000) : "Décret n° 2000-413 du 18 mai 2000 modifiant le code de procédure pénale (deuxième partie : Décrets en Conseil d'Etat) et relatif au fichier national automatisé des empreintes génétiques et au service central de préservation des prélèvements biologiques" du 18 mai 2000, Ministère de la justice, J.O. Numéro 116 du 19 Mai 2000, disponible : <http://www.legifrance.fr>
- DECRET (2003), France : "n° 2003-455 modifiant le code de procédure pénale et relatif à la protection des témoins et à l'utilisation de moyens de télécommunications" du 16 mai 2003, n° 2003-455, JO du 23 mai 2003, p. 8818, disponible : <http://www.legifrance.gouv.fr>
- LOI (1994) : "Loi relative au respect du corps humain" du 29 juillet 1994, J.O. (1994), n° 94-6353
- LOI (1998) : n° 98-468, "relative à la prévention et à la répression des infractions sexuelles ainsi qu'à la protection des mineurs" du 17 juin 1998, Travaux préparatoires : Assemblée nationale : Projet de loi n° 202 ; Rapport de Mme Frédérique Bredin, au nom de la commission des lois, n° 228 ; Discussion et adoption les 30 septembre et 1er octobre 1997. Sénat : Projet de loi, adopté par l'Assemblée nationale, n° 11 (1997-1998) ; Rapport de M. Charles Jolibois, au nom de la commission des lois, n° 49 (1997-1998) ; Avis de M. Jacques Bimbenet, au nom de la commission des affaires sociales, n° 51 (1997-1998) ; Discussion les 28, 29 et 30 octobre 1997 et adoption le 30 octobre 1997. Assemblée nationale : Projet de loi, modifié par le Sénat, n° 397 ; Rapport de Mme Frédérique Bredin, au nom de la commission des lois, n° 622 ; Discussion et adoption le 20 janvier 1998. Sénat : Projet de loi, adopté avec modifications par l'Assemblée nationale en deuxième lecture, n° 234 (1997-1998) ; Rapport de M. Charles Jolibois, au nom de la commission des lois, n° 265 (1997-1998) ; Discussion et adoption le 31 mars 1998. Assemblée nationale : Projet de loi, modifié par le Sénat en deuxième lecture, n° 812 ; Rapport de Mme Frédérique Bredin, au nom de la commission mixte paritaire, n° 906 ; Discussion et adoption (procédure d'examen simplifiée) le 3 juin 1998. Sénat : Rapport de M. Charles Jolibois, au nom de la commission mixte paritaire, n° 435 (1997-1998) ; Discussion et adoption le 4 juin 1998., disponible : <http://www.legifrance.gouv.fr>
- LOI (2001), France : "Loi relative à la sécurité quotidienne" du 15 novembre 2001, . n° 2001-1062 du 15 novembre 2001, J.O. n° 266 du 16 Novembre 2001, - Travaux préparatoires : Assemblée nationale : PROJET DE LOI n° 2938 : Rapport de M. Bruno Le Roux, au nom de la commission des lois, n° 2996 ; Avis de M. Jean-Pierre Brard, au nom de la commission des finances, n° 2992 ; Discussion les 25 et 26 avril 2001 et adoption, après déclaration d'urgence, le 26 avril 2001. Sénat : Projet de loi, adopté par l'Assemblée nationale, n° 296 (2000-2001) ; Rapport de M. Jean-Pierre Schosteck, au nom de la commission des lois, n° 329 (2000-2001) ; Avis de M. André Vallet, au nom de la commission des finances, n° 333 (2000-2001) ; Discussion les 22, 23, 29 et 30 mai 2001 et adoption le 30 mai 2001. Assemblée nationale : Projet de loi, modifié par le Sénat, n° 3102 ; Rapport de M. Bruno Le Roux, au nom de la commission mixte paritaire, n° 3107. Sénat : Rapport de M. Jean-Pierre Schosteck, au nom de la commission mixte paritaire, n° 353 (2000-2001). Assemblée nationale : Projet de loi, modifié par le Sénat, n° 3102 ; Rapport de M. Bruno Le Roux, au nom de la commission des lois, n° 3177 ; Discussion les 26 et 27 juin 2001 et adoption le 27 juin 2001. Sénat : Projet de loi, adopté par l'Assemblée nationale en nouvelle lecture, n° 420 (2000-2001) ; Rapport de M. Paul Girod, au nom de la commission des lois, n° 7 (2001-2002) ; Discussion les 16 et 17 octobre 2001 et adoption le 17 octobre 2001. Assemblée nationale : Projet de loi, modifié par le Sénat en nouvelle lecture, n° 3346 ; Rapport de M. Bruno Le Roux, au nom de la commission des lois, n° 3352 ; Discussion et adoption le 31 octobre 2001, disponible : <http://www.legifrance.gouv.fr>

- LOI (2003) : "pour la sécurité intérieure" du 18 mars 2003, n° 2003-239, Travaux préparatoires : Sénat - 1ère lecture : Projet de loi pour la sécurité intérieure, n° 30 (2002-2003), déposé le 23 octobre 2002 (urgence déclarée), Rapport de M. Jean-Patrick Courtois, n°36 (2002-2003) au nom de la commission des Lois. ; Rapport d'information de Mme Janine Rozier n° 34 (2002-2003) au nom de la délégation aux droits des femmes et à l'égalité des chances entre les hommes et les femmes ; Discussion en séance publique les 13, 14 et 15 et 19 Novembre 2002 (Texte adopté n°30) ; Assemblée nationale - 1ère lecture ; Projet de loi adopté par le Sénat, après déclaration d'urgence, n°381. ; Examen en commission (commission des lois, M. Christian Estrosi, rapporteur) ; Audition, ouverte à la presse, de M. Nicolas Sarkozy, ministre de l'intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales : réunion du mercredi 11 décembre 2002 ; Examen du projet de loi : réunion du mercredi 18 décembre 2002 ; Amendements, art. 88 : réunion des mardi 14 et mercredi 15 janvier 2003 ; Rapport de M. Christian Estrosi, au nom de la commission des lois, n° 508, déposé le 18 décembre 2002 ; Rapport d'information de Mme Marie-Jo Zimmermann au nom de la Délégation aux droits des femmes et à l'égalité des chances entre les hommes et les femmes sur le projet de loi, adopté par le Sénat après déclaration d'urgence, pour la sécurité intérieure, n° 459 ; Discussion en séance publique : 2ème séance du mardi 14 janvier 2003 ; 3ème séance du mardi 14 janvier 2003 ; 1ère séance du mercredi 15 janvier 2003 ; 2ème séance du mercredi 15 janvier 2003 ; 1ère séance du jeudi 16 janvier 2003 ; 2ème séance du jeudi 16 janvier 2003 ; 3ème séance du jeudi 16 janvier 2003 ; 1ère séance du mardi 21 janvier 2003 ; 2ème séance du mardi 21 janvier 2003 ; Séance du mercredi 22 janvier 2003 ; 1ère séance du jeudi 23 janvier 2003 ; 2ème séance du jeudi 23 janvier 2003 ; Explications de vote et vote par scrutin public le mardi 28 janvier 2003 ; Projet de loi adopté par l'Assemblée nationale, en première lecture, le mardi 28 janvier 2003, texte adopté n° 79 ; Commission mixte paritaire (Accord) : Projet de loi, modifié par l'Assemblée nationale, après déclaration d'urgence, n° 153 (2002-2003) ; Rapport de M. Christian Estrosi et M. Jean-Patrick Courtois [Assemblée nationale n° 595 ; Sénat, n° 162 (202-2003) ; Examen en séance publique à l'Assemblée nationale : 1ère séance du mercredi 12 février 2003 ; Projet de loi adopté par l'Assemblée nationale, le 12 février 2003, texte adopté n°86 ; Examen en séance publique au Sénat : Discussion et adoption le jeudi 13 février 2003 - Texte définitif n° 68 (2002-2003) : Décision n°2003-467 DC du 13 mars 2003 (JO du 18 mars 2003), disponible : <http://www.legifrance.gouv.fr>
- LOI n°2002-1138 du 09/sept/2002.
- PROJET DE LOI : « portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité », 2003, disponible: <http://www.assemblee-nationale.fr>

## Portugal

- CONSTITUTION du 2 avril 1976 : Traduction française réalisée par l'Université de Perpignan, <http://mjp.univ-perp.fr/constit/por.htm> (08/11/01)
- LOI n° 144/99 du 31 août 1999 relative à la coopération judiciaire internationale en matière pénale, <http://www.gddc.pt/legislacao-lingua-estrangeira/francais/8182-loi-144-99Fra.html> (18/10/01).
- CÓDIGO DE PROCESSO PENAL – Decreto-lei n° 78/87 du 17 février 1987, <http://cr3.cea.ucp.pt/lei/cpp/cppind.htm> (18/10/01).
- CÓDIGO DE PROCESSO PENAL - Decreto-lei » n° 78/87 du 17 février 1987, Coimbra : Almedina, 1996. (exposé des motifs)

## V – JURISPRUDENCE

### CEDH

- *Christie v UK* 78 - A DR E Com HR 119.
- *Funke c. France*, 25 février 1993, série A. n° 256 –A.

- *Halford c. Royaume-Uni*, 25 juin 1997, Recueil, 1997-III.
  - *Khan v UK* [1997] AC 558.
  - *Klass et autres c. Allemagne*, Arrêt du 6 septembre 1978, série A, n°28.
  - *Kruslin et Huvig c. France*, Arrêts du 24 avril 1990, série A, n°176-A et B.
  - *Lüdi c. Suisse*, 15 juin 1992, série A n° 238.
  - *Malone c. Royaume-Uni*, Arrêt du 2 août 1984, série A, n°82.
- D. 1990, p. 353, note Pradel

## Juridictions nationales

### Canada

- *Lyons and Prevedoras* (1984) 2 SCR 631, 43 CR (3d) 97 CIT
- *R. v Duarte*, (1990) 1 RCS

### Espagne

- Tribunal Correctionnel STC 114/ 1984 du 29 novembre 1984 et STC 107/ 1985

### Etats-Unis

- *Berger v New York*, 388 US 41, 87 SCt 1873, 18 Led2d 1040 (1967).
- *Hunter v Southam Inc.*, [1984] 2 RCS 149.
- *Katz v US*, 9E'389 US 347, 88 SCt 507, 19 L.Ed.2d 576 (1967).
- *Lopez v US*, 373 US 427, 83 SCt 1381, 10 Led2d 462 (1963).
- *Olmstead v United States* 277 US 438 (1928).
- *On Lee v United States*, 343 US 747, 72 SCt 967, 96 Led 1270 (1952).
- *Silverman v US*, 365 US 505, 81 SCt 967.
- *United States v White* 401 US 745, 91 SCt 1122, 28 Led2d 453 (1971).

### France

- *Cass.*, 12 juin 1952, JCP, 1952, II 7241 note Bouchot, S 1954, I 69, note Legal ; 18 mars 1955, JCP, 1955 II 8909, note Esmein ; D 1955, 573, note Savatier
- *Cass.*, 9 octobre 1980, Bull. n° 255, D 1981, p. 332, note Pradel, JCP 191, II 19578, note Di Marino.
- Conseil constitutionnel, 13 mars 2003, Décision n° 2003-467 DC sur loi relative à la sécurité intérieure, disponible: <http://www.conseil-constitutionnel.fr>
- *Cass. crim. (X, Y, Z)*, 9 juillet 2003, pourvoi n° 03-82163, disponible: <http://www.legifrance.gouv.fr>

### Grande-Bretagne

- *R. v Khan* [1996] 3 All ER 289.

## THESES

- BÜCK (V.), *L'influence des Cours constitutionnelles sur la politique pénale. Etude comparée France/Espagne*, Thèse de doctorat, Université de Paris I, direction Mireille Delmas-Marty, 14 janvier 2000.
- GIANNOULOPOULOS D., *"Improperly obtained evidence : discretionary exclusion and abuse of process"*, Thèse de MPhil, Brunel University, London, 2002.

- SILVESTRE C., "Le rôle régulateur de la Cour européenne des droits de l'homme sur les droits pénaux internes", Thèse pour le Doctorat en Droit - nouveau régime en Droit Privé et Sciences Criminelles, Aix-Marseille III, 1995.

## SITES INTERNET

### Droits nationaux

- Assemblée nationale (France) <http://www.assemblee-nationale.fr>
- Conseil constitutionnel (France) <http://www.conseil-constitutionnel.fr>
- La chambre parlementaire (Belgique) <http://www.lachambre.be>
- Sénat (Belgique) <http://www.senat.be>
- Sénat français (France) <http://senat.fr>

### Sites nationaux spécialisés

- Comité consultatif national d'éthique (France) <http://www.ccne-ethique.fr>
- Commission nationale de l'informatique et des libertés (France) <http://www.cnil.fr>
- Cour de cassation (Belgique) <http://www.cass.be>
- Department of health (Royaume-Uni) <http://www.doh.gov.uk>
- Department of justice (USA) <http://www.ojp.usdoj.gov>
- Division of criminal justice services (New-York) <http://www.criminaljustice.state.ny.us>
- F.B.I. <http://www.fbi.gov>
- Home office (Royaume-Uni) <http://www.homeoffice.gov.uk>
- Human genetic commission (Royaume-Uni) <http://www.hgc.gov.uk>
- *Justice Technology Information Network*, qui est un programme de National Institute of Justice, National Law Enforcement and Corrections Technology Centre. [www.nlectc.org/techproj/](http://www.nlectc.org/techproj/)
- Légifrance (France) <http://www.legifrance.gouv.fr>
- Ministère de la justice (Belgique) <http://www.just.fgov.be>
- Ministère de la justice (France) <http://www.justice.gouv.fr>
- National criminal justice reference service (USA) <http://www.ncjrs.org/>
- Police judiciaire (Belgique) <http://www.poldoc.be>
- Portail juridique (espagnol) <http://www.derecho.com>

- Procuradoria geral da República (Portugal) <http://www.gddc.pt/>
- The forensic science service (Royaume-Uni) <http://www.forensic.gov.uk>

### Droit régional

- Nations unies <http://www.un.org>
- Interpol <http://www.interpol.int>
- Union européenne <http://europa.eu.int/>
- Conseil de l'Europe, Comité des ministres <http://www.coe.int/cm>
- Cour européenne des droits de l'homme <http://www.echr.coe.int/>

## INDEX

### A

abus, 38, 94  
     contre les enfants, 258  
     de dispositifs, 245, 246, 251, 253  
     de stupéfiants, 113

accès aux pièces du dossier, 87, 88, 89

achat de confiance, 118

achat-test, 118, 119

acteur  
     privé, 11, 93, 247, 248, 257, 263, 265, 268, 389  
     public, 6, 11, 88, 95, 257

administration de la preuve, 5, 6, 11, 29, 32, 33, 36, 71, 82, 96, 107, 147, 383, 385, 386, 388, 391

ADN. *Voir expertise ADN*

amende forfaitaire, 359, 360

appréciation de la preuve pénale, 72, 75

arbitrage, 345, 346

assistance  
     d'un avocat, 38, 41, 60  
     d'un interprète, 84

assistance mutuelle, 140

atteintes à l'intégrité d'un système informatique, 245, 252

audience publique, 34, 41, 334, 365, 369, 385

avertissement officiel, 21, 340

aveu, 129, 288, 354, 385, 387, 388

### B

bande organisée, 106, 108, 109

base de données, 114, 152, 153, 154, 181, 182, 196, 197, 198, 214, 215, 226, 229, 233, 238, 240, 387

BEFTI, 258

*beyond reasonable doubt*, 73, 379

*Bill of Rights*, 47, 294, 318

*Biobank*, 241

blanchiment, 105, 106, 107, 126, 137, 138, 140, 143, 152, 154, 276, 287, 366, 373, 390

### C

C.N.I.L., 185, 199, 236

- caractère contradictoire de la procédure, 77
- cautioning*, 340
- célérité, 335
- charge de la preuve, 36, 59, 132, 382
- circuit judge*, 242
- classement
  - conditionnel, 331, 338
  - sans suite, 332, 338, 339, 340, 343, 361
  - sans suite conditionnel, 339
- CODIS, 182
- collaborateurs de justice, 43, 109, 126, 129, 130, 131, 138, 141
- comité consultatif national d'éthique, 177
- Commission
  - Human Genetics*, 241
  - justice pénale et droits de l'homme, 94
  - nationale américaine sur le futur de la preuve génétique, 180
  - nationale de l'informatique et des libertés, 162
  - nationale de protection des données, 268, 269
- Common Law*, 13, 20, 71, 73, 74, 76, 84, 262, 365, 366, 367, 371, 372, 375, 377
- comparaison génétique, 149, 150, 151, 157, 159, 160, 161, 162, 165, 193, 196, 197, 210, 221
- comparution immédiate, 333, 347, 348
- composition pénale, 332, 343, 384
- conciliation, 317, 343
- conditions de validité, 22, 323
- confrontation, 19, 35, 59, 90, 98, 128, 233, 367, 368, 374, 376, 377, 378
- Conseil de l'Europe, 27, 33, 138, 144, 150, 152, 153, 157, 158, 176, 183, 206, 228, 239, 246, 250, 252, 255, 366, 373, 387
- consentement, 26, 42, 120, 150, 151, 156, 203, 204, 206, 211, 214, 227, 239, 245, 251, 278, 298, 302
- conservation des échantillons, 153, 182, 183, 184
- constitutionnalisation, 6, 7, 29, 31, 37, 39, 40, 41, 45, 46, 47, 48, 51, 56, 58, 61, 62, 63, 286, 318, 319, 321, 323, 325, 327, 328, 329, 382, 383
- contractualisation, 362
- contre-expertise, 90, 153, 161, 183, 184, 187, 189, 388
- contrôle, 51
  - constitutionnel, 31
  - de constitutionnalité, 41, 48, 49, 50, 51, 52, 54, 62, 68, 69
  - de loi, 55
  - de l'opinion publique, 27
  - de l'opportunité, 35
  - du bâtonnier, 372
  - international, 31
  - juridictionnel, 42
  - organes, 32
- contrôles visuels discrets, 119, 120
- Convention
  - américaine des droits de l'homme, 32

Schengen, 104, 139, 140  
 conventionalisation, 32  
 convocation par procès verbal, 347, 348  
 Cour interaméricaines des droits de l'homme, 32  
 criminalité organisée, 6, 101, 102, 103, 104, 105, 106, 108, 112, 114, 115, 116, 121, 122, 127, 131, 132, 133, 136, 137, 142, 143, 238, 275, 278, 381, 389, 390, 394  
 Crown Prosecution Service, 21, 340  
 cybercriminalité, 147, 245, 246, 247, 249, 250, 251, 252, 253, 254, 255, 257, 259, 263, 267, 268, 271, 379, 389

## D

débat contradictoire, 362  
 Déclaration américaine des droits de l'homme, 32  
 déclarations anonymes. *Voir témoins anonymes*  
 dénonciation, 108, 122, 123, 394  
 détention provisoire, 57, 58, 192  
 domicile  
   élection de, 127, 212  
   inviolabilité, 19, 40, 42, 58, 102, 120, 277, 308, 319, 320  
   protection, 32, 36, 40, 42, 44, 95, 112, 277, 278, 291, 305  
   violation, 308  
 dossier confidentiel, 137  
 douanes, 111, 121, 134  
 droit au silence, 29, 44, 76, 208, 211, 393  
 droit de poursuite transfrontalier, 140  
 droits de la défense, 7, 27, 29, 34, 36, 42, 56, 57, 60, 61, 77, 83, 101, 103, 115, 128, 132, 140, 150, 157, 188, 211, 277, 306, 382, 387, 389, 390, 393  
 droits de l'accusé, 41, 59, 61, 391

## E

échantillon biologique, 159, 210, 215  
 échantillons, 149, 173, 176, 181, 183, 185, 186, 220, 229, 230, 241, 242, 244, 387  
 ECHELON, 274, 290, 291, 315  
 écoutes téléphoniques, 111, 113, 114, 271, 273, 274, 275, 276, 277, 278, 279, 281, 282, 285, 286, 287, 288, 290, 292, 293, 295, 296, 298, 300, 303, 308, 309, 310, 311, 312, 313, 314, 317, 321, 322, 324, 328, 329, 390  
 EDNAP, 237  
 égalité des armes, 7, 29, 33, 35, 333, 365, 369, 376, 378, 382, 392, 393  
 empreintes génétiques, 17, 81, 149, 150, 155, 164, 180, 186, 191, 195, 212, 220, 221, 224, 226, 227, 228, 232, 233, 234, 237, 238, 387, 390  
 ENFSI, 237  
 enquête  
   de flagrance, 95, 109, 113, 191, 275, 295  
   préliminaire, 26, 89, 95, 96, 222, 275, 333, 334, 354, 360  
   proactive, 101, 102, 122, 123  
   réactive, 123, 144

sur commission rogatoire, 111, 114, 188, 242, 347  
 équipes communes d'enquête, 139, 141  
 équité, 81  
 Europol, 142  
 expertise ADN, 149, 150, 151, 159, 170, 229

## F

F.N.A.E.G., 153, 161, 162, 185, 186, 191, 192, 196, 199, 200, 201, 232, 233, 234, 235, 236  
*felonies*, 230  
*fixed penalty procedure*, 360  
 flux financiers, 107  
 force de conviction, 150, 158, 163, 169, 171, 174, 224, 388  
*forum shopping*, 144  
 fouilles, 57, 112, 215, 218, 242, 276, 297  
 fournisseurs d'accès, 247, 264, 267, 268  
*frontstore*, 119

## G

garantie judiciaire, 57  
 garde à vue, 17, 40, 57, 102, 109, 128, 132, 135, 191, 200, 223  
 génome humain, 155, 242  
*giudizio abbreviato*, 354  
*giudizio diretissimo*, 26, 349  
*giudizio immediato*, 26, 350  
*guilty plea*, 20, 21, 22, 25, 333, 351, 357, 385, 388

## H

*hacking*, 245, 250, 251  
 hiérarchie des normes, 323  
 hiérarchie des preuves, 6, 52, 72, 75, 77, 84, 149, 158, 388  
 hypnose, 365, 370

## I

identification de protéines, 164  
 indicateur. Voir informateur  
 infiltration, 117, 118, 119, 121, 124, 129, 139, 141, 144  
 informateur, 102, 117, 119, 125, 128, 366, 372  
 infractions contre les réseaux, 250  
 infractions par les réseaux, 254  
 instruction préparatoire, 20, 34, 89, 90, 95, 128, 211, 275, 333, 385  
 interception  
   de correspondance, 119, 271, 286, 326  
   de données informatiques, 271

interceptions. Voir écoutes téléphoniques

Internet Watch Foundation, 264

interrogatoire, 36, 43, 59, 89, 90, 98, 134, 136, 159, 377, 378

intime conviction, 71, 72, 74, 75, 77, 79, 80, 158, 205, 211, 225, 262, 379, 388

intimité, 19, 40, 42, 82, 217, 219, 292, 294, 305, 307, 319

## J

jugement abrégé, 26, 333, 354

jugement direct, 349

jugement immédiat, 350

jumeaux, 164

juridictions internationales, 5, 20, 21, 394

juridictions pénales internationales, 15, 17, 20, 25

## L

laboratoire, 150, 152, 153, 170, 171, 175, 176, 178, 180, 182, 183, 184, 194, 220, 226, 231, 232, 236

légalité dans l'administration des preuves, 77, 149

légalité des modes de preuve, 75, 379

les atteintes à l'intégrité de données informatiques, 252

lignes d'aide, 247, 264

livraison assistée contrôlée, 119

livraison contrôlée, 119

## M

marge nationale d'appréciation, 83, 381

médiateur, 343

médiation pénale, 342, 343, 346, 361

mesures d'investigations particulières, 114

méthodes particulières d'enquêtes, 117

mitochondrial, 165, 168, 174

moyens techniques, 101, 113, 115, 117, 118, 120, 137, 270

## N

Nations Unies, 82, 106, 137

négociation, 345, 346

*negotiated plea*, 24

## O

objectivisation, 78

*oblazione*, 360

observations systématiques, 118

OCLCTIC, 257

ordonnance pénale, 358, 359

oui-dire, 29, 34, 84, 129, 262, 367, 375, 376

## P

*patteggiamento*, 26, 354

*patteggiamento*, 354

perquisitions, 38, 53, 57, 101, 112, 113, 215, 246, 269, 271, 274, 276, 294, 297, 298, 319, 372

plaidoyer de culpabilité, 13, 19, 20, 22, 23, 25

*plea bargaining*, 22, 24, 345, 357, 358, 363

Police

proactive, 124

réactive, 124

*Police and Criminal Evidence Act*, 71, 76, 213, 277, 307, 324, 366, 371, 372

pollution accidentelle, 149, 150, 152, 159, 168, 170, 171, 175, 203

polymorphisme, 168, 174

pouvoir judiciaire, 41, 103, 262, 320

pouvoirs du juge, 247, 259, 261

prélèvements buccaux, 182, 220

prescription de l'action publique, 153, 154, 183, 193, 237

présomption d'innocence, 27, 29, 32, 36, 40, 42, 43, 45, 46, 53, 56, 58, 65, 74, 82, 83, 91, 95, 132, 133, 158, 204, 205, 333, 369, 382, 393

preuve morale, 72, 74, 75, 77, 78, 79, 84, 379, 388

preuves légales, 11, 71, 74, 75, 78, 79, 80, 84

preuves scientifiques, 79, 80, 81, 329, 386, 388

principe

d'égalité des armes, 33

d'inviolabilité du corps humain, 150, 204, 207

d'oralité, 77

de légalité, 337

de proportionnalité, 116, 387

de subsidiarité, 50, 115, 116, 120, 387

du contradictoire, 7, 25, 29, 33, 34, 35, 43, 44, 77, 84, 130, 333, 377, 382, 385, 389, 393

inviolabilité du corps humain, 208

principes directeurs, 31, 37, 39, 46, 48, 56, 61, 69, 228, 279, 316

principes fondamentaux, 29, 39, 46, 116, 124, 127, 139, 231, 379

principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, 46

privatisation dans la recherche de la preuve, 88

*privilege*, 135, 365, 371

proactif, 123

procédés rapides, 25

*procedimento per decreto*, 359

procédure

abrégée, 355

accélérée, 353

accusatoire, 13, 15, 98  
 inquisitoire, 13, 15, 17  
 simplifiée, 6, 26, 331, 333, 359, 361, 384, 385  
 sommaire, 26, 350, 355  
 procès équitable, 5, 7, 11, 13, 29, 32, 33, 34, 35, 43, 46, 61, 66, 78, 81, 82, 83, 101, 102, 103, 132, 143, 187, 215, 292, 331, 365, 369, 374, 376, 377, 379, 380, 381, 382, 383, 389, 393  
 Procès pénal  
   objectifs, 6, 7, 11, 14, 15, 19, 27, 89, 154, 218, 219, 228, 240, 243, 244, 267, 292, 328, 391, 392  
 procès public, 18  
*processo abreviado*, 355  
 pseudo-achat, 118, 119  
 pseudo-vente, 118, 119

## Q

question préjudicielle, 56

## R

*reasonable doubt*, 158  
*recordable offence*, 151  
 recours d'annulation, 55  
 règlement alternatif des conflits, 27  
 renseignements anonymes, 123  
 repentis. *Voir Collaborateurs de justice*  
 respect de la vie privée, 239, 273, 319, 393  
 rôle du juge, 13, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 24, 71, 74, 76, 78, 79, 80, 98  
 ruses, 122

## S

S.C.P.P.B., 185, 186, 220  
 scène de crime, 156, 164, 169, 170, 173, 182, 184, 194, 223, 224, 230, 236  
 secret bancaire, 138, 366, 372, 373  
 secret des communications, 19, 42, 60, 302, 305, 320  
 secret professionnel, 18, 41, 135, 366, 371, 372, 390  
*summary trial*, 351  
*superintendant*, 151, 229, 387  
 surveillance, 92, 102, 110, 111, 112, 113, 115, 140, 144, 251, 273, 274, 277, 278, 279, 281, 284, 286, 289, 290, 291, 295, 297, 299, 300, 307, 308, 309, 310, 311, 313, 314, 315, 316, 317, 320, 324, 325, 327, 329, 330, 390, 393  
 surveillances électroniques, 277, 278, 279, 286, 300, 308, 309, 310, 312, 313, 317  
 suspension provisoire, 344

## T

Tampere, 143  
 techniques d'enquête, 119, 137

témoignage. *Voir témoin*

témoin, 34, 44, 59, 74, 79, 97, 98, 99, 101, 127, 128, 129, 131, 135, 147, 157, 188, 204, 214, 223, 276, 333, 365, 366, 367, 368, 369, 370, 371, 372, 374, 375, 376, 377, 389

à charge, 29, 33, 34, 38, 59, 367, 376, 382

absent, 350

anonyme, 65, 83, 84, 128, 365, 368, 377, 389

direct, 376

indirect, 375

menacé, 128

sincérité, 80, 367, 374

terrorisme, 6, 60, 101, 102, 103, 105, 106, 107, 108, 112, 114, 115, 132, 134, 135, 136, 141, 143, 144, 151, 154, 232, 273, 281, 284, 287, 288, 325, 326, 327, 328, 329, 381, 389, 390, 394

théorie de l'ubiquité, 247, 260

théorie de l'action, 261

TRACFIN, 127, 366, 373

trafic de stupéfiants, 125, 152, 154

traitements inhumains, 19

transaction, 23

transaction pénale, 338

*trial on indictment*, 351

## U

UCLAF, 141

## V

vente de confiance, 119

vérité, 6, 7, 11, 13, 14, 15, 16, 17, 19, 20, 25, 27, 29, 31, 35, 40, 78, 93, 95, 97, 98, 99, 118, 120, 135, 150, 159, 188, 224, 248, 262, 266, 267, 271, 292, 293, 296, 299, 307, 328, 329, 331, 365, 367, 370, 375, 378, 382, 391, 392

vie privée, 19, 32, 36, 40, 44, 82, 89, 115, 116, 158, 183, 215, 217, 219, 227, 231, 239, 267, 273, 274, 275, 276, 277, 278, 282, 283, 284, 285, 286, 287, 288, 290, 291, 292, 293, 294, 296, 297, 298, 302, 303, 304, 305, 306, 307, 309, 313, 315, 316, 317, 318, 319, 320, 321, 323, 324, 326, 383, 387, 389, 390, 392, 393

voies alternatives, 331, 337

## W

warrant, 242, 274, 294, 303

## Y

Yahoo, 246, 255, 256, 260