
LA PREUVE

(Sujet Commissaire de Police 2005)

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

On définit traditionnellement la preuve comme la démonstration de l'existence d'un fait ou d'un acte dans les formes admises par la loi. En matière pénale, cette définition doit être complétée, puisque la preuve consiste à démontrer non seulement l'existence d'un fait, mais encore son imputation à une personne, ainsi que l'intention que celle-ci avait de commettre un tel fait.

Le procès pénal a pour point de départ un soupçon sur lequel se fonde l'accusation, et toute l'œuvre de la procédure tend à transformer ce soupçon en certitude. Si ce résultat n'est pas atteint, la poursuite ne peut aboutir à une condamnation. Cette règle a notamment pour conséquence que la charge de la preuve incombe à l'accusateur. Pour parvenir à la certitude, la législation criminelle a successivement oscillé entre le système des preuves légales et le système de la preuve libre. Le premier implique non seulement d'organiser légalement les moyens de rechercher et d'établir la culpabilité, mais aussi de la tenir légalement pour démontrée par la réunion de circonstances dont le concours entraîne forcément la conviction du juge, et en l'absence desquelles il doit se déclarer non convaincu. Le second consiste à prouver un fait par tous les moyens propres à en établir l'existence, et à laisser le juge entièrement libre de déclarer que sa conviction est faite ou qu'elle ne l'est pas. L'intérêt supérieur de la société et celui du présumé innocent convergent pour que, devant la manifestation de la vérité, les obstacles soient limités, c'est à ce dernier système que notre droit a finalement donné la préférence. L'article 427 du Code de procédure pénale, de portée générale, dispose en effet que « *hors les cas où la loi en dispose autrement, les infractions peuvent être établies par tout mode de preuve et le juge décide d'après son intime conviction* ». Il existe toutefois certains domaines (contraventions, délits prévus en matière de droit du travail, de contributions indirectes...) dans lesquels nos lois organisent un système de preuves légales qui commandent à la conviction du juge. En ces matières, les procès verbaux font foi jusqu'à l'inscription en faux (en matière douanière par exemple), ou jusqu'à la preuve contraire qui ne peut être rapportée que selon certains modes déterminés par la loi. Réserve faite de cette exception, notre système procédural consacre les principes de la liberté de la preuve et de l'intime conviction.

Le fait que le principe de preuve libre soit étranger au procès civil ne signifie pas pour autant pas que le système probatoire dépende de la nature de la juridiction devant laquelle il y a lieu d'administrer les preuves. Plus simplement, il dépend de la nature du fait à prouver : les conventions doivent devant toutes les juridictions être constatées par écrit, tandis que la preuve reste toujours libre s'agissant des simples faits. Ainsi, la seule différence entre les juridictions pénales et les juridictions civiles du point de vue de la preuve tient dans le fait qu'il est davantage question d'actes juridiques au civil et de faits juridiques au pénal.

Il ne faut en outre pas se méprendre quant à la signification des principes de la liberté de la preuve et de l'intime conviction qui ont cours en matière pénale. D'abord, l'intime

conviction ne signifie pas que l'on peut condamner sans preuve, mais simplement que l'on ne demande pas de comptes au juge sur la façon dont, à partir des preuves fournies, il est parvenu à une certitude. Le juge répressif se voit d'ailleurs impartir, sous le contrôle rigoureux de la Cour de cassation, une double obligation, de motivation de sa décision et de cohérence dans sa motivation, à peine de nullité pour absence, insuffisance ou contradiction de motifs. L'affirmation du principe de l'intime conviction ne consacre donc pas l'arbitraire. S'agissant ensuite du principe de la liberté de la preuve, il connaît une limite générale consistant dans le devoir imposé au juge et aux jurés de puiser leur conviction dans des sources légalement recherchées et examinées : les preuves utilisables se limitent à celles légalement admissibles. La liberté de la preuve n'autorise pas le recours à toutes sortes de pratiques, et ne saurait justifier tous les excès. Certains modes de preuve sont ainsi depuis longtemps proscrits parce qu'ils sont attentatoires à la dignité des personnes, tandis que la recherche et la discussion des preuves obéissent à des règles procédurales précises, dont les garanties doivent se combiner avec les exigences fondamentales de la Convention européenne des droits de l'homme.

La preuve pénale, en ce qu'elle vise à la manifestation de la vérité et à la condamnation de l'auteur d'une infraction, intéresse directement l'ordre public. La réponse à la commission d'infractions pénales nécessite, dans un Etat de droit, que soient conciliés plusieurs intérêts contradictoires. En tant que gardien des intérêts de la société, notre système répressif doit apporter une réponse rapide et efficace au phénomène infractionnel. Mais l'intérêt général commande également le respect des droits libertés et garanties du justiciable, lesquels ne peut être sacrifiés au bénéfice de la protection de l'ordre public. La procédure pénale doit ainsi trouver un juste équilibre entre des objectifs, qui pour être tous légitimes, n'en demeurent pas moins, en apparence, contradictoires. Une question essentielle se pose dès lors : comment le droit positif concilie-t-il les nécessités probatoires, conditions d'une répression efficace, avec la protection des droits et libertés du justiciable ?

L'observation du droit nous conduit à constater que, bien que les droits et libertés du justiciable continuent, dans de nombreuses hypothèses, de faire obstacle à la preuve pénale (**I**), le développement d'une criminalité opérant en réseaux, la relative inefficacité des règles traditionnelles de recherche de la preuve, la lourdeur des procédures, et l'engorgement des tribunaux ont récemment conduit le législateur et la jurisprudence à renforcer de manière substantielle le dispositif probatoire (**II**).

I – Persistance d'obstacles à la preuve pénale

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

A) Diversité des causes d'illicéité de la preuve

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

1) La preuve empêchée

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

D'abord, la CESDH fait obstacle à ce que soient utilisés des procédés de preuve contraires à la dignité de la justice ou de l'homme. On ne peut par conséquent fonder une décision sur des aveux qui auraient été obtenus par la violence, par la torture ou par des traitements inhumains et dégradants. Garanti par l'art. 3 CESDH, ce principe a été mis en œuvre à plusieurs reprises par la CEDH (nota. CEDH 27 nov. 1992 Tomasi contre France ; CEDH 28 juillet 1999 Selmouni contre France). Le policier comme le gendarme n'ont donc pas le pouvoir d'user, dans le recueil de la preuve de violences physiques ou morales, comme la prolongation anormale des interrogatoires sans repos ou encore les procédés scientifiques destinés à obtenir un aveu (narco-analyse ou tout autre moyen destiné à forcer la volonté d'une personne). L'administration de preuves incompatibles avec le respect des droits de la défense est également prohibée. Sous l'impulsion de la CEDH interprétant l'art 6§3 CESDH, cette règle s'applique non seulement à la phase de jugement, mais aussi à la phase préparatoire au procès pénal (instruction et investigations de police judiciaire). Il est ainsi impossible en principe de faire état de la correspondance écrite échangée par un avocat et son client (art. 432 CPP). De même, le droit à un procès équitable permet de considérer comme irrégulière toute procédure dans laquelle on prétend amener la personne poursuivie à contribuer à sa propre condamnation (CEDH 8 févr. 1996, John Murray C/ RU). La nécessaire protection des droits de la défense se retrouve au stade du jugement, puisque l'art. 427 al.2 CPP impose au juge répressif de ne fonder sa décision que sur des preuves produites au cours des débats et, conformément au principe du contradictoire, soumises à la libre discussion des parties.

De son côté, la jurisprudence a posé un principe général de loyauté, ayant pour objet d'interdire à celui qui administre la preuve l'utilisation de procédés déloyaux, de ruses ou de stratagèmes. La Cour de cassation a ainsi pu condamner l'enregistrement clandestin de propos tenus à un policier par un suspect (Crim. 16 déc. 1997), l'imitation de la voix d'un inculpé par un juge (Cass. 31 janvier 1888), ou encore la sonorisation d'un local privé à l'occasion d'une perquisition (Crim. 15 février 2000). C'est notamment au regard des provocations policières que l'application de ce principe a posé problème. La jurisprudence a longtemps distingué entre la provocation à la preuve, licite, et la provocation à l'infraction, irrégulière car constituant une atteinte au principe de la loyauté de la preuve. Cette différence a été ratifiée par le législateur en matière de trafic de stupéfiants par la loi du 19 décembre 1991.

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

2) La preuve réglementée

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

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

Les dispositions relatives aux moyens de preuve restent néanmoins celles qui illustrent au mieux la manière dont le législateur aménage le dispositif probatoire afin de concilier celui-ci avec les droits et libertés des justiciables. Dès l'instant qu'un procédé de recherche porte atteinte à la liberté individuelle par l'utilisation de la contrainte, il n'est licite que si un texte de loi l'autorise. Il appartient en effet au législateur de fixer les limites de l'exercice par les agents publics du principe de la liberté de la preuve au regard des exigences inhérentes à la préservation des droits et libertés des justiciables. Ainsi, par exemple, plusieurs dispositions du Code de procédure pénale, tâchent de concilier la recherche de la preuve avec le droit de chacun au respect de sa vie privée et familiale. Le droit au respect de la vie privée est garanti par l'art. 8 CEDSH, mais l'art. 8 §2 du même texte admet que certaines restrictions y soient apportées : un Etat membre a la faculté d'aménager une ingérence de l'autorité dans l'exercice de ce droit à la vie privée, à condition que cette ingérence soit prévue par la loi, nécessaire et proportionnée. C'est notamment en considération de ces exigences que le droit français régit tant au stade de l'enquête qu'à celui de l'instruction les actes de recherche de la preuve. D'abord, s'agissant de l'enquête, les pouvoirs que peuvent mettre en œuvre les officiers et agents de police judiciaire ne sont pas les mêmes selon qu'ils agissent en enquête préliminaire ou en enquête de flagrance. Par exemple, ce n'est en principe que lorsqu'une situation de flagrance aura pu être caractérisée, que les policiers pourront se dispenser du consentement de l'intéressé pour procéder à des fouilles perquisitions et saisies. Il convient à cet égard de souligner que la loi (art. 53 CPP énumérant de manière limitative les cas de flagrance) et la jurisprudence (exigence de critères temporel et visuel par exemple) limitent largement le domaine de l'enquête de flagrance au profit de celui de l'enquête préliminaire. En outre, les actes de recherche de la preuve n'échappent pas à toute réglementation dès lors qu'il est question de flagrance. En effet, même dans ce cas, les fouilles et perquisitions restent en principe soumises à de sérieuses exigences comme le respect des heures légales ou la présence de témoins. Les mêmes efforts de conciliation apparaissent dans le cadre de l'instruction. Par exemple, le magistrat instructeur ne pourra faire procéder à la mise en place d'écoutes téléphoniques que lorsque la peine encourue sera au moins égale à 2 ans d'emprisonnement. Les écoutes devront alors obéir aux formes prescrites par les articles 100 et suivants CPP.

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

B) Sanctions de l'illicéité de la preuve

La question est ici celle de savoir ce qu'il advient de la preuve qui aurait été obtenue ou administrée en violation des prévisions législatives, conventionnelles ou jurisprudentielles. Il s'agit en d'autres termes de s'interroger sur l'effectivité des

obstacles à la preuve pénale. Notre droit attache deux formes de sanctions à la preuve illicite : d'une part il a privé d'effets la preuve obtenue illégalement (1), et, d'autre part, il sanctionne celui qui aura recherché ou administré la preuve illicite (2).

1) La preuve illicite privée d'effets

On ne peut admettre que le juge puisse former sa conviction à partir d'une preuve obtenue ou administrée de façon irrégulière. C'est la raison pour laquelle, selon l'art. 170 CPP tel qu'interprété par la chambre criminelle, les différents actes de police judiciaire ou d'instruction qui ont pour objet la recherche et l'administration de la preuve et dont l'exécution est relatée dans un procès-verbal ainsi que les documents produits par les parties sont susceptibles d'annulation. Certains de ces actes ou pièces font l'objet de nullité d'ordre public dispensant la partie lésée de rapporter la preuve d'un grief (ex : preuve obtenue grâce à une garde à vue irrégulière ou à un enregistrement déloyal par un policier). D'autres constituent en revanche des causes de nullité d'intérêt privé subordonnées à la preuve d'un grief (ex : présence de l'intéressé ou de son représentant pendant une perquisition). Dans les deux cas, selon que l'affaire aura ou non donné lieu à une instruction préparatoire, les nullités pourront être soulevées par les parties ou d'office soit devant la chambre de l'instruction, soit devant la juridiction de jugement appelée à statuer sur l'affaire. Il appartient donc au juge de sanctionner la preuve illicite.

Une fois la nullité admise, la preuve illicite doit être retirée du dossier ou annulée en cas de nullité partielle (art.174 CPP). Il est interdit d'y puiser aucun renseignement contre les parties, à peine de forfaiture pour les magistrats, et de poursuites disciplinaires pour les avocats. La nullité de la preuve illicite s'étendra en outre aux actes subséquents. Concrètement, il faudra rechercher de quels autres actes la preuve illicite annulée constitue le support nécessaire, pour les annuler à leur tour.

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

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

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

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

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

Il semblerait donc que la manifestation de la vérité en matière pénale soit souvent mise à mal par la nécessaire protection des droits et libertés. En effet, les hypothèses d'illicéité de la preuve sont nombreuses, et la sanction de la preuve illicite apparaît effective. Cependant, le développement de nouvelles formes de criminalité, la relative inefficacité des règles traditionnelles de recherche de la preuve, la lourdeur des procédures, et l'engorgement des tribunaux ont récemment conduit le législateur à renforcer de manière substantielle le dispositif probatoire.

II - Renforcement contemporain du dispositif probatoire

Le législateur a procédé ces dernières années, notamment par ses interventions des 18 mars 2003 et 9 mars 2004, à de profondes réformes de notre système procédural de manière à lui garantir une plus grande efficacité. La jurisprudence a également évolué en ce sens. Deux mécanismes sont mis en œuvre pour faciliter l'action de la police et de la justice dans la manifestation de la vérité. Ils consistent dans la diversification des moyens de la preuve pour le premier (A), et dans l'affaiblissement des obstacles à la preuve, et donc des garanties du justiciable, pour le second (B).

A) Diversification des moyens de la preuve

La manifestation de la vérité se trouvera d'autant plus facilitée que les moyens de la preuve à disposition des enquêteurs et magistrats seront nombreux. Cela n'a pas échappé au législateur qui a profité de ses interventions du 18 mars 2003 et du 9 mars 2004 pour diversifier les possibilités d'action des magistrats et policiers. Contrairement à ce que semble indiquer l'intitulé de la loi du 9 mars 2004, le législateur ne s'est pas contenté de faciliter la preuve des infractions relevant de la délinquance et de la criminalité organisées (2), mais a aussi diversifié les modes de preuve des infractions de droit commun (1).

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

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

Le législateur a d'abord voulu tirer parti de l'évolution des sciences et techniques en facilitant le recours des enquêteurs à la preuve biologique. La loi du 9 mars 2004 réglemente en effet la prise d'empreintes génétiques. Ainsi, le prélèvement de l'empreinte génétique d'un suspect peut désormais être effectué nonobstant l'absence de consentement de ce dernier lorsque la personne a déjà fait l'objet d'une condamnation pour crime ou pour délit puni de dix ans d'emprisonnement. L'identification peut également être réalisée dans toutes les hypothèses à partir de matériel biologique qui se serait naturellement détaché du corps de l'intéressé. La loi du 18 mars 2003 relative à la sécurité intérieure avait quelques mois auparavant institué un dépistage des maladies sexuellement transmissibles chez les personnes poursuivies pour viol, agression sexuelle ou atteinte sexuelle. Un OPJ peut ainsi procéder, au cours de l'enquête à un examen

médical ou à un prélèvement sanguin sur une personne à l'encontre de laquelle il existe des indices graves et concordants d'avoir commis l'une de ces infractions. Mais l'action législative visant à faciliter la preuve pénale a largement dépassé le cadre la preuve biologique. Ainsi, la loi du 9 mars 2004 permet à l'OPJ de requérir de toute personne, de tout établissement ou organisme privé ou public, ou de toute administration publique de lui remettre des documents intéressant l'enquête, sans que puisse lui être en principe opposée l'obligation au secret professionnel. Cette même loi va plus loin encore dans la facilitation de la manifestation de vérité, puisqu'elle prévoit que les services de police et de gendarmerie peuvent rétribuer toute personne étrangère aux administrations publiques qui leur a fourni des renseignements ayant amené directement soit la découverte de n'importe quel crime ou de délit, soit l'identification de leurs auteurs.

La jurisprudence a également œuvré dans le sens d'une diversification des moyens de preuve. Dans un arrêt du 26 mars 2003, la chambre criminelle a ainsi admis qu'il puisse être procédé à une reconstitution dans le cadre d'une enquête de flagrance. La Haute Cour a également permis l'utilisation de témoignages anonymes pour asseoir une condamnation à condition que de tels témoignages coexistent avec d'autres preuves. Cette position est conforme à la jurisprudence de la CEDH (CEDH 26 mars 1996 Doorson c/ Pays-Bas). Enfin, toujours dans le sens d'une diversification des moyens de la preuve, la Cour de cassation décide de manière constante que la prévision législative d'un mode de preuve n'interdit pas le recours à tout autre mode de preuve du droit commun. Ainsi, bien que le code de la route prescrive un dépistage de l'alcoolémie d'un conducteur, il n'interdit pas au juge de recourir à tout autre moyen de preuve pour déterminer si le prévenu s'est rendu coupable de l'infraction de conduite en état d'ivresse.

Mais c'est surtout en matière de trafic de stupéfiants, de terrorisme et de criminalité organisée que l'on a, ces dernières années, assisté à la plus importante diversification des moyens de la preuve.

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

Les infractions pour la poursuite et le jugement desquelles le législateur met en place des procédures pénales dérogatoires sont de plus en plus nombreuses. A celles de trafic de stupéfiants, de terrorisme ou encore de proxénétisme le législateur du 9 mars 2004 est venu ajouter les infractions relevant de la délinquance ou de la criminalité organisée. Il a en effet estimé que la gravité et la complexité de telles infractions justifient l'institution de nouveaux moyens de preuve dérogatoires au droit commun propres à mettre à jour les réseaux criminels. Il a ainsi conféré aux enquêteurs la possibilité de procéder à des « infiltrations ». Ces opérations consistent, pour un officier ou un agent de police judiciaire à surveiller des personnes suspectées en se faisant passer pour l'un de leurs coauteurs, complices ou receleurs. L'officier ou l'agent de police judiciaire est à cette fin autorisé à faire usage d'une identité d'emprunt ainsi qu'à commettre des infractions pénales qui ne consistent pas en des atteintes aux personnes. Ces infiltrations ont pour but de provoquer la preuve des infractions relevant de la criminalité organisée. La preuve ainsi obtenue suffira à asseoir une condamnation à la condition que les policiers ayant procédé l'infiltration déposent sous leur véritable identité. Il faudra sinon qu'elle soit corroborée par d'autres moyens de preuve. Dans le même ordre d'idées, la loi du 9 mars 2004 consacre la possibilité de mettre en place dans le cadre d'une instruction préparatoire un dispositif technique ayant pour objet, sans le consentement des intéressés, d'enregistrer les paroles prononcées par une ou plusieurs personnes à titre privé ou confidentiel, dans des lieux ou véhicules privés ou publics, et de filmer ou photographier des personnes se trouvant dans un lieu privé.

Mais le législateur ne s'est pas contenté d'agir sur la procédure pénale pour faciliter la preuve des infractions relevant de la criminalité organisée, il a aussi aménagé le droit pénal général. En effet, la loi du 9 mars 2004 étend largement le champ d'application des

dispositions relatives aux repentis auparavant limitées par l'article 222-43 CP aux infractions relatives au trafic de stupéfiants. Le témoignage de celui qui a commis ou tenté de commettre un crime ou un délit par lequel il dénonce ses coauteurs ou complices se voit ainsi récompensé par une exemption ou une réduction de peine. Bien que le nouvel article 132-78 CP prévoit qu'aucune condamnation ne puisse être prononcée sur le seul fondement de déclarations émanant de personnes ayant fait l'objet des dispositions de cet article, il demeure que la preuve des infractions relevant de la criminalité organisée s'en trouve largement facilitée.

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

B) Affaiblissement des obstacles à la preuve

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

1) Affaiblissement des obstacles à la recherche de la preuve

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

Le législateur a tout d'abord choisi avec la loi du 9 mars 2004 de faire prévaloir la manifestation de la vérité sur le droit au respect de la vie privée. En effet, les mesures nouvelles offrant de plus importantes possibilités d'action aux enquêteurs sont nombreuses. Par exemple, les policiers retrouvent la possibilité de procéder, sous certaines conditions, à des écoutes téléphoniques dans le cadre d'enquêtes, dès lors qu'il est question de criminalité organisée. Dans le même ordre d'idées, des perquisitions peuvent désormais être effectuées sans l'assentiment de l'intéressé lors de simples enquêtes préliminaires, si l'enquête est relative à un délit puni d'une peine d'au moins 5 ans d'emprisonnement et sur autorisation du JLD. Les droits de la défense ont également pâti des réformes législatives les plus récentes. Notamment, la loi du 18 mars 2003 a supprimé la notification du droit au silence pendant la garde à vue, et a mis en place, pour les personnes poursuivies pour infraction sexuelle, une obligation pénalement sanctionnée de participer à la recherche de la vérité, et donc de contribuer à leur propre incrimination, en se prêtant dans certaines circonstances à un prélèvement sanguin.

Mais surtout, la loi du 9 mars 2004, tend à encourager l'aveu. Elle étend ainsi largement le champ d'application de la procédure de la composition pénale et instaure une nouvelle procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité. Dans les deux cas, la réussite de la procédure est subordonnée à la reconnaissance de sa culpabilité par l'intéressé. C'est ensuite au Procureur de la République qu'il revient de fixer de la peine, un juge du siège (juge de proximité pour la composition pénale) n'intervenant que pour la valider ou l'homologuer. La garantie judiciaire s'en trouve ainsi affaiblie. Les auteurs de la saisine du Conseil constitutionnel relative à la loi du 9 mars 2004 soutenaient que la nouvelle procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité « *instaure une présomption de culpabilité et renverse ainsi la charge de la preuve en plaçant la*

personne poursuivie en situation de s'accuser elle-même ». Le Conseil constitutionnel a rejeté cet argument au motif que l'art.9 DDHC 1789 n'interdit pas à une personne de reconnaître librement sa culpabilité. Par ailleurs, le conseil souligne que le juge du siège n'est lié ni par la proposition du Procureur, ni par l'acceptation de la personne concernée, et en déduit que la nouvelle procédure ne porte pas atteinte au principe de la présomption d'innocence. On peut néanmoins penser que cette nouveauté risque dans certains cas de mettre la personne concernée en situation de subir une pression réelle sous la menace d'une aggravation de la sanction encourue en cas de refus de la proposition du Procureur. Si la pratique venait à confirmer l'hypothèse, la recherche de la preuve par l'aveu porterait atteinte au droit au procès équitable.

2) *Affaiblissement des obstacles à la production de la preuve*

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

Les difficultés de la charge de la preuve liées au principe de la présomption d'innocence ont amené le législateur et la jurisprudence à créer, pour défendre les intérêts supérieurs de la société, de véritables présomptions de culpabilité. Ces présomptions ont pour effet de mettre à la charge de la personne poursuivie la preuve de son innocence. Il peut s'agir de présumer l'existence d'un des éléments constitutifs de l'infraction (présomption de recel de l'art. 321-6 C. pén.), ou encore l'imputation de la responsabilité, préattribuée à tel ou tel (hypothèses de la responsabilité pénale du chef d'entreprise ou encore du titulaire de la carte grise). Dans une décision du 16 juin 1999, le Conseil constitutionnel a validé l'existence de telles présomptions, à condition qu'elles soient réfragables, que le respect des droits de la défense soit assuré, et qu'elles reposent sur une vraisemblance raisonnable induite des faits. La Cour de cassation et la Cour européenne des droits ont adopté une position identique. Ainsi, par exemple, dans une décision du 30 mars 2004 *Radio France c/ France*, la CEDH conclut à la conformité de la présomption de culpabilité qui pèse sur le directeur du publication à l'art. 6§2 de la Convention.

Le principe de loyauté de la preuve a également vu sa portée limitée du fait de la jurisprudence la plus récente. La chambre criminelle permet en effet désormais à des particuliers d'échapper à toute mise en œuvre de leur responsabilité pénale dans les cas où ils auraient recueilli une preuve grâce à la commission d'une infraction. D'abord, dans deux arrêts en date du 11 juin 2002 et du 11 février 2003, la Haute Cour a décidé, au visa de l'art. 6 CESDH, qu'aucune condamnation ne peut être prononcée du chef de recel de violation du secret de l'instruction pour avoir produit des documents à l'audience afin de se défendre. Ces deux arrêts mettaient en scène des journalistes qui, pour se défendre à l'occasion d'une procédure entamée contre eux pour diffamation, avaient produit des copies de pièces couvertes par le secret de l'instruction. Poursuivis alors du chef de recel de violation du secret de l'instruction, ils furent condamnés par la Cour d'appel. A deux reprises la solution fut censurée par la Haute Cour : la Cour d'appel n'a pas recherché si « *en l'espèce, la production en justice des pièces litigieuses, objet des poursuites exercées contre l'intéressé, n'avait pas été rendue nécessaire par l'exercice des droits de la défense* ». Ainsi, la chambre criminelle, exonère de toute responsabilité pénale les particuliers qui auraient commis une infraction pour produire une preuve. La portée de ces arrêts était difficile à évaluer jusqu'à deux nouvelles interventions de la Cour de cassation en date du 11 mai 2004. Jusqu'alors, la Haute Cour n'hésitait pas à déclarer conformes au droit les condamnations pour vol de salariés qui s'étaient emparé de documents dans le but de les produire dans l'instance prud'homale les opposant à leur employeur. Le 11 mai 2004, la chambre criminelle revient sur cette jurisprudence pourtant bien établie. Dans la première de ces affaires, la Cour de cassation rejette le pourvoi dirigé contre un arrêt d'appel relaxant du chef de vol une salariée qui s'était emparée de documents appartenant à son employeur au motif que « *les documents de l'entreprise dont la prévenue avait eu connaissance à l'occasion de ses fonctions et*

qu'elle a appréhendés ou reproduits sans l'autorisation de son employeur étaient strictement nécessaires à l'exercice des droits de sa défense dans le litige l'opposant à ce dernier ». Dans la seconde, la chambre criminelle casse l'arrêt de la Cour d'appel relaxant sur le fondement de l'erreur de droit une salariée pour des faits similaires au motif que « *d'une part, l'erreur de droit n'était pas invincible ; d'autre part, les juges n'ont pas recherché, comme ils le devaient, si les documents dont s'agit étaient strictement nécessaires à l'exercice des droits de la défense de la prévenue dans le litige l'opposant à son employeur* ». La Cour de cassation admet donc que l'exercice des droits de la défense par un particulier constitue un fait justificatif des infractions qu'il aurait commises pour se procurer ou pour produire la preuve de ses allégations. La jurisprudence admet ainsi que les particuliers contreviennent au principe de la loyauté de la preuve. Il ne faut pas négliger le fait, que la preuve du Ministère public pourra ainsi se trouver facilitée par l'action déloyale de la partie civile. C'est là une nouvelle manifestation, d'origine jurisprudentielle cette fois, d'un recul des obstacles à la preuve.

L'affaiblissement des obstacles à la preuve, et donc des droits et libertés de la personne mise en cause, connaît diverses manifestations, qui irriguent les phases d'enquête, d'instruction et de jugement. Bien que de nombreux obstacles à la preuve soient toujours d'actualité, cet affaiblissement, combiné à la diversification des moyens de preuve, révèle nettement la volonté du législateur comme de la jurisprudence de donner la priorité à la manifestation de la vérité et à l'efficacité du dispositif répressif. On justifie largement cette tendance par la mutation de la délinquance et de la criminalité modernes. Celles-ci auraient tendance à s'organiser en réseaux de plus en plus impénétrables que les règles probatoires traditionnelles ne permettraient pas de mettre à jour. Force est cependant de constater que nombreuses sont les nouvelles règles probatoires ayant vocation à s'appliquer à des infractions ne relevant pas de la criminalité organisée. S'il est probable que cette évolution soit de nature à accroître l'efficacité de notre dispositif répressif, il demeure qu'elle se fait au prix d'importantes dérogations aux droits et libertés individuelles. La fin semble ainsi en voie de justifier les moyens.

© Copyright ISP