

LA REVUE

DROIT PÉNAL ET PROCÉDURE PÉNALE

LA REVUE N°13

Léa DOS
SANTOS, Adélie
JEANSON-
SOUCHON,
Valentine PIC,
Mathilde SAUER,
Juliette SUSSOT



LA PREUVE EN DROIT PÉNAL

Pour cette treizième revue de l'association, ce format fait peau neuve ! Désormais, retrouvez une revue entièrement thématique sous la forme d'un dossier semestriel. Nous avons conçu ce nouveau format pour que les articles puissent être lus au sein de la revue mais aussi pris isolément si un point particulier vous intéresse.

Pour inaugurer ce nouveau format, nous avons choisi le sujet de la preuve en droit pénal. Notion protéiforme, passionnante et d'actualité, la preuve est un élément très important du procès pénal. Ainsi, outre une analyse du régime de l'administration de la preuve et des développements sur l'appréciation des preuves pénales par les juges, nous avons choisi de nous attarder plus spécifiquement sur différentes preuves aux enjeux contemporains.

Nous espérons que ce nouveau format sera à la hauteur de vos attentes et vous souhaitons une bonne lecture !

Nous remercions encore une fois Madame Claverie-Rousset, Professeur à l'Université de Bordeaux, pour la relecture de nos revues et son soutien dans le projet associatif.

LA PREUVE EN DROIT PÉNAL

MAI 2023 - OCTOBRE 2023 | NUMÉRO 13

LE SOMMAIRE

01

INTRODUCTION : LA PREUVE EN DROIT PÉNAL

05

“UNE CERTITUDE N'A JAMAIS ÉTÉ UNE PREUVE. UNE PREUVE N'A JAMAIS ÉTÉ NI NE SERA UNE VÉRITÉ.” MAURICE TOESCA

PARTIE 1. PANORAMA D'UNE APPRÉHENSION ÉVOLUTIVE DES MODES DE PREUVE EN MATIÈRE PÉNALE

07

L'HISTOIRE DES MODES DE PREUVE, DE L'ANTIQUITÉ AU MOYEN-ÂGE

Les modes de preuves dans l'Histoire sont divers et variés, allant d'une sacralisation de l'aveu obtenu sous la douleur physique jusqu'à l'intime conviction en passant par des procédés atypiques et religieux, les sociétés occidentales n'ont pas manqué d'imagination.

12

LES DIFFÉRENTS MODES DE PREUVE CLASSIQUES

Parmi les différents modes de preuves classiques, on retrouve l'aveu, le témoignage, l'écrit, les constatations matérielles, les indices et présomptions. Cette liste n'est pas exhaustive, le Code de procédure pénale consacre en effet le principe de liberté de la preuve. La science peut, elle aussi, fournir des éléments de preuves en apportant une expertise notamment grâce à la médecine légale, la balistique, la toxicologie, la génétique et la criminalistique.

18

PREUVES ATYPIQUES : QUELLES LIMITES À LEUR RECEVABILITÉ?

Le principe de liberté de la preuve consacrée par le Code de procédure pénale offre un large panel de modes de preuves. Cependant, afin de préserver le principe de loyauté et de ne pas porter atteinte aux droits de la personne, certains modes de preuves anciens, originaux, atypiques tels que la médiumnité, l'hypnose ou encore le détecteur de mensonge ne peuvent être recevables.

PARTIE 2. L'ADMINISTRATION DES PREUVES PÉNALES

22

LES IMPLICATIONS PROBATOIRES DE LA PRÉSUMPTION D'INNOCENCE

Le principe de présomption d'innocence, aux implications multiples, détermine la charge de la preuve dans le procès pénal. Aussi, si des présomptions de culpabilité existent, elles sont strictement encadrées. La présomption d'innocence est aussi source de certains droit en matière de preuve, en particulier le droit au silence et le droit de ne pas s'auto-incriminer.

28

LE DÉLIT DE REFUS DE COMMUNIQUER LA CONVENTION SECRÈTE DE DÉCHIFFREMENT D'UN MOYEN DE CRYPTOLOGIE (ART. 434-15-2 C.PÉN.)

Incriminé par la loi du 15 novembre 2001, suite aux attentats du 11 septembre 2001, ce délit a fait l'objet de vives interrogations quant à la définition du comportement qu'il réprime. La Cour de cassation, dans plusieurs arrêts récents, est venue en préciser les contours.

LA PREUVE EN DROIT PÉNAL

MAI 2023 - OCTOBRE 2023 | NUMÉRO 13

32

UNE LIBERTÉ À GÉOMÉTRIE VARIABLE PRÉSIDENT À L'ADMINISTRATION DE LA PREUVE PÉNALE

Si l'administration de la preuve pénale est gouvernée par un principe de liberté, celui-ci est largement limité par l'exigence de loyauté.

38

COMMENTAIRES D'ARRÊTS DE LA COUR DE CASSATION RENDUS EN MATIÈRE DE LIBERTÉ DE LA PREUVE PÉNALE

Par l'étude de trois des arrêts les plus connus de la jurisprudence de la Cour de cassation en matière de loyauté de la preuve, il s'agit de broser de brefs portraits de ces décisions incontournables.

AFFAIRE DU TESTING : CASS. CRIM., 11 JUIN 2002
AFFAIRE DITE ROI DU MAROC : CASS. ASS. PLÉN., 10 NOV. 2017
AFFAIRE DITE BENALLA : CASS. CRIM., 1 DÉC. 2020

PARTIE 3. L'APPRÉCIATION DES PREUVES PÉNALES

42

LA JURIDICTION PÉNALE COMPÉTENTE : UN ÉLÉMENT DÉTERMINANT DANS LE POIDS DE LA PREUVE ?

La justice pénale s'exerce par le biais de diverses juridictions, déterminées en fonction du degré de gravité de l'infraction encourue. Ces juridictions ont des compositions et règles de procédure différentes, et dès lors, des appréciations de la preuve diverses.

50

PREUVE ET INTIME CONVICTION

Tandis que l'aveu était la clé de voûte des preuves pénales, désormais le droit français tend plutôt à se tourner vers la morale des juges. L'intime conviction consacre la liberté d'appréciation des preuves et domine ainsi son droit.

54

LES PROCÈS-VERBAUX DE CONSTAT : UNE SUPER PREUVE ?

Les procès-verbaux de constat ont une valeur probante renforcée et permettent d'apporter une preuve plus difficile à contrer pour les plaideurs. Toutefois, certains valent jusqu'à preuve contraire, d'autres jusqu'à inscription de faux.

58

LA TRACE ADN : NOUVELLE REINE DES PREUVES ?

Si l'appréciation de la force probante de chaque preuve est libre, l'ADN occupe une place particulière. Souvent présentée comme la nouvelle "reine des preuves", elle n'est pas toujours aussi incontestable qu'on peut le prétendre.

PARTIE 4. DES ENJEUX PROBATOIRES RENOUVELÉS

62

PROUVER LE VIOL

Le viol, selon le Larousse, est un rapport sexuel imposé à une personne sans son consentement. Il constitue une infraction pénale dans notre droit français. Pour le réprimer, les enquêteurs disposent de nombreux moyens de preuves, mais peuvent également se retrouver confronter à de véritables obstacles probatoires. Cet acte intime infractionnel peut parfois se révéler indémontrable.

70

UN RECUEIL QUALITATIF DE LA PAROLE DES ENFANTS VICTIMES

La parole des enfants victimes est fragile et délicate à manier. Cette preuve et sa qualité sont pour autant primordiales dans certaines affaires. Si l'affaire dite d'Outreau a pu révéler certaines failles dans les procédures d'audition, des protocoles spécifiques et adaptés existent pour recueillir leur parole.

Introduction : la preuve en droit pénal

La preuve désigne à la fois la « démonstration de l'existence d'un fait ou d'un acte dans les formes admises ou requises par la loi » et le « moyen employé pour faire la preuve »¹. Elle renvoie donc à la fois à l'exigence probatoire et aux modes de preuve.

La preuve, une question centrale en matière pénale. Parce qu'elle permet d'établir un fait, la preuve permet de confirmer un soupçon. Elle est donc essentielle en matière pénale, où la présomption d'innocence commande de ne condamner que sur le fondement de certitudes puisque « le doute profite à l'accusé »². La preuve a toujours été un enjeu majeur et l'appréhension de cette notion a connu diverses évolutions dans le temps³ et continue de se renouveler. En cela, elle est un sujet passionnant, vaste, soulevant d'innombrables problématiques, et toujours d'actualité.

Un encadrement des divers modes d'établissement de la preuve en droit pénal. Parce que la preuve est essentielle, se sont développés avec le temps des moyens d'investigation. Aussi, si une grande diversité de preuve est admise depuis longtemps⁴, la preuve pénale a connu un renouveau grâce au développement de modes de preuve atypiques, dont certains sont discutés voire interdits⁵. La conception des différents modes de preuve a varié avec le temps. L'aveu semble par exemple aujourd'hui dépassé face à l'ADN, dont certains se demandent s'il ne serait pas la nouvelle « reine des preuves »⁶. Aujourd'hui, des protocoles sont prévus pour recueillir une preuve de qualité : si l'on peut penser aux règles en matière de scène de crime et de police technique et scientifique, de manière plus quotidienne, on peut mentionner l'enregistrement audiovisuel obligatoire en matière criminelle, ainsi que le traitement spécifique dont fait l'objet le recueil de la parole des enfants victimes pour préserver la qualité de leurs témoignages⁷.

Une réglementation de l'administration de la preuve adaptée aux spécificités de la matière pénale. Malgré le développement de différents modes de preuve, les principes fondamentaux de son administration sont heureusement maintenus. Si le principe de liberté de la preuve est maintenue, l'encadrement du recueil des preuves passe par le maintien en

¹ Vocabulaire juridique, sous la direction de Gérard Cornu, 12^e édition, 2018, PUF

² Voir l'article disponible dans cette revue : « Les implications probatoires de la présomption d'innocence », Adélie JEANSON-SOUCHON et Mathilde SAUER, Les pénalistes en herbe, revue n°13 : la preuve en droit pénal

³ Voir l'article disponible dans cette revue : « L'histoire des modes de preuve, de l'Antiquité au Moyen-Age », Valentine PIC, Les pénalistes en herbe, revue n°13 : la preuve en droit pénal

⁴ Voir l'article disponible dans cette revue : « Les différents modes de preuves classiques », Léa DOS SANTOS, Les pénalistes en herbe, revue n°13 : la preuve en droit pénal

⁵ Voir l'article disponible dans cette revue : « Preuves atypiques : quelles limites à leur recevabilité? », Léa DOS SANTOS, Les pénalistes en herbe, revue n°13 : la preuve en droit pénal

⁶ Voir l'article disponible dans cette revue : « La trace ADN : nouvelle reine des preuves ? », Mathilde AMBROSI, Les pénalistes en herbe, revue n°13 : la preuve en droit pénal

⁷ Voir l'article disponible dans cette revue : « Un recueil qualitatif de la parole des enfants victimes », Adélie JEANSON-SOUCHON, Les pénalistes en herbe, revue n°13 : la preuve en droit pénal

jurisprudence⁸ de l'exigence de loyauté dans l'administration de la preuve⁹ et que la présomption d'innocence est maintenue¹⁰, même si le droit de ne pas fournir d'élément contre soi-même a pu faire l'objet d'aménagements¹¹. Ces impératifs se justifient par la nécessité de maintenir la paix sociale en ne permettant pas la recherche de la preuve à n'importe quel prix, mais surtout de protéger les libertés individuelles. En effet, rappelons que par définition, celui contre qui la preuve est recherchée est encore, à ce stade, présumé innocent.

Une preuve aux objets multiples. En matière pénale, la preuve porte sur des objets multiples. En effet, il faut prouver l'existence d'une infraction, avec la réunion des éléments légal, matériel, et moral, mais aussi en identifier le(s) auteur(s) ou complice(s) afin de pouvoir imputer l'infraction. La preuve en matière pénale s'applique également aux éléments de personnalité qui serviront dans la détermination de la peine ou qui permettront d'établir une irresponsabilité pénale pour cause de minorité ou de trouble mental par exemple.

Aussi, même si par « preuve en matière pénale », on entend souvent la preuve de l'infraction, il faut garder à l'esprit les différentes dimensions qu'elle peut recouvrir.

Preuve et rôle du juge. Les preuves contradictoirement discutées lors des débats sont appréciées librement par les magistrats, qui déterminent la force probante à leur donner, et décident d'après leur intime conviction des suites à donner¹² même si certaines exceptions existent en matière de procès verbaux¹³. La décision doit toutefois être motivée, et certains éléments ne pourront pas être pris en compte par le juge (par exemple une pièce annulée pour vice de procédure), ou ne seront pas suffisantes (notamment, l'article préliminaire du Code de procédure pénale dispose qu'« en matière criminelle et correctionnelle, aucune condamnation ne peut être prononcée contre une personne sur le seul fondement de déclarations qu'elle a faites sans avoir pu s'entretenir avec un avocat et être assistée par lui »). L'appréciation des éléments de preuve peut dans certains cas varier selon les juridictions¹⁴, question qui est au cœur d'une partie des interrogations sur l'institution des cours criminelles départementales.

⁸ Voir l'article disponible dans cette revue : « Commentaires d'arrêts de la Cour de cassation rendus en matière de liberté de la preuve pénale », Juliette SUSSOT, Les pénalistes en herbe, revue n°13 : la preuve en droit pénal

⁹ Voir l'article disponible dans cette revue : « Une liberté à géométrie variable présidant à l'administration de la preuve pénale », Juliette SUSSOT, Les pénalistes en herbe, revue n°13 : la preuve en droit pénal

¹⁰ Voir l'article disponible dans cette revue : « Les implications probatoires de la présomption d'innocence », Adélie JEANSON-SOUCHON et Mathilde SAUER, Les pénalistes en herbe, revue n°13 : la preuve en droit pénal

¹¹ Voir l'article disponible dans cette revue : « Droit pénal spécial : réflexions sur l'article 434-15-2 du Code pénal », Juliette SUSSOT, Les pénalistes en herbe, revue n°13 : la preuve en droit pénal

¹² Voir l'article disponible dans cette revue : « Preuve et intime conviction », Valentine PIC, Les pénalistes en herbe, revue n°13 : la preuve en droit pénal

¹³ Voir l'article disponible dans cette revue : « Les procès-verbaux de constat : une super preuve ? », Juliette SUSSOT, Les pénalistes en herbe, revue n°13 : la preuve en droit pénal

¹⁴ Voir l'article disponible dans cette revue : « La juridiction pénale compétente : un élément déterminant dans le poids de la preuve ? », Mathilde SAUER, Les pénalistes en herbe, revue n°13 : la preuve en droit pénal

Preuve et vérité judiciaire¹⁵. Parfois, il arrive qu'un doute subsiste, ou que les éléments manquent pour justifier une décision de condamnation. Dans ce cas, le principe de la présomption d'innocence doit conduire à un non-lieu (devant les juridictions d'instruction), une relaxe, ou un acquittement.

Il ne faut cependant pas oublier que la justice ne délivre qu'une vérité : la vérité judiciaire.

Si cette dernière a des conséquences procédurales (comme par exemple la publication de la décision, l'indemnisation du temps passé à tort en détention provisoire, l'autorité de la chose jugée etc.), il se peut parfois que la vérité judiciaire ne recouvre pas les vérités individuelles des protagonistes ni la réalité des faits.

Preuve et vérité judiciaire : Les vérités individuelles. Tout d'abord, les vérités individuelles des protagonistes des faits en cause peuvent diverger. Ainsi, il peut arriver que l'auteur n'ait pas eu l'impression de faire « *quelque chose de mal* », estimant par exemple que son acte n'est « *pas si grave* ». De la même façon, une victime d'un fait peut se sentir lésée, sans qu'une infraction pénale puisse véritablement être caractérisée à raison d'un vide juridique (pour ne donner qu'un exemple, pensons à l'arrêt du 16 mars 2016¹⁶ dans lequel la Cour de cassation a rappelé que n'était « *pas pénalement réprimé le fait de diffuser, sans son accord, l'image d'une personne réalisée dans un lieu privé avec son consentement* », quand bien même la photo la représentait nue alors qu'elle était enceinte, arrêt qui avait donné lieu à l'introduction d'une infraction spécifique, applicable au « *revenge porn* » dans le Code pénal¹⁷). En l'absence d'un texte pénal applicable, et conformément au principe de légalité criminelle, l'action sur le terrain pénal doit être exclue. Toutefois, une action sur le terrain civil pour obtenir réparation est possible, à supposer que soient réunies les conditions inhérentes au régime juridique applicable (responsabilité contractuelle, responsabilité extracontractuelle, régimes spéciaux de responsabilité).

Preuve et vérité judiciaire : L'erreur judiciaire. Ensuite, et de manière plus récurrente, on peut indiquer que le cas le plus criant de l'écart qui peut exister entre la vérité judiciaire et la réalité des faits est celui de l'erreur judiciaire : il arrive qu'une personne soit injustement condamnée, ou injustement acquittée ou relaxée. Si le premier cas est le plus dangereux pour les libertés fondamentales (et peut donner lieu, à ce titre, à une procédure de révision et de réexamen), le cas de l'acquittement à tort fait l'objet d'un régime plus favorable pour la personne dont l'innocence est établie. En effet, lorsqu'une décision passée en force de chose jugée a acquitté ou relaxé une personne, ou qu'un non-lieu motivé en droit a été prononcé, la décision devient irrévocable (à l'inverse, un non-lieu motivé en fait, par l'absence

¹⁵ Voir l'article disponible dans cette revue : « Commentaire d'une citation : Une certitude n'a jamais été une preuve. Une preuve n'a jamais été ni ne sera une vérité. », Valentine PIC, Les pénalistes en herbe, revue n°13 : la preuve en droit pénal

¹⁶ Cass. Crim., 16 mars 2016, n° 15-82.676, FS-P+B+I

¹⁷ Art. 226-2-1 C.pén. : Est puni [de deux ans d'emprisonnement et à 60 000 € d'amende] le fait, en l'absence d'accord de la personne pour la diffusion, de porter à la connaissance du public ou d'un tiers tout enregistrement ou tout document portant sur des paroles ou des images présentant un caractère sexuel, obtenu, avec le consentement exprès ou présumé de la personne ou par elle-même, à l'aide de l'un des actes prévus à l'article 226-1.

d'identification de l'auteur des faits ou l'insuffisance des charges pourra donner lieu à une réouverture du dossier). A ce titre, il convient de rappeler qu'un classement sans suite n'a pas autorité de chose jugée.

Preuve et vérité judiciaire : Relaxe et acquittement « au bénéfice du doute ». Il arrive régulièrement que les tribunaux ou les cours d'assises (et désormais les cours criminelles départementales) décident de la non culpabilité « au bénéfice du doute ». Il en va des cas où le ministère public (et éventuellement la victime, corroborant l'action de ce dernier) ne sont pas parvenus à convaincre le(s) juge(s) et dans certains cas les jurés avec une certitude suffisante. Dès lors, les victimes ressentent le plus souvent cette absence de condamnation comme une grande injustice : la réponse apportée par la société, au travers de l'institution judiciaire, ne correspond nullement à « leur vérité », voire à la réalité matérielle. Cette question essentielle de la preuve se pose notamment dans des affaires sensibles telles que les infractions sexuelles et les violences intrafamiliales et conjugales¹⁸. Ainsi, il arrive que des dossiers d'infractions matériellement bien réelles soient classés sans suite ou donnent lieu à une ordonnance de non lieu ou à une relaxe ou un acquittement.

Preuve et vérité judiciaire : Apporter une réponse judiciaire la plus précise et proche des faits possible. Si cette possibilité d'une absence de condamnation est le plus souvent inaudible pour les victimes, elle se comprend par l'impossible mission du juge, qui n'était pas présent au moment des faits. Pour tenter de résorber partiellement le fossé qu'il peut y avoir entre vérité judiciaire et réalité des faits, des procédures sont mises en place afin d'apporter une réponse sur la plan moral (et dans certains cas financier) aux victimes : c'est le cas notamment de la nouvelle procédure de déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental¹⁹, de l'intervention envisageable de la commission d'indemnisation des victimes d'infractions (CIVI) dans le cadre de certaines affaires où l'auteur des faits est resté inconnu, ou encore de l'obligation de mentionner les motifs du classements sans suite (et notamment de faire valoir le motif de prescription expressément lorsqu'il est retenu).

Il faut saluer ces efforts, qui tendent à apporter une « réponse judiciaire », même si ce n'est pas une condamnation, pour permettre à la justice de se rapprocher de la réalité matérielle.

Cela peut concourir à l'objectif d'apaisement social, sans toutefois transiger sur les principes les plus essentiels de notre procédure pénale, à commencer par la présomption d'innocence et l'administration de la preuve.

Adélie JEANSON-SOUCHON

¹⁸ Voir l'article disponible dans cette revue : « Prouver le viol », Mathilde SAUER, Les pénalistes en herbe, revue n°13 : la preuve en droit pénal

¹⁹ La loi 2008-174 du 25 février 2008 a modifié les règles applicables à l'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental. Elle a permis aux juridictions d'instruction ou de jugement de rendre une décision d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental qui précise qu'il existe des charges suffisantes établissant que l'intéressé a commis les faits qui lui sont reprochés, et non plus une décision de non lieu. Cette procédure permet une meilleure reconnaissance des faits à l'égard des victimes, et peut permettre une indemnisation devant les juridictions pénales.

Commentaire d'une citation

**« Une certitude n'a jamais été une preuve.
Une preuve n'a jamais été ni ne sera une vérité. »
Maurice Toesca**

Cette citation de Maurice Toesca, écrivain et journaliste français, pose la question de la preuve confrontée à la vérité. Le Trésor de la langue française informatisée définit la vérité comme une « *connaissance reconnue comme juste, comme conforme à son objet et possédant à ce titre une valeur absolue, ultime* ». En droit pénal, de nombreux actes d'enquêtes renvoient à leur utilité au regard de la manifestation de la vérité. C'est le cas des interrogatoires des témoins qui doivent prêter serment de « *dire toute la vérité, rien que la vérité* »²⁰, ou encore de la retranscription des données enregistrées en matière de géolocalisation²¹. Ainsi, l'administration de la preuve, et par extension, le procès pénal, gravitent essentiellement autour de la recherche de la vérité.

Ainsi, la vérité judiciaire doit-elle être considérée comme une vérité absolue ?

La réponse est non. En effet, le système des preuves pénales français repose sur la recherche d'une vérité qui semble possible, probable et acceptable. A ce propos, le doyen Carbonnier énonçait « *qu'après tout, une règle de preuve devait recevoir un assentiment populaire* ». Cette absence de vérité absolue tient aussi au fait qu'il n'existe pas de reine des preuves. L'abandon du système des preuves légales au profit des preuves morales contribue à ne pas admettre que l'on recherche une vérité absolue et irréfutable, mais une vérité plausible. De cette manière une preuve ne prétend pas rapporter la vérité, mais au moins à s'en rapprocher le plus. La vérité judiciaire concerne plutôt la vérité qui a convaincu une juridiction, ce qui permet de la différencier de la vérité factuelle qui demeurera inconnue.

Maurice Toesca commence par énoncer qu'une certitude n'est pas une preuve. Il admet ainsi que l'intime conviction de chacun doit être forgée par des éléments extérieurs à un ressenti propre. Sans preuve, il n'y a pas d'intime conviction, et si preuve il y a, elle ne vaudra jamais vérité. C'est en appréciant une preuve avec son intime conviction que l'on peut tendre à se rapprocher de la réalité. Concernant le juge d'instruction, et sa quête de vérité dans l'information judiciaire à charge et à décharge, Anne-Sophie de Lamarzelle²² considère qu'il est « *chargé de recueillir des éléments de preuve pour proposer un récit le plus complet et le plus fidèle possible à la réalité* ».²³

²⁰ art. 103 C.proc.pén.

²¹ art. 230-39 C.proc.pén.

²² Conseillère référendaire à la chambre criminelle de la Cour de cassation.

²³ Anne-Sophie de Lamarzelle, Le récit de l'instruction préparatoire, Les cahiers de la justice, 2013, p. 169 à 182

Aujourd'hui, les nouvelles technologies et les sciences permettent de recourir à des techniques probatoires presque irréfutables. On peut évoquer les test ADN, notamment en matière de viol²⁴, ou de vol, cela s'avère être extrêmement pertinent lorsque l'on peut y recourir. Une incertitude demeurera toujours : l'élément moral. C'est ainsi que le basculement vers un système de preuves morales trouve sa pertinence.

Maurice Toesca replace ainsi dans son contexte le système probatoire français. Il fait implicitement état d'un équilibre entre les certitudes, les convictions et la vérité. La vérité est un idéal, et les certitudes sont des outils pour tenter de construire un récit cohérent et probable.

Valentine PIC

²⁴ Voir l'article disponible dans cette revue : « Prouver le viol », Mathilde SAUER, Les pénalistes en herbe, revue n°13 : la preuve en droit pénal

Partie 1. Panorama d'une appréhension évolutive des modes de preuve en matière pénale

L'histoire des modes de preuve, de l'Antiquité au Moyen-Âge

La preuve est définie comme : « *Le moyen de démontrer un fait ou tout au moins, d'en persuader le juge.* » Le procès pénal tout entier gravite et a toujours gravité autour de la recherche de la vérité qui se caractérise par l'administration de diverses preuves. Jeremy Bentham (philosophe anglais du XVIIIème) écrivait que « *l'art de la procédure, c'est d'administrer des preuves* ». ²⁵ La preuve est ainsi le noyau de la procédure pénale. L'histoire du droit de la preuve suit surtout celle de la criminalité, elle évolue au regard des nouveaux moyens de commission d'infractions. Aussi, les modes de preuves se sont adaptés aux différentes sociologies des époques auxquelles ils appartiennent, notamment au regard de la religion. Dans l'Histoire, l'aveu a longtemps été la reine des preuves, peu importe qu'il s'agisse de la vérité, cela permettait, au moins, de condamner quelqu'un qui se reconnaissait coupable. Ainsi, les modes de preuve dans l'Histoire ont quasiment tous pour unique but d'obtenir un aveu de l'accusé, et les législateurs ont su faire preuve d'imagination pour arriver à cette fin.

Alors, il paraît intéressant de faire un panorama des différents modes de preuve qui ont traversé l'histoire judiciaire de l'Antiquité (Gréco-romaine) (I) au Moyen-Âge français (II).

I) L'Antiquité

A. La rhétorique (Grèce Antique et Rome)

L'art oratoire permet de convaincre, de persuader. Bien qu'il ne soit pas un mode de preuve matériel, il a, comme toute preuve, pour but de convaincre le juge. La rhétorique est ainsi propre à persuader, il s'agit d'une discipline intellectuelle qui va occuper une place fondamentale pour la formation des esprits à Athènes, mais aussi à Rome. Les sophistes étaient ainsi professeurs de rhétorique, leur théorie reposait sur la seule existence de vérités d'opinion propres à un homme, mais aussi sur l'existence de vérités absolues, telles que les mathématiques. La rhétorique est une forme de science malléable permettant de faire croire à un homme, ou groupe d'hommes certaines convictions incertaines, mais qui, bien

²⁵ Jeremy Bentham, *Rationale of judicial Evidence*, 1827

argumentées, sont suffisamment crédibles. Protagoras²⁶ soutenait même que la raison étant imparfaite, elle ne soutient aucune réalité absolue. L'homme perçoit des choses par ses sens et son pouvoir d'analyse propre. Selon Domat²⁷, la preuve est ce qui persuade l'esprit d'une vérité²⁸, c'est de cette manière que les Grecs ont pu considérer que l'art oratoire était constitutif d'un mode de preuve.

B. La torture (Grèce et Rome Antique)

Présente dans le Code justinien de 529 après JC, inspiré par Ulpien un juriste romain émérite du III^{ème} siècle, la torture judiciaire est un mode de preuve connu de tous. Par ailleurs, elle n'a pas la même place dans les droits anciens. En effet, dans le Digeste (droit romain), la vérité ne passe pas nécessairement par la torture, il faut rassembler d'autres éléments tels que le son de la voix, la fermeté du ton, les tremblements, etc.²⁹ De cette manière, la torture judiciaire n'est pas systématique. À l'inverse, dans le procès Grec, l'usage de la violence permettait d'arracher la vérité. Pour mettre fin à la douleur, la seule issue est celle de la vérité.

En droit romain, seuls les étrangers ou esclaves peuvent être torturés, ce procédé s'appelle la *quaestio*. En effet, les personnes qui bénéficient d'un certain statut social, d'une profession honorable, ou les militaires ne peuvent faire l'objet de la torture judiciaire. Par ailleurs, il est important de préciser que les esclaves ne peuvent être entendus pour ou contre leur maître afin de préserver une forme d'impartialité.

Dans la Grèce Antique, à l'inverse des hommes libres, les esclaves qui sont torturés ne sont pas nécessairement coupables, ils peuvent être de simples témoins. Parmi les procédés utilisés, on peut retrouver la torture par la roue. Par ailleurs, ce témoignage emportait bien souvent une très grande conviction.

Il conviendra aussi d'évoquer la torture en France, au Moyen-âge. (II. B.)

C. Les piliers de la preuve en droit romain

Le droit romain retenait principalement trois modes de preuves : le témoignage, les écrits et les présomptions. Il n'est pas nouveau que le droit français s'est fortement inspiré du droit romain. Dès le XII^{ème} siècle, de nouveaux modes de preuves sont admis tels que le serment, ou encore les aveux. Chaque preuve bénéficie d'un degré de probation³⁰. Il existe ainsi la preuve *notorium facti* (notoire) ce qui est le plus souvent caractérisé par le flagrant délit. Ensuite se trouve la preuve *notorium juris* qui renvoi à l'aveu ou à la notoriété de la

²⁶ Protagoras est un penseur présocratique et professeur du V^e siècle av. J.-C.

²⁷ Jurisconsulte français du XVII^e, ayant consacré sa vie à l'étude de la jurisprudence

²⁸ Domat, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, 1689

²⁹ Faustine Harang, *La torture au moyen-âge*, Chapitre 3 : la question, une étape ultime de la procédure pénale (2017)

³⁰ Juliette Dumasy-Rabineau, *La vue, la preuve et le droit : les vues figurées de la fin du Moyen-âge*, *Revue historique* 2013/4 N°668

chose jugée. Enfin, la preuve *notorium presumptionis* renvoie à la certitude de faits que l'on ne pouvait prouver à cette époque.

Aussi, l'inspection oculaire est un mode de preuve qui a été rarement citée en droit romain, mais couramment utilisée, elle porte aussi le nom de « vue » ou « jour de vue ». Elle sera présente de manière systématique à partir du XIV^{ème} siècle. A l'occasion d'une procédure, au moment de la première comparution de l'intéressé, le défendeur peut demander un « jour de vue » qui ne pourra lui être refusé. Ainsi, les parties décident d'un lieu où elles se retrouveront pour que le demandeur réclame des biens jusqu'à ce qu'il trouve satisfaction, ce procédé se nomme « *monstrée* ». Par ailleurs, même s'il ne s'agit pas d'un mode de preuve à proprement parler, il s'agit d'un procédé efficace et original qui permet de résoudre un litige.

II) Le Moyen-âge (France)

Les ordalies étaient aussi pratiquées en Grèce encore plutôt qu'en France au VI^{ème} siècle avant JC. Cependant, les ordalies ont particulièrement marqué l'Histoire judiciaire française au cours de cette longue période qu'est le Moyen-Âge.

A. Les ordalies

Le droit français médiéval a été fortement influencé par la religion. Ainsi, les ordalies trouvent tout leur sens. Elles consistent à soumettre un suspect à une épreuve douloureuse, désagréable, voire mortelle. L'issue est incertaine et le résultat découle du choix de Dieu. Par ailleurs le terme Ordalie est issu du latin *Ordalium* signifiant jugement de Dieu.

À ce titre, il existait à la fois des ordalies unilatérales et bilatérales (cette liste n'est pas exhaustive).

Les ordalies unilatérales : un seul accusé doit prouver son innocence, pour ce faire il peut avoir affaire aux procédés suivants :

- **L'ordalie par le fer rouge** : sur neuf pas, l'accusé devait supporter la douleur d'un fer rougi. Trois jours plus tard, l'état de la cicatrice permettait d'énoncer un verdict. Une cicatrice infectée, purulente ou simplement laide permettait de conclure à la culpabilité de l'accusé. A l'inverse, une cicatrice qui commence à se refermer et propre permettait d'écarter la culpabilité de l'accusé. Cette épreuve pouvait aussi prendre la forme d'un chaudron d'eau bouillante dans lequel il fallait aller récupérer un caillou. L'évolution de la blessure déterminait la culpabilité ou non de l'intéressé.
- **L'ordalie par l'eau froide** : souvent utilisée pour les procès des sorcières. Le but est simple, jeter l'accusé dans une eau froide, si son corps coulait, il était innocenté et mourrait bien souvent de noyade. À l'inverse, un corps qui flotte peut signifier que l'accusé a des pouvoirs, une force surnaturelle qui concurrence celle de Dieu. Celui-ci était déclaré coupable.

Les ordalies bilatérales : elles opposent les contradicteurs dans un même procès

- Le plus connu, **le combat judiciaire** : les deux parties se livrent à un combat de mise à mort. Le dernier est le duel entre Jean de Carrouges face à Jacques le Gris. Ce dernier était accusé d'avoir violé la femme de Jean de Carrouges en 1386³¹. Jean de Carrouges en est sorti victorieux.
- **L'ordalie de la croix** : les deux parties lèvent les bras en forme de croix et le premier qui « baisse les bras » (d'où l'expression) est rendu coupable. En effet, cela s'apparente à une parodie du Christ, les vrais fidèles restent en croix et honorent Dieu.

B. La torture, ou la question

La question est un mode d'obtention de preuves par le châtiment corporel ayant pour but d'obtenir de l'intéressé un aveu. En droit français médiéval, la question n'est ni obligatoire, ni systématique. Elle est plutôt ultime et facultative³². En général, le recours à la question intervient en matière de flagrant délit. Il est important de rappeler que l'aveu est au sommet de la hiérarchie des preuves, et que la question est l'ultime moyen pour tenter de l'obtenir. Elle ne peut intervenir que dans le cadre de procédure dite extraordinaire, et est obligatoire en matière de crimes passibles de peines corporelles ou infamantes. Cependant, le recours à la question n'est qu'une option pour le juge, et jamais une obligation. Aussi, il peut laisser le choix à l'intéressé qui préfère se soumettre à une enquête et à des preuves testimoniales (de témoins) qui s'avèrent souvent très efficaces. La procédure évolue en fonction de l'affaire et peut passer d'ordinaire à extraordinaire au regard des nécessités probatoires.

Contre qui ?

Si la torture doit avoir lieu, elle interviendra au cours de l'instruction, c'est-à-dire lorsque ni l'enquête ni les témoignages ou recherches d'aveux n'ont été concluants. Par ailleurs, comme en droit romain, elle ne peut intervenir à l'encontre de personnes qui jouissent d'un métier honorable, ou d'un certain statut social (sénateur, soldat officier...). Seules les personnes âgées d'au moins 14 ans peuvent en faire l'objet. Dans le *registre criminel du châtelet* de 1389, le vol est l'infraction pour laquelle le recours à la torture est la plus représentée. S'agissant d'un acte discret et dissimulé, la recherche d'aveux s'avère plus difficile, raison pour laquelle la question est plus systématique en la matière.

³¹ A ce propos, voir le film « Le dernier duel », de Ridley Scott paru en 2021.

³² Faustine Harang, La torture au moyen-âge, Chapitre 3 : la question, une étape ultime de la procédure pénale (2017)

Comment ?

La question se matérialise par une contrainte corporelle qui peut se manifester par des coups de bâton, de fouet, donnés par un bourreau, jamais par le juge³³.

En conclusion, la réelle différence entre les modes de preuves anciens et actuels tient surtout à la protection de l'intégrité physique, cela s'explique notamment par l'évolution de la conception de l'individu en tant qu'entité propre. Là où les Anciens avaient pour coutume de recourir au châtement corporel pour obtenir des aveux, les contemporains ont condamné cela. Ce changement de paradigme a un lien étroit avec la place de l'aveu dans le procès. En effet, chez les Grecs, il était indispensable, peu importe sa véracité. Aujourd'hui, l'aveu ne constitue plus la reine des preuves et ne demeure plus indispensable pour prononcer une décision de culpabilité.

NB : Ce panorama est loin d'être exhaustif. Il fait état des modes de preuve les plus anciens et originaux connus à ce jour dans des sociétés reconnues pour avoir été les précurseurs du droit.

Valentine PIC

³³ Evangélos Karabelias, La torture judiciaire dans le droit romano-byzantin, Etudes balkaniques, 2003/1

Les différents modes de preuves classiques

On rappelle que l'article 427 du Code de procédure pénale prévoit le principe de la liberté de la preuve, il dispose 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 ». Par principe, les parties peuvent faire appel à n'importe quel moyen de preuve, sans qu'il y ait de hiérarchie entre eux.

Il convient d'étudier les modes de preuves classiques (partie I) ainsi que les preuves apportées par la science (partie II). Cette liste n'est pas exhaustive, le principe de la liberté de la preuve offre la possibilité d'utiliser tout mode de preuve.

I) Les modes de preuves classiques

La loi régit certains modes de preuve et les soumet à des formalités qui varient à mesure que l'on se trouve en phase d'enquête, d'instruction puis de jugement.

A. L'aveu

L'article 428 alinéa 1 du Code de procédure pénale consacre que « *L'aveu, comme tout élément de preuve, est laissé à la libre appréciation des juges* ».

L'aveu peut s'obtenir par **interrogatoire** c'est-à-dire le fait pour un enquêteur de poser des questions notamment à la personne soupçonnée. Dans les enquêtes de flagrance et préliminaire, l'officier de police judiciaire et l'agent de police judiciaire sous la responsabilité de l'officier peuvent procéder à l'audition de la personne soupçonnée. Dans le cadre d'une information judiciaire, l'interrogatoire relève de la compétence exclusive du juge d'instruction. Il doit respecter certaines formalités afin de permettre à la personne mise en examen d'organiser sa défense en fonction du dossier.

Cependant, **l'aveu n'assure pas avec certitude la vérité**. En effet, parfois certains sont rétractés, d'autres sont maintenus mais mensongers. L'aveu peut être motivé par la vanité, la crainte, l'affection etc. Ainsi, la justice est tenue de vérifier la vérité tel que le souligne l'article 428 du Code de procédure pénale, l'aveu « *est laissé à la libre appréciation des juges* ».

Le Pacte des Nations unies considère que la personne soupçonnée ne peut être forcée de s'avouer coupable³⁴. En ce sens, une personne ne peut être tenue de « *contribuer à sa propre incrimination* »³⁵. L'article 116 alinéa 4 du Code de procédure pénale prévoit notamment que le juge d'instruction, lors de l'interrogatoire de première comparution, doit avertir l'intéressé

³⁴ Pacte des Nations unies du 19 décembre 1966, art. 14-3-g

³⁵ CEDH, 8 février 1996, John Murray c. Royaume-Uni, Rev. pr. 1996, n°194

de sa faculté de se taire. Enfin, les déclarations auto-incriminantes en l'absence d'avocat ne peuvent pas à elles-seules fonder une décision de condamnation³⁶. Également, le Code de procédure pénale considère qu' « aucune condamnation ne peut être prononcée contre une personne sur le seul fondement de déclarations qu'elle a faites sans avoir pu s'entretenir avec un avocat et être assistée par lui »³⁷.

B. Le témoignage

Le témoignage s'entend comme une déposition faite sous serment devant une juridiction d'instruction ou de jugement, ou devant un officier de police judiciaire agissant sur commission rogatoire et dont le contenu est destiné à servir de preuve³⁸.

1. Le témoin

Le témoin est la personne qui rapporte ce qu'elle a vu ou entendu **personnellement**. Les témoins déposent uniquement, soit sur les faits reprochés à l'accusé, soit sur sa personnalité et sur sa moralité³⁹.

Néanmoins, il s'agit d'un **mode de preuve fragile** car certains témoins peuvent être de mauvaise foi et altèrent la vérité alors que d'autres peuvent commettre des erreurs. La loi a pris certaines précautions pour que les déclarations du témoin aient chance de correspondre à la vérité. En effet, la valeur du témoignage est appréciée souverainement par le juge. Également, l'article 434-13 du Code pénal sanctionne le faux témoignage de 5 ans d'emprisonnement et 75 000 € d'amende.

2. Les obligations du témoin

Durant l'enquête préliminaire, le témoin est tenu de comparaître⁴⁰. L'officier de police judiciaire peut, avec autorisation préalable du procureur de la République, contraindre par la force publique la personne qui n'a pas répondu à la convocation, ou dont on peut craindre qu'elle n'y réponde pas. Durant l'enquête de flagrance, toute personne peut fournir des renseignements et être entendue. Elle est tenue de comparaître mais pas de déposer.

Durant l'instruction et le jugement, les témoins sont cités par huissier ou agent de la force publique. Ils peuvent être convoqués par lettre par le juge ou comparaître volontairement⁴¹.

Le **témoin a l'obligation de comparaître**. S'il ne comparaît pas ou refuse de comparaître, il peut être contraint par la force publique, sauf excuse légitime devant la juridiction de

³⁶ Cass. Crim., 8 juin 2017, n°17-80.709

³⁷ Art. préliminaire C.proc.pén.

³⁸ Cass. Crim., 9 juillet 2003, n° 03-82119

³⁹ Art. 331 C.proc.pén.

⁴⁰ Art. 109 C.proc.pén.

⁴¹ Art. 101 C.proc.pén.

jugement⁴². Pour certaines personnes, des règles spéciales sont prévues, tel est le cas des membres du gouvernement et du Président de la République ou en cas d'excuse légitime, lorsque l'absence d'audition contradictoire peut être justifiée par le risque d'intimidation, de pression ou de représailles.

Outre l'obligation de comparaître, le **témoin doit aussi prêter serment**. Cela revient à utiliser la formule substantielle à laquelle rien ne doit être retranché, à savoir, « *jurer de dire toute la vérité, rien que la vérité* »⁴³. Le témoin doit dire tout ce qu'il sait sur les faits au sujet desquels il est entendu, à moins d'être lié par le secret professionnel. Le secret professionnel concerne, par exemple, le médecin et l'avocat. Certaines personnes ne prêtent pas serment tel que les mineurs de 16 ans⁴⁴, les personnes dites reprochables dont père, mère ou tout autre ascendant, descendant, frère, soeur, alliés, etc. de la personne poursuivie⁴⁵, les personnes frappées d'une interdiction des droits civiques, civils et de famille⁴⁶, les témoins appelés par le président de la cour d'assises⁴⁷.

On différencie le défaut de serment selon que l'on se trouve au stade de l'instruction et au stade du jugement. Pendant l'instruction, le défaut de serment n'est pas sanctionné par la nullité, en l'absence d'atteinte aux droits de la défense. Par contre, au stade du jugement, il y a nullité si la juridiction s'est basée en tout ou partie sur ces déclarations.

Le serment comporte une **obligation de sincérité**. Les dépositions doivent être spontanées, orales, séparées les unes des autres et doivent concerner les faits reprochés, ou la moralité de la personne poursuivie.

Le témoin doit respecter la **confidentialité des informations** qui lui sont communiquées dans le cadre de la procédure pénale. Il ne peut pas divulguer publiquement des informations confidentielles liées à l'affaire.

3. Les droits du témoin

Les droits des témoins sont protégés par la loi pour garantir **leur sécurité, leur impartialité et leur participation effective dans le processus judiciaire**.

Les témoins, en particulier ceux qui craignent des représailles ou des menaces pour leur sécurité, peuvent bénéficier de mesures de protection. Cela peut inclure **le maintien de l'anonymat, des mesures de sécurité spéciales ou une protection physique si nécessaire**.

Également, les témoins ont le **droit d'être assistés par un avocat** lors de leur audition devant la police ou le juge d'instruction. Ils doivent être informés de leurs droits et de leurs obligations avant leur audition, ils ont le droit de connaître la nature de l'affaire pour laquelle

⁴² Art. 109, 326, 439, 536 C.proc.pén.

⁴³ Art. 103, 446, 536 C.proc.pén.

⁴⁴ Art. 335 C.proc.pén.

⁴⁵ Art. 335 C.proc.pén. pour la cour d'assises et art. 448 pour les juridictions correctionnelles

⁴⁶ Art. 131-26 C.pén.

⁴⁷ Art. 310, dernier alinéa C.proc.pén.

ils sont convoqués et le rôle qu'ils joueront dans le processus, ils ont aussi le droit de refuser de répondre à des questions qui pourraient les incriminer. Ils peuvent, en outre, invoquer leur droit de se taire.

Les auditions de témoins doivent se dérouler dans des conditions matérielles garantissant la **confidentialité de la déposition**, et les déclarations des témoins ne doivent pas être divulguées à des tiers en dehors du cadre de la procédure pénale, sauf dans certaines circonstances prévues par la loi. Les témoins peuvent être confrontés à la personne poursuivie lors du procès ou devant le juge d'instruction.

Les témoins qui ne maîtrisent pas la langue française ont le **droit de bénéficier de l'assistance d'un interprète** pour leur audition. Les témoins contribuent à garantir un procès équitable en fournissant des éléments de preuve et en répondant aux questions des parties. Leur témoignage doit être évalué de manière impartiale par la juridiction de jugement.

Dans certains cas, les témoins peuvent avoir droit à une indemnisation pour les frais exposés en raison de leur participation à la procédure, tels que les frais de déplacement ou de garde d'enfants.

C. L'écrit

La preuve écrite est **rare** en matière pénale. Cependant, elle peut parfois constituer le corps du délit (tel est le cas des faux documentaires ou des menaces par écrit). Les procès-verbaux de la police judiciaire ont une force probante particulière⁴⁸. Également, les lettres missives peuvent servir de preuve. Le juge peut procéder à la saisie des correspondances, sauf les limites tenant au secret professionnel. La preuve du contrat, nécessaire dans la poursuite de certains délits, doit se faire selon les règles civiles et exige parfois un écrit. Enfin, des opérations peuvent être effectuées pour obtenir la signification d'informations chiffrées⁴⁹. Également, la Cour de cassation prévoit l'admission de la preuve par SMS, elle précise néanmoins que cela dépend de l'appréciation souveraine des juges⁵⁰.

D. Les constatations matérielles, indices et présomptions

Les constatations matérielles désignent les **éléments de preuve qui sont obtenus par l'examen ou l'observation directe de la scène du crime, des objets, des lieux, des personnes ou des éléments matériels liés à une infraction pénale**. Ces constatations vont permettre de relever certaines traces ou indices et de découvrir des pièces à conviction. Les constatations peuvent intervenir sur les lieux, les objets ou sur les personnes. La loi du 21

⁴⁸ Voir l'article disponible dans cette revue : « Les procès-verbaux de constat : une super preuve ? », Juliette SUSSOT, Les pénalistes en herbe, revue n°13 : la preuve en droit pénal

⁴⁹ Art. 230-1 s. C.proc.pén.

⁵⁰ Cass. Crim., 7 février 2007, n°06-84285

janvier 1995⁵¹ a légalisé, sous conditions, l'enregistrement de vidéo surveillance de la voie publique, l'emploi de ces appareils dans les lieux privés ou recevant du public.

Les indices sont des faits matériels dont l'existence est établie et qui, sans valeur démonstrative par eux-mêmes, peuvent, rapprochés les uns des autres, permettre de présumer l'existence de certains faits. Ils peuvent être **directs ou indirects**. Les indices directs sont des preuves matérielles ou des témoignages qui sont liés directement à l'infraction présumée. Les indices indirects sont des éléments de preuve qui ne sont pas en eux-mêmes des preuves de culpabilité, mais qui permettent d'établir un lien entre la personne et l'infraction.

Les constatations matérielles sur place, l'examen des pièces à conviction, leur exploitation par des experts, etc. figurent parmi les principales sources d'indices. Ils doivent être évalués par le juge d'instruction ou la juridiction de jugement en fonction de leur pertinence et de leur fiabilité. Ils peuvent contribuer à l'ouverture d'une enquête ou à la mise en examen d'un suspect.

Les présomptions sont des conclusions légales ou des déductions que la loi autorise à tirer à partir de certains faits établis. Elles sont utilisées lorsqu'il n'y a pas de preuves directes de culpabilité ou en complément d'autres preuves afin d'apporter un élément de culpabilité supplémentaire.

Les indices et présomptions doivent respecter les principes fondamentaux de la justice pénale, tels que la présomption d'innocence et le droit à un procès équitable. Les juges évaluent ces éléments de preuve au cas par cas pour déterminer leur poids et leur pertinence dans une affaire donnée.

II) Les sciences dures au service de la preuve

En France, les sciences dures jouent un rôle crucial dans la recherche de preuves et l'établissement de la vérité dans le cadre des procédures pénales.

L'expertise se caractérise par l'utilisation des connaissances d'un spécialiste, qui impose l'interprétation d'une question d'ordre technique pour aider à la solution du procès pénal. Elle contribue à établir les faits et à garantir l'équité du processus judiciaire en s'appuyant sur des expertises professionnelles et impartiales.

L'expert est généralement nommé par le juge d'instruction ou le tribunal en fonction de la nature de l'affaire et des compétences requises. Les experts judiciaires sont des professionnels reconnus dans leur domaine, ils ont pour mission de fournir des informations ou des analyses techniques sur des questions spécifiques liées à l'affaire. Ils peuvent être chargés d'identifier des preuves, d'évaluer des dommages, d'analyser des documents, de déterminer la cause d'un décès, etc. Ces professionnels sont inscrits sur une liste établie par la cour d'appel, après un examen attentif de leur candidature.

⁵¹ Loi n° 95-73 du 21 janvier 1995 d'orientation et de programmation relative à la sécurité

Cette expertise peut concerner divers domaines, tels que la médecine légale, la balistique, la toxicologie, la génétique et la criminalistique.

La médecine légale est utilisée pour déterminer les causes et les circonstances d'une mort suspecte ou violente, ainsi que pour établir l'identité d'une victime. Les médecins légistes effectuent des autopsies pour examiner les cadavres et collecter des preuves médicales, telles que des lésions, des toxines, ou des traces de drogues. La médecine légale peut aussi être utilisée sur les vivants⁵².

La balistique est utilisée pour analyser les armes à feu, les munitions et les projectiles. Les experts en balistique peuvent déterminer si une arme a été utilisée dans un crime et relier les munitions aux armes. L'examen des traces de tir et des empreintes de cartouches peut aider à établir des liens entre un suspect et une scène de crime.

La toxicologie est utilisée pour analyser des échantillons biologiques, tels que le sang, l'urine ou les tissus, afin de détecter la présence de substances toxiques ou de médicaments. Cela peut aider à déterminer si une personne était sous l'influence de substances illicites lors de la commission d'une infraction. Également, la substance peut être administrée à la victime en cas d'empoisonnement, d'administration de substances nuisibles, etc.

L'analyse génétique, notamment **l'ADN**, est utilisée pour identifier les individus, établir des liens de parenté et relier des échantillons biologiques à des suspects, des victimes ou des scènes de crime. Les bases de données d'ADN permettent de comparer les échantillons prélevés sur une scène de crime avec des échantillons de suspects connus ou inconnus. Par exemple, la loi du 17 juin 1998⁵³ a prévu la création d'un fichier national automatisé destiné à centraliser les traces génétiques et les empreintes génétiques des personnes condamnées pour l'une des infractions prévues à l'article 706-47 du Code de procédure pénale.

La criminalistique⁵⁴ regroupe diverses disciplines scientifiques utilisées pour analyser les preuves physiques, telles que les empreintes digitales, les fibres, les traces de pas, les empreintes de chaussures, les éclats de verre, etc. Les experts en criminalistique travaillent à l'identification et à la préservation des preuves, ainsi qu'à leur analyse en laboratoire.

L'utilisation des sciences dures doit être menée de manière impartiale, transparente et conforme aux règles de la procédure pénale pour garantir le droit à un procès équitable.

Léa DOS SANTOS

⁵² Voir l'article disponible dans cette revue : « Prouver le viol », Mathilde SAUER, Les pénalistes en herbe, revue n°13 : la preuve en droit pénal

⁵³ Loi n°98-468 du 17 juin 1998, relative à la prévention et à la répression des infractions sexuelles et à la protection des mineurs

⁵⁴ Aujourd'hui, on parle aussi de science forensique (de l'anglais "forensics")

Preuves atypiques : quelles limites à leur recevabilité?

Il convient de se demander si en France, dans un système de liberté de la preuve, la médiumnité, l'hypnose et le détecteur de mensonges sont valablement admis en tant qu'élément de preuve.

Le principe de liberté de la preuve ne gouverne pas à lui seul la preuve pénale⁵⁵. En effet, il doit être nuancé par l'obligation de licéité du mode de preuve, la nécessaire loyauté dans l'administration de la preuve et l'absence d'atteinte à la dignité de la personne.

I) La médiumnité dans l'administration de la preuve pénale

La médiumnité, qui repose sur des prétendues capacités extrasensorielles pour prédire l'avenir ou percevoir des informations invisibles, n'est généralement pas reconnue comme une preuve valable en procédure pénale en France ni dans la plupart des systèmes juridiques occidentaux. Les tribunaux se fondent sur des éléments concrets, vérifiables et basés sur des faits pour établir la culpabilité ou l'innocence d'une personne soupçonnée d'avoir commis une infraction pénale.

Les médiums disent détenir des capacités surnaturelles et pouvoir percevoir des informations invisibles ou inaccessibles par des moyens conventionnels. En conséquence, les tribunaux en France n'acceptent pas les témoignages de médiums ou les informations obtenues par des pratiques de médiumnité comme preuves valables dans les affaires pénales. Le système judiciaire français repose sur des éléments de preuve tels que les témoignages de témoins oculaires, les preuves matérielles, les expertises scientifiques, les enregistrements, les documents, etc.

Cela étant, il est important de noter que les personnes sont libres de consulter des médiums ou de rechercher des conseils spirituels pour des raisons personnelles. Cependant, **en raison de l'intime conviction**, les juges ne leur accordent aucun crédit.

⁵⁵ Voir l'article disponible dans cette revue : « Une liberté à géométrie variable présidant à l'administration de la preuve pénale », Juliette SUSSOT, Les pénalistes en herbe, revue n°13 : la preuve en droit pénal

II) Les techniques de neurodroit⁵⁶ dans l'administration de la preuve pénale

Alors que les modes de preuves ont naturellement suivi l'évolution scientifique et technologique, permettant de détecter si une personne a consommé des stupéfiants, d'écouter des conversations téléphoniques, etc., se pose **la question de la place des neurosciences, permettant d'étudier le système nerveux des personnes, dans l'administration de la preuve.**

Afin de faire face au silence d'une personne, pourrait-on l'hypnotiser pour la faire parler ou analyser ses réactions physiques, étudier ses micro tremblements dont les variations pourraient permettre d'établir son état émotionnel ?

A. La question de l'hypnose dans l'administration de la preuve pénale

L'hypnose est définie par le Larousse comme: « 1 – État de conscience particulier, entre la veille et le sommeil, provoqué par la suggestion. 2 – Ensemble des techniques permettant de provoquer un état d'hypnose, utilisées notamment au cours de certaines psychothérapies ». L'hypnose dans une procédure judiciaire peut, en plaçant une personne dans un « état second », lui permettre de retrouver des souvenirs oubliés ou volontairement occultés à la suite d'un traumatisme par exemple.

L'hypnose en tant que preuve est un sujet complexe et controversé. L'utilisation de l'hypnose à des fins d'investigation ou d'interrogatoire dans le cadre d'une enquête pénale est strictement encadrée par la loi et est soumise à des critères très spécifiques. L'hypnose ne peut pas être utilisée pour interroger un suspect ou un témoin dans le but d'obtenir des informations incriminantes. Cela est interdit en France, car l'hypnose peut influencer la mémoire et la perception d'une personne, ce qui rend les informations obtenues peu fiables et irrecevables en justice.

Alors que la plupart de la doctrine semble défavorable à l'utilisation de l'hypnose judiciaire, Danièle Mayer et Jean-François Chassaing ont une vision différente et sont pour une utilisation de l'hypnose dans l'expertise judiciaire. En effet, selon eux « *l'hypnose [...] constitue bien une opération technique du ressort de l'expertise* », l'hypnose agirait en tant que « *décodeur* » des déclarations recueillies « *nécessaire pour faire la part du réel et de l'imaginaire* »⁵⁷.

⁵⁶ Le neurodroit s'intéresse aux applications juridiques des résultats issus des recherches en neurosciences

⁵⁷ D. Mayer, J-F Chassaing, « Y a-t-il une place pour l'hypnose en procédure pénale ? », Rec. D. 2001, page 1340

Dans un arrêt de la Chambre criminelle de la Cour de Cassation du 12 décembre 2000⁵⁸, puis dans une décision rendue le 28 novembre 2001⁵⁹, les juges ont affirmé que le recours à l'hypnose n'est pas conforme aux dispositions légales relatives au mode d'administration des preuves en matière pénale.

De plus, l'hypnose apparaît être une technique de preuve déloyale car elle place la personne dans un état qui l'empêche de se défendre, cette dernière n'ayant pas toutes ses facultés intellectuelles et se trouvant affaiblie. Bien qu'un témoin sous hypnose ait donné son consentement pour être hypnotisé, sa conscience, dans l'état hypnotique, est altérée ce qui peut porter atteinte à ses intérêts. L'hypnose prive notamment la personne de son libre arbitre, de ses facultés de réflexion, de son droit de se taire et de mentir et de ne pas contribuer à sa propre incrimination⁶⁰.

B. La question du détecteur de mensonge dans l'administration de la preuve pénale

Le détecteur de mensonge ou polygraphe est une « *machine destinée à recueillir les réactions physiques de l'individu pendant un interrogatoire où sont mêlées des questions anodines et des questions liées aux circonstances de l'infraction* »⁶¹.

En France, l'utilisation du détecteur de mensonge est interdite en tant que preuve en procédure pénale.

Le détecteur de mensonge n'est pas considéré comme une méthode fiable ou scientifiquement valide pour établir la vérité ou la culpabilité dans une affaire pénale. Par conséquent, les résultats d'un test au détecteur de mensonge ne sont pas admissibles devant les tribunaux français.

Les résultats d'un test au détecteur de mensonge ne sont pas infaillibles et peuvent être influencés par de nombreux facteurs, y compris le stress, l'anxiété, la fatigue et d'autres variables qui ne sont pas nécessairement liées à la vérité ou au mensonge. Également, le détecteur de mensonge n'a pas fait l'objet d'une validation scientifique rigoureuse permettant d'établir sa fiabilité et son exactitude de manière constante et précise. L'utilisation du détecteur de mensonge peut être considérée comme une atteinte aux droits de l'homme, notamment le droit de ne pas s'auto-incriminer, le droit au silence et le droit à un procès équitable.

⁵⁸ La semaine juridique. Ed. Générale n° 12, 21 mars 2001

⁵⁹ Dalloz 2002, p 372

⁶⁰ CEDH, 8 févr. 1996, aff. 18731/91, John Murray c. Royaume-Uni ; CEDH, 2 mai 2000, aff. 35718/97, Condron c. Royaume-Uni ; CEDH 19 sept. 2000, IJL, GMR et AKP c. Royaume-Uni

⁶¹ Ambroise-Castérot C., Aveu, Dalloz, janv. 2016

La fiabilité des polygraphes se limite le plus souvent à une démonstration de l'émotivité de la personne. Au contraire, imposer qu'une personne poursuivie se soumette à un détecteur de mensonge, alors que ce système ne peut identifier avec précision les sujets qui disent la vérité de ceux qui mentent, est déloyal car cela placerait la personne poursuivie dans une situation où le hasard dicterait le verdict relatif à l'existence de propos mensongers voir même la culpabilité. De plus, un aveu, qui serait obtenu à la suite de l'utilisation d'un détecteur de mensonge dont la fiabilité fait défaut, ne serait ni libre ni spontané. Cet aveu pourrait être considéré comme arraché par l'utilisation d'une technique visant à affaiblir la défense⁶².

Également, le polygraphe est un danger pour le respect de la dignité de la personne⁶³ qui implique qu'elle demeure maîtresse de son corps et de sa pensée, ce qui fait présumer qu'elle ne doit pas se trouver aliénée ou asservie à des fins étrangères.

Les tribunaux en France se basent sur des méthodes d'enquête et d'évaluation des preuves établies par la loi pour parvenir à des verdicts justes et équitables dans les affaires pénales.

Léa DOS SANTOS

⁶² Revue Lamy Droit de l'Immatériel août-sept 2017, n° 140, p. 40, RLDI-5062

⁶³ Article 3 de la CEDH « nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants »

Partie 2. L'administration des preuves pénales

Les implications probatoires de la présomption d'innocence

Le procès pénal est régi par un principe d'envergure, celui de la présomption d'innocence. En effet, le droit pénal réprime les auteurs d'infractions afin de protéger l'ordre public. Pour assurer cet objectif, il est nécessaire d'établir la culpabilité d'une personne pour une infraction donnée. Cependant, cette preuve ne saurait être apportée sans limite, sans garde-fou : la présomption d'innocence est l'une de ces garanties.

Si le principe de la présomption d'innocence conduit à ce que la charge de la preuve pèse en principe sur le ministère public (I), cette affirmation doit être tempérée par l'existence de présomption de culpabilité (II). Toutefois, le principe demeure et a des conséquences, notamment sur le plan sur le droit au silence et le droit de ne pas s'auto-incriminer (III).

I) Le principe de présomption d'innocence

La présomption d'innocence. La présomption d'innocence est un principe essentiel de notre procédure pénale. Pourtant, jusqu'à la loi du 15 juin 2000, elle n'était pas consacrée en tant que telle dans le Code pénal et le Code de procédure pénale, même si elle était, de fait, de mise et pouvait être déduite d'autres articles du Code de procédure pénale. On la trouvait aussi dans des textes internationaux (article 11 de la DUDH⁶⁴, article 6 de la Conv.EDH⁶⁵, article 14 du PIDCP⁶⁶, article 48 de la CDFUE⁶⁷), et surtout à l'article 9 de la DDHC. C'est un principe constitutionnel depuis une décision du 19 et 20 janvier 1981⁶⁸. Désormais, le principe est inscrit en tant que tel dans le Code de procédure pénale et plus précisément dans son article préliminaire qui dispose dans la première phrase de son III que « *toute personne suspectée ou poursuivie est présumée innocente tant que sa culpabilité n'a pas été établie* »⁶⁹.

⁶⁴ L'article 11 de la DUDH dispose « 1. Toute personne accusée d'un acte délictueux est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie au cours d'un procès public où toutes les garanties nécessaires à sa défense lui auront été assurées. »

⁶⁵ L'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme dispose que « 2. Toute personne accusée d'une infraction est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie. »

⁶⁶ L'article 14 du Pacte international sur les droits civils et politiques énonce que « 2. Toute personne accusée d'une infraction pénale est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie »

⁶⁷ L'article 48 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne qui dispose que « 1. Tout accusé est présumé innocent jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie. »

⁶⁸ DC n°80-127 19 et 20 janvier 1981

⁶⁹ Depuis la loi du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes qui a introduit dans le Code l'article préliminaire.

Une règle de fond et de procédure. La présomption d'innocence présente un double aspect : elle peut tout d'abord constituer une règle de fond, un droit subjectif, qu'il faut faire respecter et dont il faut prévenir et sanctionner les atteintes (notamment sur le fondement de l'article 9-1 du Code civil⁷⁰). Elle peut ensuite, et c'est ce qui nous intéresse dans le cadre de la présente revue, constituer une règle de preuve : elle détermine en effet la charge de la preuve.

La charge de la preuve – « *actori incumbit probatio* ». La charge de la preuve désigne de manière générale, qui doit prouver pour que le procès aboutisse. Même s'il existe des exceptions, le droit est régi par un principe général selon lequel la charge pèse sur le demandeur. C'est la règle énoncée par l'adage « *actori incumbit probatio* ». Autrement dit, celui qui prend l'initiative du procès doit prouver les faits qu'il allègue pour obtenir le résultat souhaité. Si celui sur qui pèse la charge de la preuve ne parvient pas à faire la démonstration nécessaire et à prouver, alors, il succombera (c'est-à-dire qu'il perdra son procès).

Application de la règle « *actori incumbit probatio* ». Ainsi par exemple, si en droit civil, celui qui réclame l'exécution d'une obligation ne parvient pas à prouver l'existence de cette obligation, alors, il n'obtiendra rien. En droit pénal, c'est aussi le demandeur qui doit prouver : le ministère public, partie poursuivante, qui requiert l'application de la loi, supporte la charge de la preuve. Autrement dit, ce n'est pas à la personne poursuivie d'établir son innocence, mais au ministère public (au procureur de la République donc) d'établir la culpabilité de la personne poursuivie. En cela, le parquet doit apporter la preuve que l'auteur ou le complice d'une infraction réunit en sa personne les éléments constitutifs de l'infraction.

Conséquence de la charge de la preuve : *in dubio pro reo*. La présomption d'innocence révèle toute sa portée dans une situation particulière : celle où un doute demeure sur la culpabilité ou l'innocence d'un accusé (devant la cour d'assises ou la cour criminelle) ou d'un prévenu (devant le tribunal correctionnel). Dans ce cas, l'accusé devra être acquitté ou le prévenu relaxé (c'est-à-dire qu'il ne peut y avoir de condamnation). C'est le principe « *in dubio pro reo* », ou « *le doute profite à l'accusé* ».

L'idée est que la condamnation ne peut, en droit, être prononcée qu'en présence d'une certitude, et qu'une culpabilité hypothétique ou possible ne suffit pas.

Une personne soupçonnée d'avoir commis des faits infractionnels est donc considérée comme innocente tant que les preuves n'ont pas levé tout doute sur sa culpabilité. Cette

⁷⁰ Art. 9-1 C.civ. : « Chacun a droit au respect de la présomption d'innocence. Lorsqu'une personne est, avant toute condamnation, présentée publiquement comme étant coupable de faits faisant l'objet d'une enquête ou d'une instruction judiciaire, le juge peut, même en référé, sans préjudice de la réparation du dommage subi, prescrire toutes mesures, telles que l'insertion d'une rectification ou la diffusion d'un communiqué, aux fins de faire cesser l'atteinte à la présomption d'innocence, et ce aux frais de la personne, physique ou morale, responsable de cette atteinte. »

nécessité se comprend en ce que « *dans le doute on doit incliner à son absolution plutôt qu'à sa condamnation* »⁷¹.

Manifestations procédurales devant la juridiction de jugement. Le principe de présomption d'innocence se retrouve dans certaines règles procédurales applicables devant les juridictions de jugement. Ainsi, pour ne donner que deux exemples, devant la cour d'assises, les règles relatives aux majorités requises sont favorables à l'accusé et retranscrivent cette idée qu'il ne faut condamner qu'en cas de certitude : « *les bulletins blancs, ou déclarés nuls par la majorité, sont comptés comme favorables à l'accusé* »⁷² et « *toute décision défavorable à l'accusé se forme à la majorité de 7 voix au moins [sur 9 en première instance] et de 8 voix au moins [sur 12 en appel]* »⁷³ ⁷⁴. En outre, en matière correctionnelle et en matière criminelle, les juridictions de jugement doivent motiver la décision de culpabilité⁷⁵. En effet, depuis 2012⁷⁶, une « *feuille de motivation* » est désormais annexée à la décision de la cour d'assises. Elle doit consister « *dans l'énoncé des principaux éléments à charge qui, pour chacun des faits reprochés à l'accusé, ont convaincu la cour d'assises et qui ont été exposés au cours des délibérations* »⁷⁷.

II) Les présomptions de culpabilité

Exception à la charge de la preuve : les présomptions de culpabilité. Malgré tout, il arrive que s'opère un renversement de la charge de la preuve, et c'est donc à la personne poursuivie de prouver son innocence. Les présomptions de fait peuvent ainsi permettre de déduire l'élément moral de l'infraction à partir d'un ou plusieurs faits matériels pour déceler la véritable intention de l'auteur⁷⁸. Plus rarement, les présomptions peuvent aussi porter sur un aspect de l'élément matériel, pour certaines infractions spécifiques⁷⁹.

Conditions de validité des présomptions de culpabilité. Dans sa décision du 16 juin 1999⁸⁰, le Conseil constitutionnel indique que « *le législateur ne saurait instituer de présomption de culpabilité en matière répressive ; que, toutefois, à titre exceptionnel, de telles présomptions*

⁷¹ Institutés au droit criminel, Muyart de Vouglans, 1767

⁷² Art. 358 C.proc.pén.

⁷³ Ces seuils ont été relevés par la loi n°2021-1729 du 22 décembre 2021 afin de renforcer la nécessité d'une certitude pour condamner une personne

⁷⁴ Art. 359 C.proc.pén.

⁷⁵ Voir les articles disponibles dans cette revue : « La juridiction pénale compétente : un élément déterminant dans le poids de la preuve ? », Mathilde SAUER et « Preuve et intime conviction », Valentine PIC, Les pénalistes en herbe, revue n°13 : la preuve en droit pénal

⁷⁶ Entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2012 de la loi du 10 août 2011 sur la participation des citoyens au fonctionnement de la justice pénale et le jugement des mineurs

⁷⁷ Art. 365-1 C.proc.pén.

⁷⁸ Par exemple, en cas de violence avec usage d'une arme à feu, l'intention homicide sera plus facilement retenue que si l'arme utilisée est une paire de ciseau par exemple.

⁷⁹ Par exemple, l'article 321-6 du Code pénal dispose que « Le fait de ne pas pouvoir justifier de ressources correspondant à son train de vie ou de ne pas pouvoir justifier de l'origine d'un bien détenu, tout en étant en relations habituelles avec une ou plusieurs personnes qui soit se livrent à la commission de crimes ou de délits punis d'au moins cinq ans d'emprisonnement et procurant à celles-ci un profit direct ou indirect, (...) est puni (...) ». Autrement dit, cet article pose une présomption de recel-profit pour les personnes qui remplissent les conditions prévues par le texte. Toutefois, cette présomption supporte la preuve contraire (si le prévenu parvient à établir sur les fonds ont une origine légale, il ne sera pas condamné).

⁸⁰ Conseil constitutionnel, décision n° 99-411 DC du 16 juin 1999 Loi portant diverses mesures relatives à la sécurité routière et aux infractions sur les agents des exploitants de réseau de transport public de voyageurs

peuvent être établies, notamment en matière contraventionnelle, dès lors qu'elles ne revêtent pas de caractère irréfragable [autrement dit, elles doivent supporter la preuve contraire], qu'est assuré le respect des droits de la défense et que les faits induisent raisonnablement la vraisemblance de l'imputabilité ». Dès lors, il déclare conforme à la Constitution la disposition qui met à la charge du titulaire de la carte grise, le paiement des amendes pour excès de vitesse (sans que sa responsabilité pénale ne soit reconnue et sans qu'il ne subisse un retrait de points) à moins que le titulaire n'établisse l'existence d'un vol ou de tout autre événement de force majeure ou qu'il n'apporte tous éléments permettant d'établir qu'il n'est pas l'auteur véritable de l'infraction. Dans une autre décision, en 2009⁸¹, la même juridiction déclare inconstitutionnelle la présomption de culpabilité établie par la loi « Hadopi I » en reprenant sa justification de 1999. La Cour européenne des droits de l'Homme⁸², quant à elle, admet aussi ces présomptions si elles sont limitées aux enjeux en question et au respect des droits de la défense.

Caractère réfragable des présomptions. La véritable limite des présomptions de culpabilité repose donc sur leur caractère simple, en ce qu'elles sont **réfragables**.

Il sera donc toujours possible pour l'accusé de rapporter la preuve contraire de cette présomption.

Cela permet de trouver un équilibre entre renversement de la charge de la preuve d'une part, et sauvegarde des libertés individuelles et du principe de présomption d'innocence d'autre part.

Dans ces conditions, la présomption d'innocence n'est pas réduite à néant, et ce n'est que dans des cas exceptionnels que la charge de la preuve reposera sur la personne poursuivie. Le principe de la présomption d'innocence comporte plusieurs implications procédurales, à commencer par le droit de ne pas s'auto-incriminer.

III) Le droit au silence et le droit de ne pas s'auto-incriminer

Également, la présomption d'innocence comporte deux corollaires : le **droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination**, et le **droit au silence**.

Le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination induit qu'un individu ne peut être condamné au seul motif de son silence, ou en d'autres termes, le mutisme ne saurait constituer une unique preuve de culpabilité.

Le droit au silence induit qu'une personne soupçonnée ne peut être contrainte de subir des pressions, ou d'être soumise à des stratagèmes pour obtenir une preuve sur sa culpabilité.

⁸¹ Conseil constitutionnel, décision n° 2009-580 DC du 10 juin 2009 Loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet, dite loi « Hadopi I »

⁸² Voir CEDH, 7 octobre 1988, Salabiaku c. France, req. n° 10519/83 qui indique que « L'article 6-2 ne se désintéresse donc pas des présomptions de fait ou de droit qui se rencontrent dans les lois répressives. Il commande aux États de les enserrer dans des limites raisonnables prenant en compte la gravité de l'enjeu et préservant les droits de la défense. »

Comment obtenir une preuve alors que la personne est en droit de ne jamais s'exprimer sur les faits?

Quelle serait la valeur d'une preuve obtenue contre la volonté d'une personne ? Obtenue par la force ? À une époque, la torture, ou la Question⁸³ était utilisée pour obtenir des aveux des personnes soupçonnées. Comment avoir la certitude que la preuve obtenue n'est pas donnée dans le seul but de voir les souffrances infligées s'arrêter ? Cette position, justifiée par le principe de la dignité humaine, vise par exemple à lutter contre les pressions qui pourraient être exercées à l'encontre d'un individu.

Ce principe est un moyen d'assurer un équilibre entre les parties, entre un ministère public ayant de nombreuses ressources dans le cadre de la charge de la preuve, et un défendeur avec ses moyens propres. Il assure une meilleure recherche de la vérité judiciaire, qui ne serait pas influencée par des pressions.

De plus, la personne poursuivie n'est pas tenue de collaborer à la recherche de la vérité. Dès lors, elle ne peut y être forcée.

Elle a même l'autorisation de mentir ; raison pour laquelle l'accusé ne prête pas serment, contrairement à un témoin par exemple.

Toutefois, des procédés existent pour pallier certains obstacles probatoires. En effet, un individu soupçonné peut refuser tout prélèvement corporel, ou tout accès à un moyen de cryptologie lui appartenant⁸⁴. Face à cette difficulté, des prélèvements contraints sont possibles par le biais de réquisitions à cette fin⁸⁵, y compris l'accès forcé à un moyen de cryptologie⁸⁶.

A noter qu'en cas de refus la personne peut se voir condamnée pour une infraction autonome : le refus de se soumettre à un prélèvement biologique⁸⁷, ou pour refus de communiquer la convention secrète de déchiffrement d'un moyen de cryptologie⁸⁸.

En quoi ces procédés et présomptions respectent-ils le principe de la présomption d'innocence?

Concernant les prélèvements corporels réalisés sans le consentement de la personne concernée, l'article l'autorisant a fait l'objet d'une modification récente avec la loi du 24 janvier 2023 n°2023-22. Il cantonne cette possibilité à **l'enquête de flagrance**, et à **des conditions légales**. Dès lors, la Cour de justice de l'Union européenne avait précisé,

⁸³ Voir l'article disponible dans cette revue : « L'histoire des modes de preuve, de l'Antiquité au Moyen-Age », Valentine PIC, Les pénalistes en herbe, revue n°13 : la preuve en droit pénal

⁸⁴ Voir l'article disponible dans cette revue : « Droit pénal spécial : réflexions sur l'article 434-15-2 du Code pénal », Juliette SUSSOT, Les pénalistes en herbe, revue n°13 : la preuve en droit pénal

⁸⁵ Art. 55-1 C.proc.pén.

⁸⁶ Art. 434-15-2 C.proc.pén.

⁸⁷ Art. 706-56 C.proc.pén.

⁸⁸ Art. 434-15-2 C.pén.

récemment, que de tels prélèvements devaient être réservés aux cas de « nécessité absolue »⁸⁹. Ce que la norme pénale exige. De plus, la Cour de cassation a jugé qu'il était possible de réaliser un prélèvement sanguin, sans le consentement de la personne, dans un **objectif d'administration de la preuve**⁹⁰. Cette décision, discutée, admet une dérogation au consentement de l'individu pour un prélèvement sanguin ou salivaire dans l'enquête de flagrance. Ainsi, ce procédé, bien qu'attentatoire au droit de ne pas s'auto-incriminer, et à l'inviolabilité du corps humain, semble intervenir dans une nécessité de **compromis entre protection de l'ordre public et liberté individuelle**.

L'accès à la convention secrète de déchiffrement d'un moyen de cryptologie susceptible d'avoir un lien avec la commission d'une infraction a interrogé sur sa légalité au regard du principe de la présomption d'innocence. Toutefois, le Conseil constitutionnel a estimé que ce texte poursuivait **l'objectif de valeur constitutionnelle de prévention des infractions et de recherche des auteurs d'infraction**. Ainsi ce procédé ne tend pas à obtenir des aveux de l'accusé, ainsi n'emporte pas une reconnaissance de culpabilité ou d'innocence⁹¹.

Le droit est une matière mouvante, en évolution constante, et d'autant plus le droit pénal. On observe une véritable tension entre présomption d'innocence et administration de la preuve, puisqu'elles tendent toutes deux vers des objectifs opposés mais doivent nécessairement fonctionner ensemble. Les évolutions, législatives ou jurisprudentielles, sont certaines, mais il est possible de les voir influencées par la jurisprudence européenne, comme ce fut déjà le cas, ou par des recommandations. Par exemple avec le rapport d'octobre 2021⁹² ayant émis diverses recommandations sur le principe de la présomption d'innocence, en ce qu'il représente un défi pour l'État de droit.

Dans une quête perpétuelle d'une meilleure administration de la Justice, des changements auront nécessairement lieu.

Adélie JEANSON-SOUCHON et Mathilde SAUER

⁸⁹ CJUE 26 janvier 2023 Ministerstvo na vatreshnite raboti, aff. C-205/21

⁹⁰ Cass. Crim., 31 mars 2020, n°19-85.756

⁹¹ Conseil constitutionnel QPC 30 mars 2018 n°2019-696

⁹² Rapport du groupe de travail sur la présomption d'innocence, présidé par Elisabeth Guigou – 14 octobre 2021

Droit pénal spécial : réflexions sur l'article 434-15-2 du Code pénal

Le délit de refus de communiquer la convention secrète de déchiffrement d'un moyen de cryptologie

Caractérisation du délit.- Conformément à l'article 434-15-2 alinéa 1 du Code pénal, est incriminé « *le fait, pour quiconque ayant connaissance de la convention secrète de déchiffrement d'un moyen de cryptologie susceptible d'avoir été utilisé pour préparer, faciliter ou commettre un crime ou un délit, de refuser de remettre ladite convention aux autorités judiciaires ou de la mettre en oeuvre, sur les réquisitions de ces autorités* ». Le délit est constitué en cas de refus de communiquer et de mettre en œuvre une convention secrète de déchiffrement, après que les autorités judiciaires l'aient requis expressément. L'infraction ne sera caractérisée que si ladite convention permet de mettre au clair les données contenues dans un moyen de cryptologie identifié comme ayant pu être utilisé dans la préparation ou la commission d'une autre infraction de nature délictuelle ou criminelle. La Cour de cassation précise néanmoins, qu'une simple demande formulée au cours d'une audition, sans avertissement que le refus d'y déférer est susceptible de constituer une infraction pénale, ne constitue pas une réquisition, telle qu'exigée par cette disposition⁹³. En sus, la connaissance de la convention secrète doit être établie.

Peines principales encourues.- Insérée dans le Code pénal en 2001, cette infraction fait encourir des peines principales de nature délictuelle. Ces dernières ont été modifiées par la loi n°2016-731 du 3 juin 2016. Sont encourus 3 ans d'emprisonnement et 270 000€ d'amende. Les peines sont portées à 5 ans d'emprisonnement et 450 000€ d'amende lorsque « *la remise ou la mise en œuvre de la convention aurait permis d'éviter la commission d'un crime ou d'un délit ou d'en limiter les effets* » (art. 434-15-2, al. 2 C.pén.).

Définition légale du moyen de cryptologie.- Or, la question se pose de savoir ce qu'est une convention secrète de déchiffrement d'un moyen de cryptologie. Si la loi n°2004-575 du 21 juin 2004, dite LCEN, définit en son article 29 le moyen de cryptologie comme « *[t]out matériel ou logiciel conçu ou modifié pour transformer des données, qu'il s'agisse d'informations ou de signaux, à l'aide de conventions secrètes ou pour réaliser l'opération inverse avec ou sans convention secrète* ». Parallèlement, l'article R.871-3 du Code de la sécurité intérieure dispose que « *les conventions permettant le déchiffrement des données* »

⁹³ Cass. Crim., 13 oct. 2020, n°20-80.150

sont « des clés cryptographiques [ou] tout moyen logiciel ou de toute autre information permettant la mise au clair de ces données ».

S'appuyant sur ses définitions techniques dont la traduction pratique et l'appréhension semblent délicates, la Cour de cassation et le Conseil constitutionnel sont intervenus à plusieurs reprises pour broser les contours de ce délit et tenter d'en définir l'élément matériel.

Mise en balance des intérêts en présence.- D'abord, saisi d'une QPC, le Conseil constitutionnel a eu à connaître de la conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit de l'article 434-15-2 du Code pénal. Le requérant soutenait que cette incrimination portait notamment atteinte au droit au silence et au droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination. Les Sages de la rue de Montpensier énoncent que cette disposition n'a « pas pour objet d'obtenir des aveux [de la part du mis en cause] mais [permet] seulement le déchiffrement des données cryptées ». Ils rappellent également que « ces données, déjà fixées sur un support, existent indépendamment de la volonté de la personne suspectée »⁹⁴. Ainsi, cette disposition est conforme à la Constitution.

Parallèlement, la Cour de cassation énonce que « le droit de ne pas s'incriminer soi-même ne s'étend pas aux données que l'on peut obtenir de la personne concernée en recourant à des pouvoirs coercitifs mais qui existent indépendamment de la volonté de l'intéressé »⁹⁵.

En outre, les moyens de cryptologie participent d'un meilleur exercice du droit au respect de la vie privée et de la liberté d'expression. Pour autant, ils peuvent entraver la lutte contre la cybercriminalité, raison pour laquelle le Conseil constitutionnel rappelle que le législateur de 2001 a poursuivi les objectifs de valeur constitutionnelle de prévention des infractions et de recherche des auteurs d'infractions.

Problématique pratique.- Incriminé par la loi n°2001-1062 du 15 novembre 2001, suite aux attentats du 11 septembre 2001, ce délit n'avait pas pour objectif de réprimer le refus de communiquer le code d'accès ou de déverrouillage d'un téléphone portable. Dès lors, s'est posée la question de savoir si un code de déverrouillage d'un téléphone portable peut être une convention secrète de déchiffrement d'un moyen de cryptologie au sens de l'article 434-15-2 du Code pénal. **Alors, le refus de remettre un tel code permet-il de caractériser ce délit ?**

Définitions retenues par la Cour de cassation.- De manière schématique, est un moyen de cryptologie tout procédé rendant les données indéchiffrables. Celles-ci ne pourront « être mises au clair » que par l'utilisation d'une convention secrète de déchiffrement.

⁹⁴ Décision n° 2018-696 QPC du 30 mars 2018, M. Malek B. [Pénalisation du refus de remettre aux autorités judiciaires la convention secrète de déchiffrement d'un moyen de cryptologie], Conformité

⁹⁵ Cass. Crim., 10 déc. 2019, n°18-86.878

Ainsi, le matériel ou logiciel considéré comme un moyen de cryptologie transforme les données en les rendant inaccessibles afin de sécuriser leur stockage et de garantir leur confidentialité.

En 2020, saisie de cette question, la Cour de cassation énonce que les « *caractéristiques de l'appareil ou des logiciels qui l'équipent ainsi que par les résultats d'exploitation des téléphones au moyen d'outils techniques, utilisés notamment par les personnes qualifiées requises ou experts désignés à cette fin* »⁹⁶ permettent de caractériser l'existence d'un moyen de cryptologie. En outre, elle casse l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris dans lequel les juges du fond s'étaient fondés sur la notion de « *téléphone portable d'usage courant* » pour estimer que le code de déverrouillage permettant d'accéder aux données dudit téléphone ne les déchiffre pas. Les Hauts Magistrats condamnent le recours à la notion précitée de « *téléphone portable d'usage courant* » en ce qu'elle est « *inopérante* » et décident que **le code de déverrouillage d'un téléphone portable est une convention secrète d'un moyen de cryptologie.**

Il ressort de cet arrêt que l'emploi des notions de moyen de cryptologie et de convention secrète de déchiffrement est malaisé. Partant, il est nécessaire de parvenir à une définition claire de ces concepts afin d'assurer une certaine prévisibilité dans l'application de la norme pénale.

Dans un deuxième arrêt rendu par la chambre criminelle, le demandeur au pourvoi arguait que le refus de communiquer ou de mettre en oeuvre « *les codes d'accès au contenu d'un téléphone ou d'un ordinateur portable* » ne tombe pas sous le coup de l'incrimination édictée par l'article 434-15-2 du Code pénal alors que la cour d'appel d'Aix-en-Provence l'avait reconnu coupable de ce chef.

Dans la droite ligne de l'arrêt précédemment évoqué, la Cour de cassation rappelle les définitions des concepts de moyen de cryptologie et de convention secrète de déchiffrement. Par ailleurs, elle énonce que « **le code de déverrouillage d'un téléphone mobile peut constituer une clé de déchiffrement, si ce téléphone est équipé d'un moyen de cryptologie** »⁹⁷. En conséquence, afin de savoir si le délit peut être reproché à celui qui refuse de transmettre le code de déverrouillage d'un téléphone portable, il convient de s'assurer que ledit téléphone contient effectivement des données cryptées pouvant être mises au clair par la mise en oeuvre du code de déverrouillage.

Dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt de la chambre criminelle en date du 13 octobre 2020, la cour d'appel de renvoi résiste. Elle relaxe le prévenu au motif que le code de déverrouillage d'un téléphone n'est pas une convention secrète de déchiffrement permettant de « *rendre incompréhensibles ou compréhensibles des données* ». Ledit code ne fait que permettre l'accès aux données contenues dans le téléphone ; données qui, par ailleurs, peuvent être cryptées ou ne pas l'être.

⁹⁶ Cass. Crim., 13 oct. 2020, n°20-80.150

⁹⁷ Cass. Crim., 9 mars 2022, n°21-83.557

Rappelant les considérations développées dans les deux arrêts rendus par la chambre criminelle, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation énonce que le code de déverrouillage d'un téléphone portable est une clé de déchiffrement à condition que le téléphone considéré soit équipé d'un moyen de cryptologie⁹⁸.

Ainsi, si le code de déverrouillage permet seulement de débloquent l'écran, mais ne permet pas de décrypter les données (parce qu'il n'y a pas de cryptage des données ou parce qu'un autre code est nécessaire sur une application spécifique par exemple), le refus opposé par son utilisateur ne permettra pas la répression.

Dans sa notice, la Cour de cassation rappelle que « *l'immense majorité des smartphones récents (depuis 2011 pour Apple et 2015 pour Android)* » sont équipés d'un moyen de cryptologie⁹⁹. Elle considère donc qu'un matériel de cryptage est installé en série sur tous les smartphones. Alors, aucun accès au téléphone ne serait nécessaire. Il suffirait de « *se référer aux caractéristiques techniques [...] publiées par [le] constructeur* »¹⁰⁰. Toutefois, il n'en demeure pas moins qu'il incombe au procureur de la République de démontrer que le téléphone considéré est équipé d'un moyen de cryptologie et que, conséquemment, le refus de communiquer le code de déverrouillage dudit téléphone permet la caractérisation de l'infraction.

Critiques.- La doctrine a mobilisé le concept de « *mécanisme d'authentification* » pour critiquer les arrêts rendus par la Cour de cassation. Ainsi, certains auteurs réfutent l'analyse proposée par la Cour de cassation. Ils estiment que ces arrêts tendent à une interprétation trop extensive du délit de refus de communiquer une convention secrète de déchiffrement d'un moyen de cryptologie et, partant, portent une atteinte excessive, notamment, au droit au respect de la vie privée des utilisateurs de smartphones.

Juliette SUSSOT

⁹⁸ Cass. Ass. Plén., 7 nov. 2022, n°21-83.146

⁹⁹ Notice au rapport relative à l'arrêt n°659 du 7 novembre 2022 Pourvoi n° 21-83.146 – Assemblée plénière

¹⁰⁰ Emmanuel Dreyer, [Jurisprudence] Clair-obscur sur la convention secrète de déchiffrement des téléphones portables, Le Quotidien, novembre 2022

Une liberté à géométrie variable présidant à l'administration de la preuve pénale

La preuve, point central dans le procès pénal, permet de statuer sur la culpabilité du mis en cause. En effet, puisque le doute profite à l'accusé (*in dubio pro reo*), aucune hésitation ne doit exister dans l'esprit des magistrats de la juridiction de jugement rendant un verdict de culpabilité. Ils doivent avoir une intime conviction quant à la culpabilité de la personne renvoyée devant eux¹⁰¹. À l'appui de cette intime conviction se trouvent les preuves dont la recherche et l'appréciation sont encadrées par le Code de procédure pénale et par la consistante jurisprudence de la Cour de cassation.

Si la liberté préside tant à l'administration de la preuve pénale qu'à l'appréciation de celle-ci par le juge, elle n'en est pas moins limitée.

Ainsi, la liberté dans l'appréciation de la valeur probante de la pièce produite est limitée par le principe de légalité des preuves pénales en vertu duquel le législateur va exiger qu'un certain moyen de preuve soit rapporté pour prouver certaines infractions.

La recherche de la preuve pénale, quant à elle, est également soumise à un principe de liberté. Toutefois, la liberté dans l'administration de la preuve est classiquement limitée par l'exigence de loyauté. En sus, **la mise en balance opérée entre le respect des libertés fondamentales et la libre administration de la preuve** tend également à restreindre cette dernière. Entre autres, le droit à la dignité doit être respecté, ce qui a pour conséquence de proscrire les violences physiques ou morales conformément à l'article 3 Conv.EDH. Sont par exemple prohibés le recours à des prolongations anormales des interrogatoires sans repos et l'utilisation de certains moyens de preuve tels que les narcotiques, l'hypnose ou le détecteur de mensonge¹⁰². Les droits de la défense tout comme la liberté d'expression et le droit au respect de la vie privée sont également mobilisés afin de prohiber certains comportements attentatoires aux libertés fondamentales, mis en œuvre à des fins probatoires.

En outre, dans une optique pragmatique, il convient de souligner que l'administration d'une preuve illicite permet à la partie concernée d'en demander l'annulation.

En effet, une telle preuve est nulle et doit par conséquent être retirée du dossier de la procédure. Pour ce faire, une requête en nullité doit être déposée devant la Chambre de

¹⁰¹ Voir l'article disponible dans cette revue : « Preuve et intime conviction », Valentine PIC, Les pénalistes en herbe, revue n°13 : la preuve en droit pénal

¹⁰² Voir l'article disponible dans cette revue : « Preuves atypiques : quelles limites à leur recevabilité? », Léa DOS SANTOS, Les pénalistes en herbe, revue n°13 : la preuve en droit pénal

l'instruction¹⁰³ (si une information préparatoire est ouverte) ou devant le Tribunal correctionnel¹⁰⁴, avant toute défense au fond (si le prévenu est renvoyé devant la juridiction de jugement sans qu'aucun juge d'instruction ne soit saisi des faits). Il s'agit d'une **nullité d'ordre public avec grief présumé**, c'est-à-dire qu'il n'est pas nécessaire de prouver l'existence d'un grief pour que l'acte soit annulé¹⁰⁵.

Par suite, il y a lieu de s'attarder sur l'étendue du principe de liberté présidant à l'administration de la preuve pénale (I) avant de brosser les contours de l'exigence de loyauté ayant pour effet de restreindre ce principe (II).

I) Le principe de liberté dans l'administration de la preuve pénale

Le droit français distingue les actes juridiques des faits juridiques. Les premiers se définissent comme des manifestations de volonté ayant pour objet de créer des effets de droits et partant, d'avoir des conséquences juridiques. Ils sont soumis au **système dit de la preuve légale** c'est-à-dire que seuls les modes de preuve déterminés par la loi sont admissibles. Les seconds se définissent comme une situation de fait, volontaire ou involontaire, dont découlent des effets de droit non recherchés par l'intéressé. Ils sont soumis au **système dit de la preuve morale** c'est-à-dire que la partie sur laquelle pèse la charge de la preuve est libre de choisir l'un quelconque des moyens probatoires prévus par la loi.

Les infractions pénales sont considérées comme des faits juridiques et peuvent donc être prouvées librement.

Conformément à l'**article 427 alinéa 1 in limine du Code de procédure pénale**, « [h]ors les cas où la loi en dispose autrement, les infractions peuvent être établies par tout mode de preuve ». **Cet article, inséré dans un chapitre traitant du tribunal correctionnel, est en réalité applicable à l'administration de la preuve de toutes les infractions.** D'ailleurs, l'article 536 du Code de procédure pénale, inséré dans le chapitre relatif au tribunal de police renvoie à l'article 427. Toutefois, aucun renvoi n'est prévu s'agissant de la Cour d'assises¹⁰⁶.

Les articles 428 et suivants du Code de procédure pénale prévoient une nomenclature des différents modes de preuve recevables ainsi que leur valeur probante et la manière dont ils doivent être administrés.

Si la loi prévoit parfois qu'un certain mode de preuve peut être sollicité concernant une infraction déterminée, une telle disposition ne permet pour autant pas d'exclure, par principe, tout autre mode de preuve, par application du système dit de la preuve morale. En effet, dans

¹⁰³ art. 170 C.proc.pén.

¹⁰⁴ art. 385 C.proc.pén.

¹⁰⁵ Cass. Ass. Plén., 6 mars 2015, n°14-84.339

¹⁰⁶ Voir l'article disponible dans cette revue : « La juridiction pénale compétente : un élément déterminant dans le poids de la preuve ? », Mathilde SAUER, Les pénalistes en herbe, revue n°13 : la preuve en droit pénal

un certain nombre de cas, la loi ne fait que prévoir des modes indicatifs de preuve dans le but d'encadrer la recherche et le recueil de celle-ci. À titre d'exemple, la **preuve de la conduite sous l'empire d'un état alcoolique** peut être rapportée en procédant à des « *épreuves de dépistage de l'imprégnation alcoolique par l'air expiré* ». En sus, « *lorsque les épreuves de dépistage permettent de présumer l'existence d'un état alcoolique [il est possible de] procéder aux vérifications destinées à établir la preuve de l'état alcoolique* »¹⁰⁷. Toutefois, la Cour de cassation décide que « *ces dispositions n'interdisent [pas] aux juges de recourir [...] à tous autres moyens de preuve pour déterminer [...] si le prévenu s'est rendu coupable de ce délit* »¹⁰⁸. Pareillement la Cour décide, en matière d'excès de vitesse, que le cinémomètre (autrement appelée jumelles) n'est pas le seul moyen de prouver que le prévenu circulait à une vitesse excessive¹⁰⁹.

En conséquence, la preuve peut être, par principe, librement administrée. Pour autant, l'exigence de loyauté permet de grandement tempérer ce principe. De plus, certains modes de preuve peuvent être imposés par la loi (tel est par exemple le cas des procès-verbaux de contravention) ou interdits par la loi (tel est par exemple le cas de la correspondance échangée entre l'avocat et son client).

II) L'exigence de loyauté : limite à la liberté d'administrer la preuve

L'exigence de loyauté est l'une des composantes du droit au procès équitable tel que garanti tant par l'article préliminaire du Code de procédure pénale que par l'article 6§1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme¹¹⁰. En l'absence de définition légale, la loyauté est définie par le doyen Bouzat, comme « *une manière d'être de la recherche des preuves, conforme aux respect des droits de l'individu et à la dignité de la justice* »¹¹¹. L'appréciation de la méconnaissance du principe de loyauté varie en fonction de la qualité de celui qui administre la preuve ainsi qu'en fonction de l'objet de la preuve. Ainsi, l'exigence de loyauté n'aura pas les mêmes conséquences procédurales selon que la preuve est administrée par les autorités publiques (A) ou par une partie privée (B).

A. La preuve administrée par les autorités publiques, soumise au principe de loyauté

Par principe, l'administration et la recherche de la preuve doivent être loyales puisque les autorités publiques participent à la manifestation de la vérité. Il leur est ainsi interdit d'user de procédés déloyaux, de ruses et de stratagèmes afin qu'une preuve licite soit légalement recueillie.

¹⁰⁷ Art. L.234-3 s. du Code de la route

¹⁰⁸ Cass. Crim., 9 oct. 1984, n°84-94.114 ; Crim., 12 avril 1995, n°94-84.888

¹⁰⁹ Cass. Crim., 18 sept. 2007, n°06-89.496

¹¹⁰ Voir CEDH, 9 juin 1998, Teixeira de Castro c. Portugal pour la violation de l'article 6 de la Conv.EDH par l'intervention de policiers infiltrés dans le cadre d'une opération de répression du trafic de drogue

¹¹¹ BOUZAT (P.), La loyauté dans la recherche des preuves, in Mél. Hugueney, Sirey, 1964, p. 172.

Alors, la Cour de cassation a dégagé cette exigence de loyauté à la fin du XIX^{ème} siècle pour l'imposer d'abord au juge d'instruction¹¹² dans une affaire où le magistrat avait proposé au prévenu de dîner avec lui dans un établissement public, sans lui décliner sa qualité. La Cour de cassation a, par la suite, étendu cette exigence aux policiers agissant sur commission rogatoire¹¹³ dans une affaire où un policier avait dicté à un tiers une conversation téléphonique tenue avec l'un des prévenus. Cette exigence de loyauté s'applique désormais à tout OPJ et APJ dans l'enquête de police¹¹⁴.

Par la suite, forte d'une jurisprudence fournie concernant notamment la preuve en matière de trafic de stupéfiants, la Cour de cassation est venue à de nombreuses reprises rappeler que le recours aux stratagèmes à visée probatoire n'est pas totalement prohibé. **Elle distingue, en effet, la provocation policière à la preuve de la provocation policière à la commission de l'infraction.** Si la première est tolérée, la seconde méconnaît l'exigence de loyauté ainsi dégagée. Alors, il est fait interdiction aux policiers d'user de stratagèmes actifs provoquant à la commission d'une infraction¹¹⁵. En effet, en présence d'infractions à la législation sur les stupéfiants, les policiers pouvaient être tentés de les prouver en se présentant comme un trafiquant ou comme un acheteur de stupéfiants. Les contours de cette exigence de loyauté ont par la suite été davantage précisés dans plusieurs arrêts devenus célèbres¹¹⁶. En effet, il convient de tenir compte de la **finalité de la provocation policière.**

S'il ressort de la provocation à la commission de l'infraction que le policier a eu un rôle actif dans le passage à l'acte, la nullité de l'acte de procédure doit être prononcée, faute pour celui-ci de respecter le principe de loyauté¹¹⁷.

Procédant à l'extension de cette jurisprudence de principe, la Cour de cassation énonce même qu'est prohibé le recueil de la preuve par un stratagème dont les policiers sont à l'initiative mais qui est mis en oeuvre par l'intermédiaire d'un tiers, personne privée¹¹⁸. Le terme « **instrumentalisation** » est parfois utilisé pour décrire ce comportement des autorités publiques. Les Hauts magistrats énoncent également que cette jurisprudence s'applique lorsque la preuve est recueillie par un **agent public étranger**¹¹⁹.

¹¹² Cass. ch. réunies, 31 janv. 1888, affaire dite Wilson : " le juge V... a employé un procédé s'écartant des règles de la loyauté que doit observer toute information judiciaire"

¹¹³ Cass. Crim., 12 juin 1952, affaire Imbert

¹¹⁴ Cass. Crim., 27 février 1996, n°95-81.366

¹¹⁵ Cass. Crim., 9 août 2006 n°06-83.219 pour la cassation d'un arrêt d'une chambre de l'instruction énonçant que "le but de la mise en scène policière n'était pas de le provoquer à l'infraction mais seulement d'établir la preuve de son implication dans les faits"

¹¹⁶ Voir l'article disponible dans cette revue : « Commentaires d'arrêts de la Cour de cassation rendus en matière de liberté de la preuve pénale », Juliette SUSDOT, Les pénalistes en herbe, revue n°13 : la preuve en droit pénal

¹¹⁷ Cass. Ass. Plén., 9 déc. 2019, n°18-86.767, affaire dite de la sex-tape : "Seul est proscrit le stratagème qui, par un contournement ou un détournement d'une règle de procédure, a pour objet ou pour effet de vicier la recherche de la preuve en portant atteinte à l'un des droits essentiels ou à l'une des garanties fondamentales de la personne suspectée ou poursuivie."

¹¹⁸ Cass. Crim., 20 sept. 2016, n°16-80.820

¹¹⁹ Cass. Crim., 7 févr. 2007, n°06-87.-753 pour une provocation à la commission d'une infraction par un policier américain ayant réalisé et exploité un site internet pédophile

Dans cette jurisprudence de la chambre criminelle, un critère permettant d'apprécier la licéité du comportement tendant à l'administration de la preuve semble se dégager : **l'existence d'un contexte préexistant**. Ainsi, se pose la question de savoir si l'infraction que l'autorité publique a provoqué est une infraction unique ou si elle s'inscrit dans la droite ligne d'agissements délictueux préexistants¹²⁰.

Parallèlement à cette abondante jurisprudence, il y a lieu de relever que le **législateur est intervenu pour encadrer les provocations policières**, notamment en matière de délinquance et de criminalité organisée. Par exemple, un cadre légal a été donné aux opérations dites de livraison contrôlée¹²¹ et d'infiltration¹²² pour assurer la légalité de la preuve ainsi rapportée.

Il n'en reste pas moins qu'une seconde hypothèse permet de caractériser la déloyauté en droit de la preuve. Tout détournement ou contournement de procédure ayant pour objet ou pour effet de vicier la recherche de la preuve est prohibé.

Un contentieux a alors émergé s'agissant du **recueil de la preuve effectué au moyen d'une sonorisation**. S'agissant des locaux de garde à vue, la Cour de cassation énonce, dans deux arrêts rendus dans la même affaire, que « *le placement, au cours d'une mesure de garde à vue, durant les périodes de repos séparant les auditions, de deux personnes retenues dans des cellules contiguës préalablement sonorisées, de manière à susciter des échanges verbaux qui seraient enregistrés à leur insu pour être utilisés comme preuve, constitue un procédé déloyal d'enquête mettant en échec le droit de se taire et celui de ne pas s'incriminer soi-même et portant atteinte au droit à un procès équitable* »¹²³. L'illicéité d'un tel procédé découle alors de la **conjugaison de deux mesures d'investigation** que sont la sonorisation et la garde à vue. En effet, dans le cadre d'une détention provisoire, la Cour de cassation estime que la sonorisation de la cellule occupée par le mis en cause n'est pas déloyale¹²⁴. D'une part, elle a été ordonnée par un juge d'instruction. D'autre part, aucun stratagème n'est mis en place lors de son exécution.

Ainsi, l'exigence de loyauté permet de restreindre les modes de preuve admissibles mais la jurisprudence ne l'impose que lorsque la preuve est administrée par une autorité publique. D'ailleurs, la Cour de cassation est intervenue à de nombreuses reprises en la matière et a développé une jurisprudence abondante¹²⁵. La décision essentielle en date du 9 décembre 2019¹²⁶, rendue par l'Assemblée Plénière, en est le parfait symbole. Dans ce revirement de jurisprudence, la Cour énonce en effet qu'est proscrit « *le stratagème qui, par un*

¹²⁰ Cass. Crim., 22 juin 1994, n°92-85.123, n°92-85.124, n°92-85.637 pour une provocation licite dans un "contexte préexistant de trafic de cocaïne" ; Crim., 4 juin 2008, n°08-81.045 pour une provocation illicite en l'absence de contexte préexistant.

¹²¹ art. 706-32 C.proc.pén.

¹²² art. 706-81 C.proc.pén.

¹²³ Cass. Crim., 7 janv. 2014, n°13-85.246 et Cass. Ass. Plén., 6 mars 2015, n°14-84.339

¹²⁴ Cass. Crim., 17 mars 2015, n°14-88.351

¹²⁵ Voir l'article disponible dans cette revue : « Commentaires d'arrêts de la Cour de cassation rendus en matière de liberté de la preuve pénale », Juliette SUSSOT, Les pénalistes en herbe, revue n°13 : la preuve en droit pénal

¹²⁶ La preuve pénale à l'épreuve de la loyauté : éclairages sur l'affaire Valbuena, L'équipe LPEH, 22 mai 2020, <https://www.lespenalistesenherbe.com/post/la-preuve-p%C3%A9nale-%C3%A0-l-%C3%A9preuve-de-la-loyaut%C3%A9-%C3%A9clairages-sur-l-affaire-valbuena>

contournement ou un détournement d'une règle de procédure, a pour objet ou pour effet de vicier la recherche de la preuve en portant atteinte à l'un des droits essentiels ou à l'une des garanties fondamentales de la personne suspectée ou poursuivie ».

B. L'admission de la preuve déloyale rapportée par les parties privées

Lorsque la preuve est administrée par une partie privée, la jurisprudence de la Cour de cassation est largement plus libérale.

Le seul caractère déloyal d'une telle preuve n'a pas pour effet de permettre au juge de l'écarter des débats puisque la partie privée, à la différence des autorités publiques, n'a pas de pouvoir coercitif.

Reste que la preuve ainsi rapportée doit être **contradictoirement débattue**. Il est ainsi possible pour la partie privée de produire une preuve déloyale à condition qu'elle soit justifiée par les besoins de sa défense. Tel est par exemple le cas pour un enregistrement d'une conversation téléphonique privée¹²⁷.

Pour autant, la partie privée qui commet une infraction pénale en poursuivant un objectif probatoire pourra voir sa responsabilité pénale engagée, sauf à arguer du fait justificatif prétorien tiré de l'exercice des droits de la défense. Toutefois, cette possibilité d'exonération est enserrée dans des conditions très restrictives posées par la Cour de cassation.

En outre, dans la jurisprudence de la Cour de cassation, la déloyauté découle de la mise en œuvre d'un stratagème par l'autorité publique. Précisément, le stratagème peut être caractérisé par la conjugaison de mesures d'investigation mais surtout par l'adoption d'un comportement actif par l'autorité publique. Ainsi, l'autorité publique ne peut participer ni directement ni indirectement à l'obtention des enregistrements litigieux c'est-à-dire qu'est déloyale la preuve recueillie par une personne privée avec le concours indirect de l'autorité publique, si cette autorité adopte un comportement actif dans l'administration de la preuve. Toutefois, il est indifférent qu'une participation directe ou indirecte à l'administration de la preuve découle du comportement actif de l'autorité publique. Dans tous les cas, le principe de loyauté de la preuve serait alors méconnu.

Juliette SUSSOT

¹²⁷ Cass. Crim., 31 janv. 2007, n°06-82.383, V. déjà Cass. Ass. Plén., 7 janv. 2011, n°09-14.316 et n°09-14.667

Commentaires d'arrêts de la Cour de cassation rendus en matière de liberté de la preuve pénale

Comme énoncé précédemment, l'administration de la preuve pénale est présidée par un principe de liberté fort¹²⁸. En sus, ce principe est fréquemment envisagé par la Cour de cassation notamment dans une jurisprudence foisonnante qui permet de le limiter fermement : l'exigence de loyauté s'appliquant à l'autorité publique, restreint la liberté dans l'administration de la preuve. Ainsi, il est proposé de revenir sur plusieurs arrêts fondateurs en la matière, dans lesquels la Cour de cassation tend à définir de plus en plus précisément cette exigence et les conséquences procédurales qui s'attachent à sa méconnaissance. Ainsi, la Cour de cassation revient sur la question de la recevabilité d'une preuve déloyale rapportée par une personne privée (Cass. Crim., 11 juin 2002, n°01-85.559, affaire du testing) mais également sur la fine frontière à tracer entre la recevabilité d'une telle preuve et l'irrecevabilité de la preuve déloyale administrée grâce à l'action positive de l'autorité publique (Cass. Ass. Plén., 10 nov. 2017, n°17-82.028, affaire dite Roi du Maroc). Il ressort également de cette jurisprudence un arrêt fondateur développant la prohibition pour l'autorité publique d'administrer la preuve au moyen d'un stratagème contournant ou détournant une règle de procédure (Cass. Ass. Plén., 9 déc. 2019, n°18-86.767, affaire dite de la Sex-tape : Valbuena-Benzema)¹²⁹. Enfin et plus récemment, la Cour de cassation est venue trancher la question de savoir si la preuve déloyale est recevable lorsque les circonstances de son administration ne permettent pas de savoir qui de l'autorité publique ou de la personne privée en est à l'origine (Cass. Crim., 1 déc. 2020, n°20-82.078, affaire dite Benalla)

Affaire du testing : Cass. Crim., 11 juin 2002, n°01-85.559

Dans une affaire où il était question de prouver la commission du délit de discrimination raciale lors de la fourniture d'un service tel que réprimé par les articles 225-1 et 225-2 du Code pénal, la Cour de cassation a été saisie d'un pourvoi formé par l'association SOS Racisme.

En l'espèce, une opération de « testing » avait été réalisée par l'association. Cette opération consistait, pour des groupes de clients potentiels à se présenter à l'entrée de boîtes de nuit pour démontrer que l'accès à celles-ci par les portiers était différencié selon l'origine

¹²⁸ Voir l'article disponible dans cette revue : « Une liberté à géométrie variable présidant à l'administration de la preuve pénale », Juliette SUSSOT, Les pénalistes en herbe, revue n°13 : la preuve en droit pénal

¹²⁹ La preuve pénale à l'épreuve de la loyauté : éclairages sur l'affaire Valbuena, L'équipe LPEH, 22 mai 2020, <https://www.lespenalistesenherbe.com/post/la-preuve-p%C3%A9nale-%C3%A0-l-%C3%A9preuve-de-la-loyaut%C3%A9-%C3%A9clairages-sur-l-affaire-valbuena>

ethnique des membres desdits groupes. Trois groupes ont été établis. Le premier était constitué d'une femme et de deux hommes d'origine maghrébine. Les deux autres étaient constitués d'une femme et d'un homme d'origine européenne. Seul le premier groupe s'était vu refuser l'entrée des discothèques ainsi « testées ». Cette pratique consiste donc à présenter plusieurs personnes de diverses origines pour matérialiser des réponses différentes des portiers en fonction, précisément, de l'origine ethnique et partant, permet de caractériser une discrimination fondée sur l'appartenance ethnique.

Il était avancé que cette pratique anglo-saxonne est déloyale et ne peut être admise conformément au principe de loyauté limitant la liberté de l'administration de la preuve pénale. La Cour d'appel de Montpellier retient que le procédé de « testing » est illicite puisqu'il n'offre « aucune transparence » et méconnaît le principe de loyauté, les droits de la défense et le droit à un procès équitable.

Au visa de l'article 427 du Code de procédure pénale, la Cour de cassation rend un arrêt de cassation partielle et énonce classiquement que « aucune disposition légale ne permet aux juges répressifs d'écarter les moyens de preuve produits par les parties au seul motif qu'ils auraient été obtenus de façon illicite ou déloyale ». Si elle ne consacre pas explicitement la légalité d'un tel procédé, la Cour rappelle toutefois sa jurisprudence constante et censure la décision des juges du fond.

Consécutivement à cette décision, un article 225-3-1 a été inséré dans le Code pénal par la loi n°2006-396 du 31 mars 2006. Il énonce que le délit de discrimination est caractérisé même s'il est commis « à l'encontre d'une [personne ayant pour] but de démontrer l'existence du comportement discriminatoire ». Une QPC a été déposée sans être renvoyée au Conseil constitutionnel faute de caractère sérieux (Cass. Crim., 4 févr. 2015, n°14-90.048).

Affaire dite Roi du Maroc :

Cass. Ass. Plén., 10 nov. 2017, n°17-82.028

Dans cette affaire, l'assemblée plénière de la Cour de cassation revient sur l'étendue de l'exigence de loyauté imposée en matière d'administration de la preuve pénale.

En l'espèce, des faits de chantage et d'extorsion de fonds au préjudice du Roi du Maroc étaient reprochés aux prévenus. À des fins probatoires, une conversation a notamment été enregistrée entre le représentant du Royaume du Maroc et l'auteur d'un livre intitulé « *Le Roi prédateur* », paru en 2012. Au cours de cette conversation, le paiement d'une importante somme d'argent avait été sollicité contre l'engagement solennel de ne publier aucune information compromettante dans un nouvel ouvrage consacré au souverain.

Là où le bât blesse, c'est que les enquêteurs, informés par le représentant du Royaume du Maroc des dates et lieux des rendez-vous, avaient procédé à des opérations de surveillance. En outre, le représentant avait remis aux policiers les enregistrements qu'il avait réalisés à l'occasion des conversations tenues avec les prévenus ; les enquêteurs les ayant retranscrits

sur procès-verbal et étant restés en contact régulier avec lui pendant les rendez-vous. Aussi, l'autorité judiciaire avait procédé à l'interpellation des mis en cause dès la fin du dernier rendez-vous.

Le point de crispation, quant à la légalité du procédé ainsi utilisé, tient au fait que les policiers auraient eu un rôle actif dans le recueil de la preuve obtenue de manière déloyale, en raison d'un enregistrement clandestin. Il est toutefois argué que la participation des enquêteurs n'est qu'indirecte. Partant, le principe de loyauté de la preuve pénale n'aurait pas été méconnu.

Alors, la participation indirecte des policiers à l'enregistrement litigieux réalisé par une partie privée caractérise-t-elle une méconnaissance de l'exigence de loyauté et partant, vicie-t-elle la preuve ainsi produite ?

Dans cette affaire, la chambre criminelle de la Cour de cassation a d'abord rappelé que la participation de l'autorité publique à l'administration d'une preuve obtenue de façon illicite ou déloyale par une partie privée porte atteinte au principe de loyauté de la preuve pénale¹³⁰. Elle censure la décision de la chambre de l'instruction de la cour d'appel de Paris ayant refusé d'annuler lesdits enregistrements de conversations privées. Puisque l'autorité publique avait participé indirectement à l'obtention desdits enregistrements, par un particulier, la preuve était déloyale.

La chambre de l'instruction de renvoi a, à nouveau, rejeté les requêtes en annulation de pièces de la procédure pour déloyauté de la preuve puisque les enquêteurs n'ont pas eu un rôle actif. Leur seul comportement passif constitutif d'un « *laisser faire* » ne permet pas de caractériser un acte constitutif d'une véritable implication, viciant la recherche de la preuve.

L'Assemblée plénière considère qu'en l'absence de participation directe ou indirecte de l'autorité publique à l'obtention des enregistrements litigieux, **l'exigence de loyauté de la preuve n'avait pas été méconnue** : les enquêteurs se sont contentés de retranscrire les enregistrements clandestins obtenus par la partie privée et de procéder à une opération de surveillance menant à l'interpellation des prévenus. Le stratagème employé par les policiers permettait de constater l'existence de l'infraction et ne vicie pas, en lui-même, le recueil de la preuve. Ainsi, l'Assemblée plénière rappelle que seule la provocation à la commission de l'infraction de la part des agents de l'autorité publique constitue une violation du principe de loyauté de la preuve pénale.

Sur le fond, dans cette affaire, les deux prévenus ont été renvoyés devant le Tribunal correctionnel qui les a condamnés, le 14 mars 2023, à un an d'emprisonnement assorti du sursis et à 10 000€ d'amende. Ils ont immédiatement interjeté appel.

¹³⁰ Cass. Crim., 20 septembre 2016, n°16-80.820

Affaire dite Benalla : Cass. Crim., 1 déc. 2020, n°20-82.078

Une nouvelle fois, la Cour de cassation a été amenée à statuer s'agissant de la question (épineuse) du respect du principe de loyauté de la preuve s'agissant d'enregistrements réalisés par un particulier, transmis à l'autorité publique et retranscrits par les policiers.

En l'espèce, M. Benalla a été mis en examen des chefs d'immixtion dans l'exercice d'une fonction publique et de violences volontaires en réunion sans incapacité temporaire de travail. Au titre des obligations lui incombant en raison de son placement sous contrôle judiciaire par le juge d'instruction, le prévenu a l'interdiction d'entrer en contact avec les quatre autres mis en examen.

Or, un enregistrement sonore démontrant que deux des mis en examen se sont rencontrés, violant ainsi les obligations de leur contrôle judiciaire, a été publié par Médiapart. Les fichiers audio originaux sont remis aux enquêteurs par les journalistes. Néanmoins, ils arguent de leur droit à la protection des sources tel que prévu par la loi du 29 juillet 1881. Des investigations aux fins d'authentification des enregistrements et reconnaissance des voix sont réalisées pour établir l'origine des fichiers. En vain. Les enregistrements sonores sont postérieurement versés au dossier de la procédure.

Le mis en examen saisit la chambre de l'instruction d'une requête en nullité du PV de versement estimant que le principe de loyauté a été méconnu en se fondant sur l'article 6 Conv.EDH et l'article préliminaire du Code de procédure pénale. La requête est rejetée puisque le principe de loyauté ne s'applique pas aux journalistes, personnes privées.

Le pourvoi développe une argumentation selon laquelle la chambre de l'instruction n'avait pas déterminé la source des enregistrements litigieux. Partant, elle ne pouvait pas retenir que la preuve ainsi obtenue était loyale car elle ne pouvait affirmer qu'elle avait été recueillie par un particulier ou par un agent de l'autorité publique. Or, puisque le régime juridique varie en fonction de la qualité de celui qui administre la preuve, la requête en nullité n'aurait pas dû être rejetée. En effet, l'impératif de loyauté dans l'administration de la preuve pénale ne s'impose qu'aux agents de l'autorité publique.

Quid lorsque l'origine de la preuve et les conditions de recueil de celle-ci sont demeurées incertaines ? Dans cet arrêt de rejet, la Cour de cassation énonce que le fait que les enregistrements ont été remis aux enquêteurs par des journalistes n'est pas de nature à exclure que l'autorité publique a concouru à la réalisation de ces enregistrements. Néanmoins, **leur versement au dossier n'est pas irrégulier au seul motif que les conditions de leur recueil sont restées incertaines.** Ainsi, l'absence de certitude quant à l'intervention d'un agent de l'autorité publique dans le recueil de la preuve, n'est pas de nature à permettre l'annulation du procès-verbal de versement.

Juliette SUSSOT

Partie 3. L'appréciation des preuves pénales

La juridiction pénale compétente : un élément déterminant dans le poids de la preuve ?

La preuve permet d'établir la vérité, d'emporter l'intime conviction du juge, voire des jurés. Elle est apportée devant les juridictions pénales afin de caractériser la culpabilité ou l'innocence de l'individu soupçonné d'avoir porté atteinte à l'ordre public. Ces atteintes peuvent être de trois types, en fonction de leur gravité. De la plus grave à la moins grave, les infractions sont catégorisées¹³¹ en tant que crime, délit, ou contravention¹³². Cette classification détermine la juridiction pénale compétente pour les juger, le Tribunal de police pour les contraventions¹³³, le Tribunal correctionnel pour les délits¹³⁴, et la Cour d'assises¹³⁵ ou la Cour criminelle départementale¹³⁶ pour les crimes, par principe. La distinction entre ces deux juridictions criminelles est que la Cour criminelle départementale ne sera compétente que pour les personnes majeures accusées d'un crime puni de 15 ou 20 ans de réclusion criminelle, en dehors d'un cas de récidive légale, en premier ressort. Les autres crimes, et ceux commis en récidive, ou en instance d'appel, sont de la compétence de la Cour d'assises. Il est à préciser, qu'aux côtés de ces juridictions de droit commun existent des juridictions d'exception, comme le Tribunal pour enfants pour juger, par principe, les délits des mineurs, ou encore, la Cour de justice de la République pour juger les actes commis par les membres du Gouvernement dans l'exercice de leur fonction. Ces juridictions d'exception ne seront pas traitées, il s'agira de voir les différences entre les juridictions de droit commun.

Ces différentes juridictions ont des compositions distinctes, pouvant aller d'une juridiction à juge unique, à une juridiction avec trois magistrats et un jury populaire, en passant par la collégialité exercée par trois magistrats.

Cette composition intéresse la preuve, en ce que la formation de l'instance est décisionnaire du poids de celle-ci. En effet, la preuve pénale est libre en droit français¹³⁷.

Dès lors, par principe, le juge ne peut exclure un mode de preuve, sauf prescription légale contraire. Cette liberté a pour corollaire le principe du contradictoire, ainsi la discussion de

¹³¹ Art. 111-1 C.pén.

¹³² Sur ce point, voir : Focus n°2 *La distinction entre crimes, délits et contraventions*, Adélie Jeanson-Souchon, 27 mai 2021, <https://www.lespenalistesenherbe.com/focus>

¹³³ Art. 521 C.proc.pén.

¹³⁴ Art. 381 C.proc.pén.

¹³⁵ Art. 231 C.proc.pén.

¹³⁶ Art. 380-16 C.proc.pén.

¹³⁷ Art. 427 C.proc.pén.

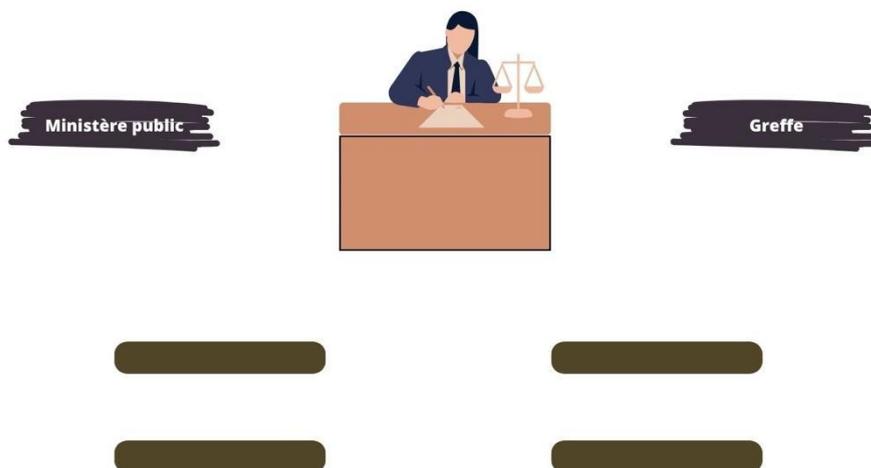
ces preuves, pour convaincre du caractère probant de l'élément. En effet, la preuve est libre, cependant la valeur et la portée des moyens rapportés et discutés à l'audience restent soumis à la souveraine appréciation des juges¹³⁸.

Par conséquent, la juridiction de jugement saisie est un élément à prendre en considération au regard du poids de la preuve apportée.

En quoi la composition de la juridiction pénale impacte-t-elle le poids de la preuve ?

Chaque juridiction a ses spécificités procédurales, propres à son domaine de compétence, qui peuvent influencer l'appréciation des moyens de preuve par le(s) juge(s). Également, certaines fragilités probatoires sont communes à toutes les juridictions. Néanmoins, le corps de règles générales aux jugement pénaux assure que chaque décision respecte le principe de légalité.

Le tribunal de police



Cette juridiction est composée d'un magistrat qui préside l'audience¹³⁹, elle est compétente pour les contraventions.

La preuve d'une contravention est constituée généralement par **procès-verbal** ou par **rapports** ou par **témoins** à défaut de rapports et procès-verbaux, ou à leur **appui**¹⁴⁰. Ce mode de preuve par procès-verbal est particulier en ce qu'il constitue une **présomption légale**. Sauf disposition légale contraire, les procès-verbaux et rapports établis par un agent habilité, ayant personnellement constaté l'infraction (comme un officier de police judiciaire) valent

¹³⁸ Cass. Crim., 23 janvier 1964 n°62-92.440 ; Cass. Crim., 28 oct 1975 n°74-93.413 ; Cass. Crim., 28 juin 1995 n°94-85.684

¹³⁹ Art. 523 C.proc.pén.

¹⁴⁰ Art. 537 C.proc.pén.

jusqu'à preuve contraire¹⁴¹. Cette position a été réaffirmée dans une décision de la Chambre criminelle du 13 mars 2012¹⁴². Le juge sera tenu de considérer ces éléments procéduraux comme probants, et ne pourra les infirmer de sa propre initiative. Le prévenu supportera la charge de la preuve contraire, par le biais des procédés cités à l'article 537 du Code de procédure pénale, selon un arrêt du 15 février 2000¹⁴³. En dehors des cas de cet article, la preuve peut être établie par tout moyen.

De plus, le président **n'est pas tenu de motiver sa décision sur le fond, ni sur la peine**. Une décision du 22 octobre 2008 de la Cour de cassation précise expressément que le président du Tribunal de police n'est pas tenu de motiver spécialement le montant d'une amende choisi¹⁴⁴. Sur le fond, si le magistrat « estime » que le fait constitue une contravention, il peut prononcer une peine¹⁴⁵. Sa seule obligation est de vérifier que le fait poursuivi constitue une contravention¹⁴⁶.

Par conséquent, les règles de procédure pénale propres au Tribunal de police facilitent l'apport de preuve pour la répression des contraventions, d'autant que le magistrat ne se verra pas incombent l'obligation de motiver sa décision.

Ces éléments peuvent s'expliquer par la faible hauteur des peines encourues pour ce type d'infraction.

¹⁴¹ Voir l'article disponible dans cette revue : « Les procès-verbaux de constat : une super preuve ? », Juliette SUSSOT, Les pénalistes en herbe, revue n°13 : la preuve en droit pénal

¹⁴² Cass. Crim., 13 mars 2012 n°11-84.892

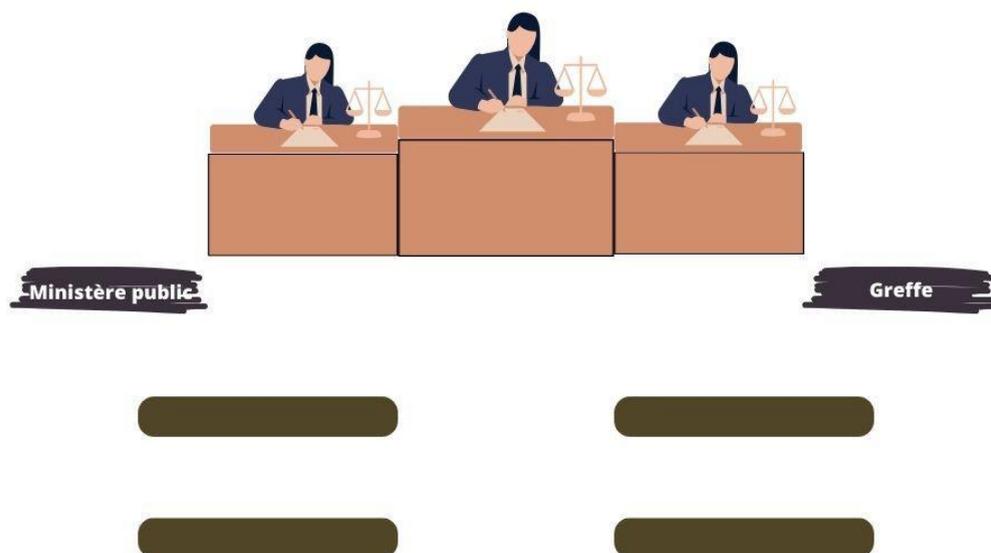
¹⁴³ Cass. Crim., 15 février 2000 n°99-83.971

¹⁴⁴ Cass. Crim., 22 octobre 2008 n°07-88.111

¹⁴⁵ Art. 539 C.proc.pén.

¹⁴⁶ Cass. Crim., 31 mai 2005 n°04-86.384

Le tribunal correctionnel



Le Tribunal correctionnel est la juridiction compétente pour juger des délits, et des contraventions connexes, en dehors des cas où la loi en dispose autrement. Il est composé de trois magistrats, soit un président et deux assesseurs. Si le procès va engendrer de longs débats, le président du tribunal judiciaire pourra désigner des magistrats supplémentaires pour assister aux débats. Inversement, pour certaines infractions listées à l'article 398-1 du Code de procédure pénale, la composition du Tribunal correctionnel sera à juge unique. Cette formation pourra toutefois, d'office ou sur demande des parties ou du ministère public, renvoyer l'affaire à la formation collégiale si l'affaire est complexe¹⁴⁷.

Au cours de l'audience en formation collégiale les assesseurs pourront poser des questions concernant les moyens de preuve apportés. Cette possibilité permet de discuter de la valeur d'un moyen de preuve, et ainsi de renforcer leur conviction.

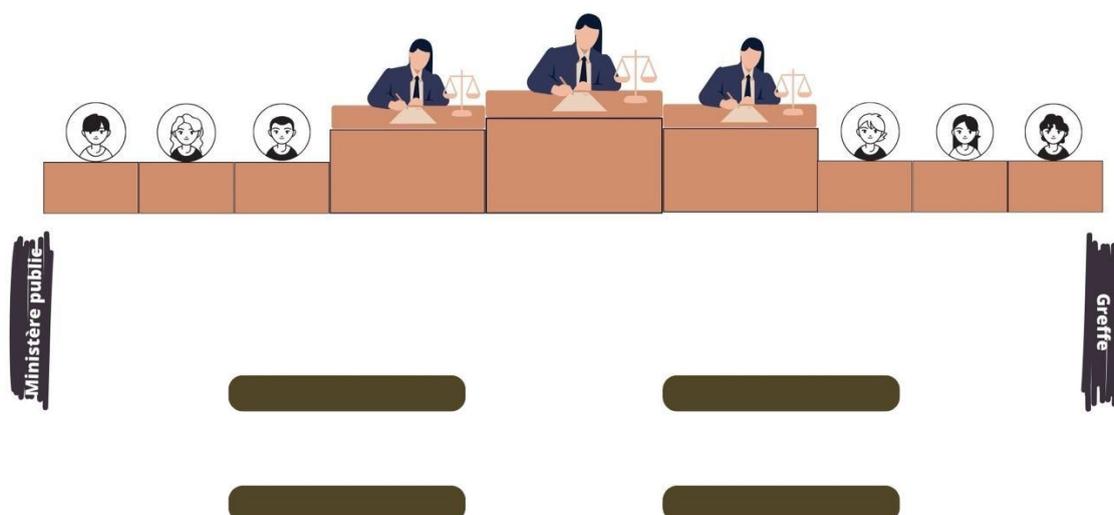
L'unique exception aux principes attachés à la preuve pénale est **l'existence de présomptions**. En effet, la jurisprudence a dégagé des présomptions pour certains modes de preuve, que les juges pourront d'office considérer comme ayant une force probante. C'est le cas, par exemple, des pièces issues d'une autre procédure soumise à la contradiction des parties¹⁴⁸.

Ainsi, comme devant le Tribunal de police, certaines preuves ne seront pas soumises à l'appréciation des juges, elles seront immédiatement considérées comme probantes.

¹⁴⁷ Art. 398-3 al. 3 C.proc.pén.

¹⁴⁸ Cass. Crim., 19 décembre 1973 n°73-90.924

La Cour d'assises



La Cour d'assises est la formation compétente pour juger les crimes, en dehors du champ de compétence de la Cour criminelle départementale. Elle est composée de trois magistrats, soit un président, et deux assesseurs, mais également, d'un jury criminel. Le jury est composé de six personnes en première instance, et de neuf en appel¹⁴⁹.

Il s'agit d'une juridiction singulière, au regard de son jury populaire et de sa procédure pénale propre. Notamment, **les jurés en ce qu'ils sont le symbole de la démocratie participative**. Dès lors, l'appréciation des moyens de preuve et leur poids dans la décision à venir sont d'autant plus particuliers puisque la composition de la juridiction est bien plus étendue dans son effectif et dans sa diversité.

L'oralité a une place primordiale durant les procès d'assises. Elle prime sur la procédure écrite, ce qui fait état du caractère accusatoire des procès pénaux. La conviction de la cour ne pourra se fonder que sur les débats oraux tenus devant lui. Ainsi, la conviction des jurés reposera exclusivement sur les débats¹⁵⁰. Ce principe est une règle d'ordre public. Dès lors, il sera nécessaire pour les parties d'évoquer tous les points qu'elles estiment nécessaires à l'audience afin de s'assurer qu'ils soient considérés dans le délibéré.

L'appréciation de la preuve est dépendante de sa présentation et démonstration orale lors de l'audience. Même s'il est à noter que des pièces écrites peuvent être lues au cours des débats.

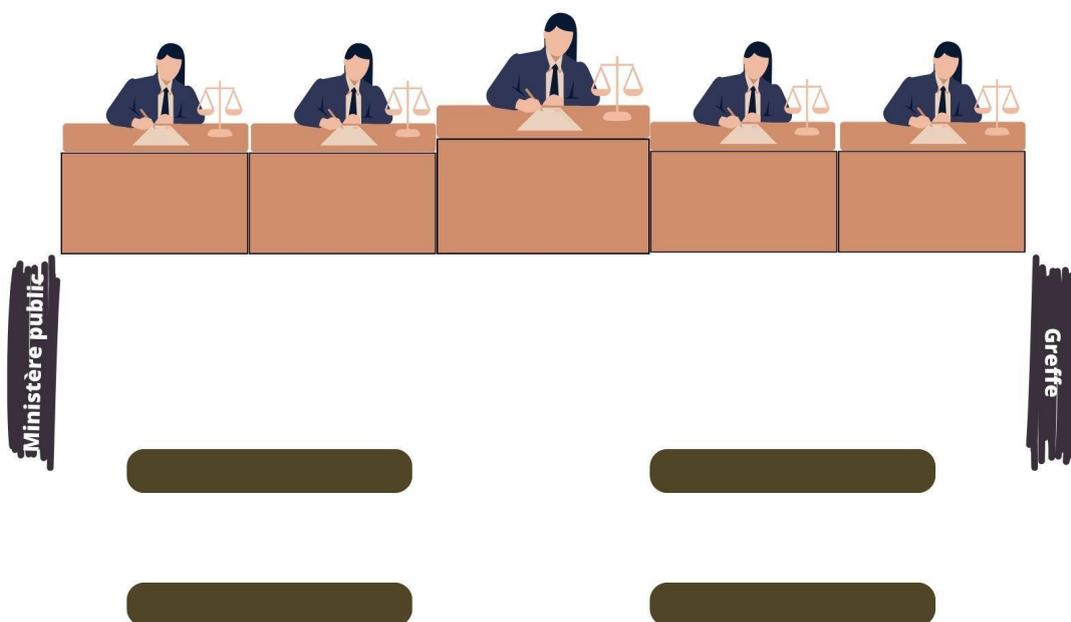
Une autre particularité de cette juridiction tient à la **motivation de l'arrêt** rendu. En effet, pendant longtemps la Cour d'assises n'était pas tenue de motiver ses décisions en raison du jury populaire. Cette absence de motivation rendait opaque le poids des preuves apportées à l'audience, et dès lors, leur impact sur l'intime conviction de la cour. Dans un premier temps,

¹⁴⁹ Art. 240 C.proc.pén.

¹⁵⁰ Cass. Crim., 7 janvier 1841

le Conseil constitutionnel avait estimé que cette absence de motivation ne constituait pas une violation du droit à un procès équitable¹⁵¹. Dans un second temps, la loi du 10 août 2011 est venue modifier les articles 353 et 365-1 du Code de procédure pénale pour exiger une motivation des décisions rendues par les Cours d'assises. En effet, il s'agit de la feuille de motivation venant énoncer les principaux éléments ayant convaincu de l'acquittement ou de la culpabilité de l'accusé, et dans ce dernier cas, de la peine prononcée à son encontre¹⁵². Il s'agit d'un véritable progrès pour la compréhension des décisions, mais également, pour la transparence dans la prise en considération des moyens de preuve.

La Cour criminelle départementale



La Cour criminelle départementale est compétente pour juger les personnes majeures accusées d'un crime puni de 15 ans ou de 20 ans de réclusion criminelle, en dehors des cas de récidive légale, en premier ressort. Elle se compose de cinq magistrats professionnels, dont deux d'entre eux peuvent être des magistrats honoraires ou des magistrats exerçant à titre temporaire.

Il s'agit d'une **juridiction pénale récente**. Elle a été introduite à titre expérimental par l'article 63 de la loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice. Elle a été généralisée le 1^{er} janvier 2023¹⁵³. Sa particularité est de **supprimer le jury populaire** pour le jugement des crimes de sa compétence.

¹⁵¹ QPC 1^{er} avril 2011

¹⁵² QPC 2 mars 2018 n°2017-694

¹⁵³ Loi n°2021-1729 22 décembre 2021 pour la confiance dans l'institution judiciaire

Suite à un rapport d'octobre 2022¹⁵⁴, plusieurs éléments concernant la preuve sont à relever. D'une part, **les débats sont plus centrés sur les aspects techniques et juridiques.**

Ce constat permet d'estimer que l'appréciation des moyens de preuve est plus précise qu'au sein de la Cour d'assises puisque seuls des professionnels y sont confrontés.

D'autre part, la composition de cette juridiction permettrait **d'éviter des aléas judiciaires**, parfois constatés devant la Cour d'assises. Ainsi, cette juridiction assurerait une appréciation plus constante et uniforme des preuves que la Cour d'assises.

De même, l'association France Victimes suite à ce rapport d'octobre 2022 s'est exprimée sur cette juridiction¹⁵⁵. Elle a précisé que **les victimes sont moins inquiétées de témoigner** devant cette juridiction que devant la Cour d'assises puisque le nombre de personnes présentes y est moins important, ce qui assure un « meilleur » témoignage et ainsi, une preuve de meilleure qualité. Également, il y a **moins d'effort pédagogique** à fournir pour expliquer certains éléments de preuve compte tenu du fait qu'il n'y a plus de jury. Enfin, les juges ont accès au dossier de la procédure, contrairement aux jurés d'assises, ce qui facilite l'appréhension de l'affaire.

Cette nouvelle juridiction est encore source de controverses, néanmoins il semblerait que l'aspect probatoire y est plus précis et plus simple à délivrer et à recevoir.

Une liberté d'appréciation encadrée par la légalité

Le droit pénal français, contrairement à celui d'autres pays, ne repose pas sur un système de preuve légale, il repose sur la preuve morale, soit **l'intime conviction** des juges, voire des jurés¹⁵⁶. Ainsi, il n'y a aucune classification des preuves, le juge apprécie souverainement la valeur des preuves fournies.

Le juge rend une décision eu égard aux éléments de preuve devant exclure tout doute sur la culpabilité d'un individu. Ainsi, le juge dispose d'une **grande liberté dans l'appréciation des moyens de preuve** qui lui sont soumis.

Toutefois, il convient de rappeler que ce système de l'intime conviction n'est pas sans limite, puisqu'en effet la procédure pénale impose divers principes à respecter pour assurer la légalité du procès.

¹⁵⁴ Rapport du comité d'évaluation et de suivi de la cour criminelle départementale – octobre 2022

¹⁵⁵<https://france-victimes.fr/index.php/informations-pratiques/1245-rapport-du-comite-d-evaluation-et-de-suivi-de-la-cour-criminelle-departementale>

¹⁵⁶Voir l'article disponible dans cette revue : « Preuve et intime conviction », Valentine PIC, Les pénalistes en herbe, revue n°13 : la preuve en droit pénal

L'appréciation de la preuve pénale est libre, tout en étant soumise à des principes et obligations, afin d'en assurer la légalité.

Le principe au cœur de la justice pénale est celui du **contradictoire**. Le juge répressif ne doit fonder sa décision que sur des preuves produites aux débats et, soumises à la libre discussion des parties¹⁵⁷.

Également, le procès pénal est soumis à la **publicité des audiences**, sauf en cas de huis clos. Selon la CEDH, « *la publicité des débats est un principe fondamental qui protège les justiciables contre une justice secrète échappant au contrôle du public et constitue l'un des moyens de contribuer à préserver la confiance dans les cours et les tribunaux* »¹⁵⁸.

Par conséquent, l'appréciation de la preuve peut varier selon les juridictions pénales, du fait de leur composition, mais également, compte tenu des particularités procédurales qui leur sont attachées.

Toutefois, dans un souci de légalité, la procédure pénale garantit des principes immuables pour limiter les divergences d'appréciation d'une juridiction à une autre. À noter que ces divergences d'appréciation peuvent se justifier par la différence de gravité des infractions dont ces juridictions ont à connaître.

Ainsi, des divergences sont à relever, sans pour autant que celles-ci ne constituent un problème puisqu'elles peuvent être justifiées, et sont encadrées.

Mathilde SAUER

¹⁵⁷ Art. 427 al. 2 C.proc.pén.

¹⁵⁸ CEDH 24 novembre 1997 Szücs et Werner contre Autriche

Preuve et intime conviction

« Sous réserve de l'exigence de motivation de la décision, la loi ne demande pas compte à chacun des juges et jurés composant la cour d'assises des moyens par lesquels ils se sont convaincus, elle ne leur prescrit pas de règles desquelles ils doivent faire particulièrement dépendre la plénitude et la suffisance d'une preuve ; elle leur prescrit de s'interroger eux-mêmes dans le silence et le recueillement et de chercher, dans la sincérité de leur conscience, quelle impression ont faite, sur leur raison, les preuves rapportées contre l'accusé, et les moyens de sa défense. La loi ne leur fait que cette seule question, qui renferme toute la mesure de leurs devoirs : "Avez-vous une intime conviction ?" »¹⁵⁹.

Également, l'intime conviction est rappelée à l'article 427 du Code de procédure pénale selon lequel la preuve est libre. A ce titre, *"le juge décide d'après son intime conviction."*

L'intime conviction est le principe de jugement qui guide les juges et jurés afin de déterminer la culpabilité et la responsabilité de l'accusé dans l'acte qui lui est reproché¹⁶⁰. A ce titre, l'intime conviction prend le pas sur les preuves matérielles. En effet, il s'agit d'une preuve morale¹⁶¹ qui relève du for intérieur de chacun, de sa persuasion propre. De cette manière, il n'existe pas de hiérarchie probatoire, l'appréciation des preuves est libre. Par ailleurs, il existe malgré tout certaines limites à la suprématie de l'intime conviction qu'il conviendra d'évoquer (II), après avoir envisagé le contenu de ce principe (I).

I) L'intime conviction : contours et contenus

En premier lieu, l'intime conviction est un concept qui est apparu lors de la Révolution française. Cette époque est fortement empreinte de la philosophie des Lumières centrée sur l'Être et la Raison. Ainsi, puisque à partir de la Révolution la justice ne sera plus rendue au nom du Roi, mais au nom du peuple, l'intime conviction est une forme ligne de conduite à tenir pour rendre la justice. C'est la conviction personnelle de la culpabilité d'un individu qui permet de le condamner, notamment au regard d'éléments divers et variés, aussi bien objectifs que subjectifs, ayant été débattus.

¹⁵⁹ Art. 353 C.proc.pén.

¹⁶⁰ Catherine Esnard, Rafaele Dumas, L'intime conviction entre cadres légaux, représentation et pratique chez les magistrats et jurés en cour d'assises, Bulletin de psychologie n°559 (2019)

¹⁶¹ La preuve morale doit son nom à la grande latitude et liberté laissée au juge pour apprécier les preuves. En opposition à la preuve matérielle qui se cantonne plutôt à hiérarchiser les modes de preuves.

Ainsi, il ne faut pas se méprendre : l'intime conviction ne permet pas de prononcer une décision de culpabilité sans preuve. Grâce aux éléments apportés aux juges et jurés, ces derniers n'ont pas à rendre compte de la manière dont ils se sont convaincus. Les preuves apportées doivent permettre de forger leur propre conviction. Sans preuve, il n'y a pas d'intime conviction, sinon il s'agirait d'arbitraire.

La loi du 15 juin 2000 a, par ailleurs, modifié certaines pratiques afin de permettre aux juges de disposer d'un maximum d'éléments nécessaires à leur appréciation. C'est notamment le cas de la pratique du « SI » signifiant « sur interpellation », lorsque cette inscription était annotée sur un procès-verbal, cela remplaçait la question qui était posée par l'enquêteur. Désormais, la question précisément posée à l'intéressée doit être retranscrite afin de permettre une appréciation plus complète par le juge compétent¹⁶².

De cette manière, la liberté de la preuve appartient à la fois aux parties et aux juges. Une liberté d'administrer pour les parties, et une liberté d'appréciation pour le juge.

« La loi n'a point prescrit au juge de n'employer que telles ou telles preuves ; elle en a spécifié quelques-unes, elle n'en a exclu aucune... Toutes les preuves, quelle que soit leur nature, (...) sont simplement offertes à l'appréciation du juge, qui est libre de puiser son opinion aussi bien dans une preuve négative, conjecturale et imparfaite, que dans une preuve affirmative, directe et complète. »¹⁶³

II) L'intime conviction et ses obstacles

Par ailleurs, l'intime conviction va se heurter à de nombreux obstacles, notamment celui de l'exigence de motivation des décisions de juridictions qui va particulièrement toucher la cour d'assises (A). Par ailleurs, il faudra également envisager les obstacles que le législateur a imposé (B).

En matière criminelle, les jurés n'ont pas à rendre compte de la manière dont ils se sont convaincus (Art 353 C. Proc. pén.), cette opacité porte atteinte à l'exigence de motivation consacrée par le législateur. Il convient de s'intéresser aux différentes positions jurisprudentielles pour aboutir au consensus actuel.

À titre liminaire, il est important de préciser qu'il existe d'autres exemples d'obstacles à l'intime conviction. Ceux qui sont envisagés ici permettent à la fois d'envisager des aspects spéciaux de procédure pénale, mais aussi de renvoyer à la lecture de thématiques plus précises sur les questions probatoires qui paraîtront dans la revue.

¹⁶² Serge Guinchard et Jacques Buisson, Procédure pénale, 14^e édition, LexisNexis

¹⁶³ Faustin Hélie, Traité de l'instruction criminelle : ou théorie du code d'instruction criminelle, 1866

A. L'exigence de motivation incombant aux juridictions

Si l'intime conviction demeure être un principe fondamental dans l'appréciation des preuves pénales et au regard de la liberté de la preuve, elle se voit être un premier obstacle face à l'exigence de motivation requise pour justifier une condamnation. L'intime conviction se caractérise avant tout par son aspect moral, intime et personnel. Mais elle doit être confrontée à certaines garanties judiciaires exigeant qu'elle soit fondée. Ainsi, lors des audiences devant la cour d'assises, l'article 353 du Code de procédure pénale n'exige pas, pour les jurés, de s'exprimer sur la manière dont ils se sont convaincus. De cette manière, les délibérations étant secrètes, cela a pu interroger sur la question de la motivation des arrêts.

- 1^{er} temps, l'intervention de la Cour européenne des droits de l'Homme

L'article 6-1 de la Conv. EDH oblige les tribunaux à motiver leurs décisions au nom du droit à un procès équitable. Par un arrêt célèbre dit Taxquet c/ Belgique du 13 janvier 2009, la CEDH rappelle que le public, et évidemment l'accusé doivent comprendre le verdict qui a été rendu. Étant une garantie fondamentale visant à lutter contre l'arbitraire¹⁶⁴. Ainsi des questions trop vagues et générales ne permettent pas au requérant de savoir quels éléments de preuve ont conduit les jurés à se prononcer dans un sens plutôt que dans un autre.

- 2^{ème} temps – La réponse du Conseil constitutionnel

Par une décision du 2 mars 2018, le Conseil constitutionnel a pu considérer que le choix de la peine par la Cour d'assises consiste en l'énoncé des principaux éléments à charge qui sont reprochés à l'accusé. Par ailleurs, ces dispositions ont été reprises par le législateur à l'article 365-1 du Code de procédure pénale¹⁶⁵.

- 3^{ème} temps – La position de la Cour de cassation

La Cour de cassation a, par de nombreux arrêts, forgé le régime exigible concernant la motivation des arrêts d'assises au regard du principe de l'intime conviction. La Cour exige que les questions caractérisent les principaux éléments à charge. Ayant convaincu les juges et jurés de la culpabilité de l'accusé, ces différents éléments doivent ainsi paraître dans la feuille de motivation¹⁶⁶. À défaut, en cas d'absence de ces informations, la Cour de cassation, a pu considérer que la décision n'était pas justifiée¹⁶⁷.

Le principe relatif à la liberté d'appréciation des preuves peut aussi se heurter à l'impératif de légalité probatoire.

B. L'intime conviction au défi de la légalité

1. Le respect du principe du contradictoire

¹⁶⁴ Jacques Buisson, Preuves-Moyens de la preuve, Répertoire de droit pénal et de procédure pénale (Octobre 2020)

¹⁶⁵ Loi n°2011-939 du 10 août 2011

¹⁶⁶ Cass. Crim., 9 janv. 2003, n° 12-81.626, Bull. crim. n° 1

¹⁶⁷ Cass. Crim., 16 déc. 2015, Bull. crim. n° 307

Aux termes de l'article 427 alinéa 2 du Code de procédure pénale, le juge répressif doit se fonder sur des éléments qui ont été débattus : c'est le principe du contradictoire. De cette manière, un juge ne peut fonder une condamnation sur des connaissances personnelles¹⁶⁸, qui n'ont pas fait l'objet de débats lors de l'audience et n'ont pas été soumises à la libre discussion des parties¹⁶⁹.

Le principe du contradictoire s'avère ainsi très pertinent. En effet, le rôle des expertises et contre-expertises peut, avec les mêmes faits, appuyer des éléments à charge ou à décharge¹⁷⁰. Enfin, les juges et jurés se rapportent à leur intime conviction pour déterminer la thèse qui les a le plus convaincus.

2. Les preuves rapportées par les autorités

a. Les procès-verbaux de constat

Certains procès-verbaux de constat bénéficient d'une valeur probante jusqu'à preuve du contraire. De cette manière, les faits relatés par ces PV, lorsqu'ils ont été rédigés par les agents compétents ayant personnellement constaté l'infraction, valent vérité jusqu'à ce que la preuve du contraire soit rapportée (art. 431 C.proc.pén.). A l'inverse des preuves rapportées par les particuliers qui sont laissées à la libre appréciation des juges, là où les PV de constat disposent d'une valeur probante renforcée ne pouvant être contournée par les juges. Cela mène à admettre qu'il existe une forme de hiérarchie des preuves, en ce que certaines valent plus que d'autres au regard de ce caractère probatoire renforcé¹⁷¹.

b. Les preuves irrecevables

Malgré le principe de la liberté de la preuve énoncée à l'article 427 du Code de procédure pénale, toutes les preuves ne sont pas recevables et certaines doivent être écartées. C'est notamment le cas des preuves déloyales apportées par les autorités publiques. Celles-ci sont plus sévèrement restreintes par le principe de légalité. De cette manière, lorsque des preuves sont apportées, par les autorités, de manière à détourner un acte de procédure, à provoquer une infraction ou à porter une atteinte excessive à la vie privée d'un individu (encore une fois, exemples non exhaustifs), il revient au juge compétent d'écartier ce mode de preuve des débats et d'en faire abstraction quand bien même il permettrait d'établir une certaine vérité.

Valentine PIC

¹⁶⁸ Cass. Crim., 29 mars 1977, Bull. Crim. N°116

¹⁶⁹ Cass. Crim., 29 mars 1960, Bull. Crim. N°176

¹⁷⁰ Pour en comprendre le sens, voir Anatomie d'une chute de Justine Triet, 2023.

¹⁷¹ Pour aller plus loin, voir l'article disponible dans cette revue : « Les procès-verbaux de constat : une super preuve ? », Juliette SUSSOT, Les pénalistes en herbe, revue n°13 : la preuve en droit pénal

Les procès-verbaux de constat : une super preuve ?

Le principe de légalité de la preuve est une limite à la liberté laissée aux juges dans l'appréciation de celle-ci. Si le juge de jugement décide d'après son intime conviction, il fonde néanmoins sa décision, lorsqu'il statue sur la culpabilité de la personne renvoyée devant lui, sur des éléments probants de différentes valeurs. Au nombre des éléments probants pouvant être rapportés pour fonder cette intime conviction, les procès-verbaux dressés par les enquêteurs semblent avoir une importance particulière.

Ceux-là se définissent comme des actes écrits relatant le déroulement de certains faits afin d'en conserver la trace. Ils sont versés au dossier de la procédure.

À titre liminaire, il convient de distinguer deux types de procès-verbaux dressés par les officiers de police judiciaire. D'une part, il y a des procès-verbaux dans lesquels les policiers relatent par écrit des faits qu'ils ont eux-mêmes constatés (par exemple, ils peuvent constater des faits objectifs de violences volontaires, ou un état d'ivresse manifeste). D'autre part, il y a des procès-verbaux dans lesquels les policiers retranscrivent les déclarations qui leur sont faites par des témoins ou des suspects.

Mais alors, dans quelle mesure la force probante des procès-verbaux est-elle renforcée ?

Présentation du principe de légalité.- Avant toute chose, il convient de définir le principe de légalité puisqu'il a une incidence certaine sur la valeur probante des procès-verbaux. Positivement, le principe de légalité de la preuve pénale permet au législateur d'imposer un certain mode de preuve. Négativement, ce principe impose qu'un seul moyen de preuve ne puisse, à lui seul, justifier une condamnation pénale. Par exemple, l'article préliminaire, III), alinéa 8, du Code de procédure pénale dispose qu'«[e]n matière criminelle et correctionnelle, aucune condamnation ne peut être prononcée contre une personne sur le seul fondement de déclarations qu'elle a faites sans avoir pu s'entretenir avec un avocat et être assistée par lui ». Ainsi, le seul fait que le mis en cause reconnaisse les faits qui lui sont reprochés ne suffira pas pour permettre au juge de rendre une déclaration de culpabilité si l'aveu a été réalisé hors la présence d'un avocat. En outre, l'article 706-62 du Code de procédure pénale édicte une pareille limite s'agissant de la preuve constituée par le témoignage anonyme.

Application du principe de légalité à la preuve par procès-verbal.- S'agissant plus spécifiquement de l'application du principe de légalité à la preuve rapportée par procès-verbal, il faut d'abord souligner que les procès-verbaux peuvent avoir différentes valeurs.

- **Les procès-verbaux valant à titre de simples renseignements** : Par principe, l'article 430 du Code de procédure pénale prévoit que « *les procès-verbaux et les rapports constatant les délits ne valent qu'à titre de simples renseignements* »¹⁷².
- **Les procès-verbaux valant jusqu'à preuve contraire** : Par exception et si l'enquêteur est spécialement habilité à constater des délits par procès-verbal, celui-ci vaut jusqu'à preuve contraire. Seuls certains délits sont concernés¹⁷³. Dans ce cas, la preuve contraire ne peut être rapportée que par écrit ou par témoins conformément à l'article 431 du Code de procédure pénale. Ainsi, la loi édicte expressément que seuls certains modes de preuve pourront contrer la preuve rapportée par un procès-verbal dressé notamment par un officier de police judiciaire ou un agent de police judiciaire. La simple dénégation des informations contenues dans ce document procédural sera insuffisante.

Admission des présomptions légales de culpabilité.- Avant d'en revenir au coeur de la question posée par cet article, à savoir la valeur probante renforcée des procès-verbaux de constat, en tant que limite au principe de l'intime conviction, il y a lieu d'envisager brièvement l'**admission des présomptions de culpabilité** tant dans la jurisprudence interne que dans la jurisprudence de la CEDH. Conformément au principe de légalité de la preuve pénale, en son aspect positif, la loi édicte des cas dans lesquels **le juge est contraint de tenir pour avérés les éléments contenus dans certains documents procéduraux au titre de la présomption légale mise en place, sauf si celle-ci est renversée**. Sans s'attarder plus avant sur les problèmes juridiques liés à l'admissibilité des présomptions de culpabilité, s'agissant notamment du principe de la présomption d'innocence et de ses conséquences en matière de charge de la preuve, il convient de souligner que le Conseil constitutionnel a, en 1999, admis la validité de telles présomptions s'agissant de la présomption pesant sur le titulaire du certificat d'immatriculation d'un véhicule à l'encontre duquel un procès-verbal d'infraction a été dressé¹⁷⁴. En sus, la Cour européenne des droits de l'Homme a également admis la validité de telles présomptions de culpabilité, profitant à l'administration des douanes. Elle énonce néanmoins que l'admissibilité d'un tel mécanisme est conditionnée, notamment, à la possibilité de renverser la présomption¹⁷⁵.

Procès-verbaux valant jusqu'à preuve contraire.- Comme précédemment énoncé, l'article 431 du Code de procédure pénale dispose que **certaines procès-verbaux valent jusqu'à preuve contrainte**, à condition qu'ils aient été dressés par les agents compétents qui constatent personnellement la commission d'une infraction. Si cet article 431 est inséré dans la partie relative au jugement des délits, l'article 537 du Code de procédure pénale prévoit, en substance, la même force probante renforcée s'agissant des procès-verbaux constatant les contraventions. Toutefois, si celle-ci est le principe en matière

¹⁷² Cass. Crim., 28 oct. 2014, n° 13-84.840 pour un procès-verbal valant à titre de simples renseignements

¹⁷³ par exemple, art. L. 8113-7 du Code du travail pour les procès-verbaux dressés par les inspecteurs du travail, les contrôleurs du travail et les fonctionnaires de contrôle assimilés

¹⁷⁴ Décision n° 99-411 DC du 16 juin 1999, [Loi portant diverses mesures relatives à la sécurité routière et aux infractions sur les agents des exploitants de réseau de transport public de voyageurs], Conformité

¹⁷⁵ CEDH, 7 octobre 1988, Salabiaku c. France

contraventionnelle, en matière délictuelle, elle n'est prévue que dans certains cas limitativement énumérés par la loi.

Par ailleurs et bien qu'il s'agisse d'une lapalissade, il convient de préciser que la force probante renforcée propre à ces procès-verbaux de constat nécessite que **ceux-ci soient formellement valides**¹⁷⁶. Ainsi, cette force probante renforcée est conditionnée par plusieurs éléments : l'agent ait été compétent, qu'il ait eu une connaissance personnelle de l'infraction¹⁷⁷, qu'il précise les circonstances exactes de commission de l'infraction et qu'il ait signé le procès-verbal.

Alors, le prévenu devra apporter la preuve de son innocence, ce qui constitue une inversion de la charge de la preuve.

Si la preuve de l'inexactitude des faits rapportés dans un procès-verbal n'est pas rapportée par écrit ou par témoins, la juridiction de jugement doit condamner le prévenu et ne pourra pas, suivant son intime conviction, écarter ledit procès-verbal pour prononcer une décision de relaxe¹⁷⁸. À titre d'exemple, la preuve résidant dans l'attestation écrite produite par la mère d'un prévenu qui avait certifié que celui-ci avait franchi le feu vert ne permet pas de rapporter la preuve contraire lorsqu'un procès-verbal a constaté le franchissement du feu rouge¹⁷⁹.

Procès-verbaux valant jusqu'à inscription de faux.- D'autres **procès-verbaux valent jusqu'à inscription de faux** conformément à l'article 433 du Code de procédure pénale notamment. La matière douanière semble être le dernier domaine dans lequel une telle force probante renforcée est édictée par la loi. D'ailleurs, la rédaction de l'article 336 du Code des douanes est une illustration probante (sans mauvais jeu de mot), de la dichotomie relative aux degrés de valeur probante renforcée. Il énonce que «1. *Les procès-verbaux de douane rédigés par deux agents des douanes ou de toute autre administration font foi jusqu'à inscription de faux des constatations matérielles qu'ils relatent.* 2. *Ils ne font foi que jusqu'à preuve contraire de l'exactitude et de la sincérité des aveux et déclarations qu'ils rapportent.*»

Alors, il ne peut être opposé à ces procès-verbaux de constat, une preuve contraire rapportée par écrit ou sur simple dénégation.

Le seul moyen à la disposition des plaideurs pour anéantir la preuve contenue dans un tel document procédural est de démontrer que celui-ci constitue un faux en réalisant par écrit la déclaration d'inscription en faux contre le procès-verbal litigieux.

Pour appuyer l'extra-ordinaire force probante de ces procès-verbaux et la difficulté de réfuter les éléments de preuve qu'ils contiennent, certains auteurs parlent d'une « *stabilité probatoire*

¹⁷⁶ Cass. Crim., 5 juill. 1994, n°93-83.845

¹⁷⁷ Cass. Crim., 28 oct. 1991, n° 90-84.213 ; Cass. Crim., 5 nov. 1996, n° 96-80.151

¹⁷⁸ Cass. Crim., 10 mai 1995, n°94-84.678, Schmitt

¹⁷⁹ Cass. Crim., 7 févr. 2001, n°00-84.520

*exceptionnelle d'un tel procès-verbal »*¹⁸⁰. La procédure d'inscription de faux est prévue aux articles 642 et suivants du Code de procédure pénale.

Conclusion.- Pour conclure sur la valeur probante renforcée de certains procès-verbaux de constat, il y a lieu de relever que celle-ci ne se transmet pas aux procès-verbaux consécutifs au constat. En effet, les procès-verbaux d'audition notamment ne valent qu'à titre de simples renseignements et conservent leur force probante simple. Comme énoncé ci-avant, le droit douanier prévoit une exception en la matière, à l'article 336 pré-cité, puisque les procès-verbaux contenant des aveux et déclarations font foi jusqu'à preuve contraire.

Juliette SUSSOT

¹⁸⁰ BUISSON (J), « Preuve Pénale », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, octobre 2020, §164

La trace ADN : nouvelle reine des preuves ?

Pour compléter la revue, nous republions un article initialement publié le 16 décembre 2019, et rédigé par Mathilde AMBROSI, une ancienne membre de l'association

L'aveu a longtemps été considéré comme la "reine des preuves". Néanmoins, avec les progrès scientifiques qui ont jalonné et influencé la matière médico-légale depuis les années 1980, la trace ADN semblerait se substituer à l'aveu à ce statut. Pourtant, l'ADN revêt en réalité une relativité en tant que preuve, qu'il convient de ne pas négliger.

L'ADN, ou acide désoxyribonucléique, est une molécule biologique, que l'on trouve dans toutes les cellules, et qui peut servir à l'identification génétique des individus. On en trouve notamment dans les cheveux, la peau, les fluides corporels...

L'utilisation de l'empreinte génétique dans le cadre médico-légal a été développée par Sir Alec Jeffreys, un généticien britannique, à la fin des années 1980¹⁸¹. Son usage demeure donc relativement récent, et a malgré tout bouleversé la matière pénale. Les progrès scientifiques ont permis de pouvoir relever ces traces ADN, et d'en faire des indices dans le cadre de la recherche d'auteurs d'infractions. Or, l'ADN n'est pas l'apanage des criminels. Chaque jour, chaque personne laisse dans tous les endroits où elle est allée, des centaines de milliers de traces ADN.

Si la reconnaissance et l'usage globaux de cette méthode est louable, puisqu'elle constitue un formidable outil pour détecter certains éléments ou constituer des indices, il convient de nuancer sa force probatoire.

Juridiquement, l'ADN a autant de poids que tous les autres moyens de preuve. En effet, en matière pénale, on dit de la preuve qu'elle est libre, comme le précise l'article 427 du Code de procédure pénale¹⁸² : on peut prouver par tous moyens, même si cette liberté demeure conditionnée par la loyauté de la preuve. Toujours est-il qu'il semble important de rappeler que la preuve ADN n'a pas plus de poids qu'un témoignage, un écrit, et même un aveu. La valeur probatoire de tous les indices est laissée à l'appréciation du juge, selon son intime conviction.

¹⁸¹ https://fr.wikipedia.org/wiki/Alec_Jeffreys

¹⁸² Article 427 du Code de procédure pénale : "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. Le juge ne peut fonder sa décision que sur des preuves qui lui sont apportées au cours des débats et contradictoirement discutées devant lui."

I) La fragilité de la preuve ADN : la potentialité des erreurs de manipulation

Au-delà de l'aspect purement juridique, la valeur probatoire de la trace ADN se doit d'être nuancée, car le relevé de telles traces peut faire l'objet d'erreurs.

En effet, le relevé de traces ADN peut prendre place sur la scène de crime notamment. Dans ces cas, il faut garder à l'esprit que de nombreuses erreurs peuvent être commises : un mégot de cigarette négligemment jeté par les personnes présentes, un oubli de changement de gants... Des équipements existent et sont obligatoires pour le relevé de telles preuves, afin d'éviter que la scène de crime ne soit "contaminée" par des traces émanant des techniciens, enquêteurs ou magistrats, comme une combinaison spéciale, une charlotte, des lunettes de protection, des gants, des surchaussures... Cependant, ces précautions, quoique nécessaires, ne peuvent supprimer totalement la totalité des contaminations possibles.

Après les relevés effectués sur la scène de crime ou sur la victime, il convient de mentionner l'analyse de prélèvements, qui a lieu dans des laboratoires. Des erreurs peuvent également être commises à ce stade. Par exemple, des cas d'inversions d'échantillons sont survenus, et ces simples erreurs sont lourdes de conséquences. Effectivement, des personnes n'ayant de toute évidence rien à voir avec l'affaire en cours ont pu être mises en cause.

De plus, d'un point de vue strictement scientifique, certains profils génétiques constituent de fortes similarités.

Dans un cadre où l'absence d'erreur au moment du prélèvement ou de l'analyse de la trace ADN semble si difficile à obtenir, on pourrait se féliciter de la possibilité de demande d'une contre-expertise en la matière. Or, et même si cette possibilité existe, il n'est malheureusement pas systématiquement fait droit à ces demandes, notamment en raison du coût élevé des dites expertises.

II) Le talon d'Achille de la preuve ADN : l'éventualité d'un transfert

Il convient désormais d'évoquer également une faille importante liée à l'emploi de la trace ADN en tant que preuve. Il s'agit de l'hypothèse du transfert, qui peut intervenir à plusieurs stades de l'exploitation de la trace ADN.

Tout d'abord, dans la vie courante, il apparaît évident que les échanges d'ADN involontaires interviennent perpétuellement. Or, il est moins intuitif de savoir qu'une personne qui n'a eu aucun contact avec une autre peut se retrouver avec son ADN. Il suffit que les deux protagonistes aient touché le même objet, comme une poignée de porte par exemple. En conséquence, cette hypothèse de transfert tend à nettement relativiser la valeur probatoire

de l'ADN. De plus, certains éléments, comme les cheveux, sont très volatiles et peuvent donc se déposer n'importe où.

Ensuite, au stade du prélèvement et de l'analyse, des hypothèses de transfert existent également. Dans le cas du prélèvement de vêtements d'une victime par exemple, ces derniers sont placés sous scellés, parfois sans avoir été séparés au préalable. Les différentes parties des vêtements étant alors en contact, les transferts sont alors inévitables. De plus, et même dans le cas où les vêtements sont séparés, un seul vêtement plié transfère l'ADN d'un endroit du vêtement à un autre, rendant l'exploitation d'un tel élément totalement biaisé. Le conditionnement et le transport de scellés constituent une possibilité de contamination à ne pas négliger, particulièrement dans la mesure où les détails précis concernant ces procédures ne sont pas toujours mentionnés dans les procès-verbaux.

III) L'indéniable biais psychologique associé à la preuve ADN

Enfin, il convient de mentionner ce que l'on pourrait appeler un élément psychologique au sujet de l'exploitation de la preuve ADN.

Au sein de l'opinion publique, le discours selon lequel l'ADN et la culpabilité vont de pair est assez courant.

Les lieux communs de cette sorte peuvent se révéler très problématiques. En effet, comme chaque citoyen peut être amené à être juré à un moment donné, le raccourci peut s'avérer préjudiciable pour tout mis en cause.

Mais au-delà des idées préconçues erronées émises par l'opinion publique, le risque se situe dans la conviction par des membres de la sphère judiciaire, que la force de l'ADN est irréfutable. En effet, on retrouve, parmi les officiers de police judiciaire, certains magistrats ou des avocats notamment, une certaine *doxa* du caractère incontestable de l'ADN. Il va de soi que de telles opinions, en plus de n'être fondées que sur des croyances, ne sont pas pertinentes, et peuvent aller à l'encontre de la bonne exécution de la justice, et surtout de la recherche efficiente de la vérité.

À cet égard, Maître Patrice Reviron, avocat au Barreau d'Aix-en Provence, estime : *"Mais parfois l'expertise ADN est totalement erronée. Elle peut être alors la source redoutable d'erreurs judiciaires qui sont d'autant plus difficiles à détecter que la fiabilité accordée aux expertises génétiques est presque absolue."*¹⁸³

Par voie de conséquence, il convient de déconstruire ce mythe de l'irréfragabilité de l'ADN. Admettre la relativité d'une telle preuve,

¹⁸³ <https://www.dalloz.fr/documentation/lien?famille=revues&doctype=AJPEN/CHRON/2012/0123>

revient tout simplement à accepter qu'il existe des failles inhérentes aux expertises génétiques, et qu'elles ne constituent donc aucunement une "reine des preuves", mais un élément à manier avec une extrême précaution.

Ces considérations doivent être prises au sérieux, à plus forte raison parce que la matière pénale est porteuse d'un poids particulier. Dans des cas de crimes et de délits notamment, les expertises ADN peuvent –et sont– être employées à charge. L'enjeu pour la personne mise en cause est alors extrêmement important, puisqu'elle risque une peine de privation de liberté. Précisément, lorsque l'enjeu est tel, il semble essentiel de procéder avec la plus grande des attention quant à la qualité des éléments de preuve employés.

Mathilde AMBROSI, ancienne membre de l'association

Partie 4. Des enjeux probatoires renouvelés

Prouver le viol

Selon l'enquête Cadre de vie et de sécurité de l'Insee, chaque année en France métropolitaine, en moyenne entre 2011 et 2018, 200 000 personnes âgées de 18 à 75 ans sont victimes de violences sexuelles.. Parmi ces victimes, 27% ont subi un viol, et 16% une tentative de viol¹⁸⁴. Ces chiffres montrent l'importance d'endiguer et de réprimer de tels actes, et ainsi de les prouver.

Le viol est une infraction définie par le Code pénal. Sa définition a varié au rythme des évolutions sociétales. En effet, sous l'Ancien Régime, le viol, appelé rapt, était une atteinte à la propriété en ce qu'il dépouillait le mari ou le père de la femme concernée, de sa condition sociale. À la Révolution émerge l'article 29 du Code pénal de 1791¹⁸⁵ qui nomme le viol sans le définir, en ce qu'il consistait en la pénétration d'une femme non mariée par violence. Dès le XIXe siècle se dégage la question du libre arbitre et de la volonté de la femme à l'acte sexuel. Un arrêt de la chambre criminelle du 25 juin 1857 évoque l'absence de consentement par violence, contrainte ou surprise. Ce n'est qu'avec la loi du 23 décembre 1980¹⁸⁶ que le viol sera défini selon les jurisprudences existantes, comme un acte de pénétration sexuelle accompli par violences, contrainte ou surprise. Cette loi permet également la répression du viol entre époux. Le Code pénal de 1992 ajoutera la menace comme forme d'absence de consentement de la victime. Par suite, la jurisprudence est venue étoffer cette infraction en précisant le texte. Puis, la loi du 3 août 2018 a consacré législativement le viol non genré, en ce qu'il n'y a plus de distinction : l'auteur ou la victime peut être la personne pénétrée. Enfin, la loi du 21 avril 2021¹⁸⁷ a apporté de nouvelles extensions à cette infraction.

Selon l'article 222-23 du Code pénal, le viol est « tout acte de pénétration sexuelle, de quelque nature qu'il soit, ou tout acte bucco-génital commis sur la personne d'autrui ou sur la personne de l'auteur par violence, contrainte, menace ou surprise ».

À la lumière de ce texte, la preuve d'un viol nécessite la réunion de plusieurs éléments. D'un point de vue matériel, il s'agira de prouver l'existence d'un acte de pénétration sexuelle ou d'un acte bucco-génital, et également caractériser le comportement de l'auteur par la violence, la contrainte, la menace, ou la surprise. D'un point de vue moral, il faudra rapporter

¹⁸⁴ Sources : Insee-ONDRP-SSMSI, enquêtes Cadre de vie et sécurité 2012 à 2019, traitement SSMSI.

¹⁸⁵ Abrogé le 1^{er} janvier 1811.

¹⁸⁶ Loi n°80-1041 du 23 décembre 1980 relative à la répression du viol et de certains attentats aux mœurs.

¹⁸⁷ Loi n°2021-478 du 21 avril 2021 visant à protéger les mineurs des crimes et délits sexuels et de l'inceste.

la preuve de la connaissance de l'auteur de l'absence de consentement de la victime à l'acte, et de la volonté de l'auteur de réaliser l'acte malgré l'absence de consentement.

Toutefois, la preuve du viol pourra être simplifiée dans différents cas. L'article 222-22-1 du Code pénal précise que la contrainte peut être retenue en raison de la différence d'âge entre la victime et l'auteur, et de l'autorité de droit ou de fait qu'exerce l'auteur sur la victime, ou lorsqu'il s'agit d'une victime mineure de 15 ans. Également, depuis la loi du 21 avril 2021, pour l'auteur majeur ayant une différence d'âge de 5 ans ou plus avec la victime mineure de moins de 15 ans, le viol pourra être caractérisé sans le besoin de prouver que l'acte a été commis par violence, contrainte, menace ou surprise¹⁸⁸. Le Conseil constitutionnel a jugé cette disposition conforme à la Constitution, en ce qu'elle n'instaure pas une présomption irréfragable de culpabilité, et que la minorité de la victime ne constitue pas une circonstance aggravante¹⁸⁹.

L'aspect théorique de l'infraction du viol masque la véritable difficulté qu'elle recèle. Le viol est un acte de l'intimité, il se commet souvent dans le secret, à l'abri des regards, des témoins.

Au-delà de l'opacité dans laquelle se déroule cet acte, il n'engendre parfois aucune preuve matérielle, et dès lors, le débat reposera sur les paroles des parties. La faiblesse ou l'instabilité des preuves peuvent constituer un véritable obstacle à la répression, qui ne sera que d'autant plus accentué par la répercussion psychologique de l'acte sur les victimes.

Comment le viol peut-il se prouver ? En quoi cette infraction constitue un véritable enjeu probatoire ?

Prouver le viol pourra s'effectuer par les différents moyens probatoires offerts aux autorités de poursuites, qu'il s'agisse des preuves de droit commun ou des preuves scientifiques (I). Toutefois, récolter une preuve peut s'avérer complexe au regard de la singularité de cette infraction, et des obstacles inhérents à tous les modes de preuve (II). D'autant qu'il s'agira de prouver à la fois l'acte matériel de pénétration ou d'acte bucco-génital, et l'absence de consentement de la victime.

I) Un large éventail probatoire pour caractériser l'infraction de viol

Il sera possible, pour prouver l'infraction de viol, d'user de nombreux procédés. Seront souvent utilisées par les enquêteurs, les modes de preuves communs à toutes les infractions (A), mais ils auront également la possibilité d'obtenir des preuves grâce aux avancées scientifiques et technologiques (B).

¹⁸⁸ Art. 222-23-1 C.pén.

¹⁸⁹ QPC 21 juillet 2023 n°2023-1058

A. Les preuves classiques

L'audition : Elle tend à recevoir la déclaration de toute personne dont la déposition est utile. Elle pourra intervenir durant la phase d'enquête et d'instruction, mais également devant la juridiction de jugement. Dans le cadre du viol, elle peut s'avérer d'autant plus complexe puisque la majorité de ces actes criminels interviennent dans le cercle proche de la victime, comme le cercle familial, amical ou des connaissances. L'existence de liens entre les parties peut influencer les témoignages, voire les empêcher, en raison des risques de pression, d'emprise psychologique, ou même de menace.

La perquisition et la saisie : Elle permet à l'enquêteur d'entrer dans un lieu clos, à usage de domicile ou non, et d'y saisir des objets, documents ou données informatiques utiles à la révélation de la vérité. Ces derniers seront inventoriés et placés sous scellés. Ce mode de preuve pourra être l'occasion de saisir des éléments probants concernant l'infraction, et ainsi, de réfuter ou d'appuyer un soupçon. Il pourra s'agir par exemple d'un vêtement avec une trace de sperme, ou d'un préservatif.

L'interrogatoire : Il a longtemps été une preuve dominante, puisqu'il permettait d'essayer d'obtenir des aveux, qui furent pendant de nombreuses années la « reine des preuves ». Désormais l'aveu suscite la méfiance, et ne peut servir de preuve unique de culpabilité¹⁹⁰. La personne contre laquelle il y a des indices graves et/ concordants durant l'instruction ne pourra pas être entendue en tant que témoin, elle sera forcément entendue sous le régime de l'interrogatoire¹⁹¹. Ainsi, l'aveu ne pourra suffire à condamner un individu pour viol, et la personne soumise à un interrogatoire sera protégée par le régime de celui-ci, notamment grâce aux droits de la défense.

Les preuves numériques : Divers procédés ont émergé au fil du temps, notamment l'interception de correspondances émises par la voie de télécommunications électroniques, la perquisition et la saisie informatique. Ces modes de preuve pourront s'avérer utiles dans le cas d'un viol si des conversations font état de l'acte, ou si des images ou vidéos ont été réalisées, mais également pour retrouver une personne suspectée via les logiciels d'investigation.

B. Les nouveaux moyens probatoires, les preuves scientifiques et techniques

L'envie et l'ambition de rechercher la vérité par tout moyen a émergé avec les évolutions technologiques et scientifiques. La volonté d'user de ces nouveaux procédés pour prouver l'innocence ou la culpabilité d'un individu a laissé place à l'utilisation de nouvelles techniques, parfois couronnées de succès, et parfois décriées par la doctrine, voire censurées par les juges.

¹⁹⁰ Art. préliminaire et 428 C.proc.pén.

¹⁹¹ Art. 80-1 s. C.proc.pén.

La preuve ADN : Elle est intrinsèquement liée au FNAEG, le Fichier National Automatisé des Empreintes Génétiques. Il s'agit d'une base de données d'empreintes génétiques cherchant à faciliter l'identification et la recherche des auteurs d'infractions. Il a été créé par une loi du 17 juin 1998, et est désormais inscrit aux articles 706-54 et suivants du Code de procédure pénale.

Le recueil des preuves ADN dans le cadre d'un viol n'est pas des plus simples. La preuve ADN la plus probante est le recueil d'une substance secrétée par un organe génital. Néanmoins, il est rare d'en trouver si l'acte non consenti a été réalisé avec un préservatif, mais d'autant plus lorsque la victime porte les faits à la connaissance des autorités plusieurs semaines ou années après. Les autres preuves ADN possibles sont par exemple les empreintes palmaires, ou tout recueil biologique contenant des informations génétiques de l'auteur des faits, comme la salive ou des cheveux. Ces preuves dépendent des investigations menées par les enquêteurs sur les lieux de l'infraction par exemple, ou sur les effets personnels de la victime.

L'expertise médicale : L'examen d'une victime présumée d'agression à caractère sexuel se déroule en plusieurs étapes. Le recours à une personne qualifiée, avant appelée « homme de l'art », sera réalisé sur réquisition du procureur de la République ou sous son autorisation par un officier de police judiciaire en fonction de l'ancienneté des éléments, ou sans réquisition, et dans ce cas le médecin conservera les éléments de preuve. Il est à noter que les réquisitions viennent encadrer le professionnel de santé. Il sera réalisé dans une unité médico-judiciaire, ou UMJ. Par exemple, à Bordeaux, le CAUVA (Centre d'accueil en urgences de victimes d'agression) est notamment chargé de cette mission.

Dans un premier temps de l'examen médical, l'examen clinique, qui permettra un examen corporel complet, la description des développements pubertaires¹⁹² (au regard de l'échelle de Tanner, qui détermine les différents stades du développement pubertaire), l'examen de la cavité buccale, de la sphère génitale, des organes génitaux externes, et de l'anus. L'étendue de ces examens dépend de la nature des faits rapportés, et requiert nécessairement le consentement de la personne. Dans un second temps, il peut être ordonné des examens complémentaires. Certains à visée judiciaire, permettant de prouver le contact sexuel, et d'identifier l'auteur de l'infraction grâce à de potentielles traces ADN. Pour cela des prélèvements seront effectués, puis mis sous scellés. Néanmoins ces examens ne seront envisageables qu'en fonction du temps écoulé entre la commission de l'infraction et l'examen médical. Des examens complémentaires pourront être proposés pour des soins, des examens biologiques, afin d'effectuer une sérologie et constater la présence de potentielles maladies sexuellement transmissibles, voire une grossesse.

La prise en charge de ces personnes victimes ne s'entend pas comme un diagnostic puisque le médecin est dans l'incapacité d'affirmer ce qu'il s'est passé. En effet, il ne pourra pas déterminer s'il y a eu consentement à l'acte.

¹⁹² Les différents stades pubertaires s'examinent au regard du développement des organes génitaux, des seins, et de la présence de poils pubiens.

Son rôle est de constater les potentielles lésions pouvant être traumatiques, et il pourra parler de viol dans son compte rendu si la victime l'a mentionné. Le médecin restitue ce que la victime lui a délivré comme information, mais cela ne signifie pas qu'il confirme les dires de cette dernière.

Le déroulé de cette prise en charge consistera en un accueil de la victime, une description éventuelle des lésions traumatiques, des examens et/ ou prélèvements biologiques, et l'instauration de mesures thérapeutiques utiles ou nécessaires.

Le certificat médical effectué par le médecin évoquera, les faits décrits par la victime, la ou les plainte(s) de la victime (ses doléances), ses constatations, les prélèvements effectués et enfin ses conclusions exposant un avis technique médical d'intérêt judiciaire.

Son examen pourra déterminer une durée d'incapacité totale de travail, qui pourra être réévaluée dans un nouvel examen dans un délai d'un mois.

Dans ce cadre, l'examen hymenal ne sera pas toujours probant. Il aura une incidence si la victime n'avait jamais eu de relation sexuelle impliquant une pénétration avant l'infraction (ce n'est pas toujours vérifiable), ou si elle a une particularité anatomique hyménale. Néanmoins, il est rare qu'il y ait des lésions hyménales si la victime a déjà eu plusieurs rapports consentis auparavant.

Cette expertise médicale peut constituer une preuve matérielle de l'acte de pénétration sexuelle, voire de l'absence de consentement s'il y a des traces physiques de violence sur la victime.

Une étude de 2009 réalisée dans l'unité médico-judiciaire de Seine-Saint-Denis a démontré que sur 572 examens pratiqués il y avait des violences physiques accompagnant les violences sexuelles dans 37% des cas, tandis que 60% des cas n'ont pas fait état de violence physique. Enfin seulement un cas sur cinq montre des lésions traumatiques.

A noter que l'expertise peut être réalisée sans plainte préalable, ni réquisitions du parquet.

Dès lors, il semble peu courant de pouvoir constater des traces physiques de violences, d'autant que toutes les victimes ne portent pas plainte, ne font pas constater leurs lésions, ou ne les font pas constater à temps.

II) Une diversité de preuves qui ne pallie pas les nombreux obstacles probatoires

Dans la recherche de preuves, l'infraction de viol engendre des difficultés propres à sa nature (A), et des difficultés rencontrées pour tout type d'infraction (B).

A. Obstacles inhérents à l'acte

La réalité de l'examen médical : Dans un premier temps, l'examen médical ne pourra apporter des éléments concluants que lorsqu'il est effectué dans un temps proche de celui de la commission des faits. À défaut, les preuves ADN seront perdues ou contaminées par d'autres traces ADN.

De plus, les praticiens expliquent que 90% des cas ne présentent aucune lésion, ne permettant en aucun cas d'affirmer ou de réfuter l'existence d'un acte de pénétration. Ainsi, l'expertise médicale reste un acte médical incertain dans la réponse qu'il pourra apporter. Cette incertitude est d'autant plus exacerbée pour le nouvel acte constitutif du viol : l'acte bucco-génital. Ce dernier ne laisse aucune trace, excepté de salive, ce qui rend sa preuve d'autant plus complexe à apporter. En effet, le prélèvement de salive sera difficile à effectuer, et en dehors de cette hypothèse, la preuve sera quasiment impossible à rapporter par traces ADN.

Ce mode de preuve sera toujours dépendant des circonstances de l'infraction, mais aussi du délai dans lequel la victime viendra faire constater ses séquelles. A noter que des expertises psychologiques sont souvent réalisées pour les victimes d'infractions sexuelles, y compris pour les victimes mineures.

L'amnésie traumatique, une problématique non judiciairisée : L'amnésie traumatique est un trouble de la mémoire que l'on retrouve fréquemment chez les victimes de violences sexuelles, dont le viol. C'est un oubli de l'infraction par la victime, qui peut être défini comme une incapacité à se rappeler des informations personnelles issues d'évènements stressants ou traumatiques. Il s'agit d'un mécanisme de protection et de sauvegarde rendant inaccessible pendant plusieurs jours, mois ou années un souvenir, jusqu'au retour de la mémoire traumatique.

La question est survenue en jurisprudence, sur l'impact que pourrait avoir l'amnésie traumatique sur la prescription. Deux hypothèses ont été évoquées. La première tend à reconnaître cette amnésie comme une possible cause de report du point de départ de la prescription au jour du retour de la mémoire traumatique. La seconde hypothèse tend à assimiler cette amnésie à un obstacle insurmontable suspensif qui viendrait suspendre le délai de prescription, comme le ferait un événement de force majeure.

La Cour de cassation dans divers arrêts¹⁹³ maintient une position constante.

La Haute juridiction rejette toute influence de l'amnésie traumatique sur la prescription de l'infraction.

Les juges de cassation reconnaissent l'existence de ce traumatisme mais n'admettent pas son impact sur la prescription, sans pour autant en donner la raison. Cette position fut

¹⁹³ Cass. Crim., 18 décembre 2013 ; Cass. Crim., 17 octobre 2018

réaffirmée dans une décision du 13 janvier 2021¹⁹⁴, en exposant que faute d'être extérieure à la partie qui l'invoque, l'amnésie traumatique ne constitue pas un obstacle de fait assimilable à la force majeure pouvant suspendre la prescription, ni en retarder son point de départ. La position des juges de cassation peut s'expliquer au regard de deux éléments :

- D'un point de vue scientifique, les spécialistes estiment qu'une amnésie, un souvenir, peut difficilement se figer aussi longtemps et revenir de manière exacte par la suite.
- Et d'un point de vue plus juridique, l'amnésie traumatique ne saurait impacter la prescription au regard du droit à l'oubli et du risque de dépérissement des preuves.

Ce phénomène involontaire va empêcher toute recherche de preuves durant la période d'amnésie. Au jour du retour de la mémoire traumatique, le dépérissement des preuves aura eu de véritables conséquences.

Des réflexions sont menées pour faire valoir ce traumatisme dans le débat pénal, néanmoins, l'admission de ce dernier n'empêchera pas les obstacles à l'administration de la preuve soulevés auparavant en raison de l'écoulement du temps.

B. Obstacles permanents

L'allongement de la prescription : une véritable possibilité de rendre justice ? La prescription est un mécanisme juridique qui par l'écoulement du temps va produire des effets de droit. Elle peut être acquisitive, alors faire acquérir un droit, ou extinctive et faire perdre la possibilité d'utiliser un droit. Dans le cadre de l'administration de la preuve du viol c'est la prescription extinctive qui est un obstacle insurmontable, puisqu'à partir du moment où le délai est écoulé les possibilités de poursuite sont éteintes.

La loi du 27 février 2017¹⁹⁵ est venue modifier les délais de prescription, soit 1 an pour les contraventions, 6 ans pour les délits, et 20 ans pour les crimes. Les délais ont été doublés pour les crimes et les délits, sauf pour les mineurs. Ainsi le droit commun n'a fait que rattraper le droit pénal spécial applicable aux mineurs. Et récemment, la loi du 3 août 2018¹⁹⁶ est venue augmenter la durée du délai de prescription concernant les infractions sexuelles sur mineur pour les porter à 30 ans révolus à compter de la majorité. Désormais, les victimes mineures d'une infraction sexuelle pourront saisir la justice jusqu'à leur 48^e anniversaire.

En plus de l'obstacle insurmontable que constitue l'acquisition de la prescription extinctive de l'action publique, il s'agit de constater que ces extensions de prescription sont un obstacle à une bonne administration de la preuve. En effet, plus la prescription est longue, plus la preuve sera difficile à apporter. L'écoulement du temps peut particulièrement entraîner un dépérissement des preuves, et c'est d'ailleurs la raison d'être de la prescription.

¹⁹⁴ Cass. Crim., 13 janvier 2021 n°19-86.509

¹⁹⁵ Loi n°2017-242 du 27 février 2017 portant réforme de la prescription en matière pénale

¹⁹⁶ Loi n°2018-703 du 3 août 2018 renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes

Cependant, le recul constant de ce délai de prescription n'entraîne pas un recul du dépérissement des preuves, malgré l'amélioration de la criminalistique.

Par exemple, les témoignages sont des preuves fragiles, qui seront d'autant plus fragilisées des années plus tard. L'écoulement du temps est un risque d'erreur judiciaire, ou d'absence de poursuite en raison du manque de preuve encore existante ou probante, voire une source de désillusion pour les victimes.

L'ADN, une preuve faillible : La preuve de l'ADN ne peut se suffire à elle-même. De plus, elle est susceptible d'erreur¹⁹⁷. En effet, elle peut faire l'objet d'une surinterprétation, d'une contamination, ou d'autres éléments venant ternir sa fiabilité. Chaque preuve ADN est différente, et leur valeur probante dépendra de leur qualité. Si la preuve est de mauvaise qualité elle peut mener vers de mauvaises pistes, voire à la condamnation d'un innocent.

Conclusion

L'évolution des modes preuve est indéniable, et est favorable à l'obtention de la vérité judiciaire. Chaque preuve contribue à innocenter ou condamner un individu. Néanmoins, le viol est une infraction complexe à prouver, au regard de sa nature, mais également, au regard de l'impact psychologique qu'elle engendre. D'autant qu'au-delà de la preuve de l'acte matériel (pénétration ou acte bucco-génital), la preuve de l'absence de consentement de la victime devra être rapportée, et sur ce point, il s'agit souvent d'une parole contre une autre devant les prétoires.

Malgré une volonté d'obtenir une preuve pénale infaillible, cette infraction nécessitera toujours la démonstration d'une multitude de preuves afin de conforter ou de réfuter une conviction. Cette conception résulte de l'assurance qu'« il vaut mieux hasarder de sauver un coupable que de condamner un innocent » (Voltaire, Traité sur la tolérance).

Mathilde SAUER

¹⁹⁷ Voir l'article disponible dans cette revue : « La trace ADN : nouvelle reine des preuves ? », Mathilde AMBROSI, Les pénalistes en herbe, revue n°13 : la preuve en droit pénal

Un recueil qualitatif de la parole des enfants victimes

« Cette parole si vulnérable [de l'enfant] ne saurait retomber dans les limites de l'indifférence, au vu et au prétexte de la conclusion de l'affaire Outreau. Mais la parole de l'enfant n'a pas pour autant vocation à une systématique et inconditionnelle sacralisation. Elle se doit d'être recueillie puis expertisée avec les précautions et le professionnalisme qu'exige sa spécificité » (rapport du groupe de travail chargé de tirer les enseignements du traitement judiciaire de l'affaire dite « d'Outreau »)¹⁹⁸.

Le recueil de la parole des victimes, une opération délicate. Le recueil de la parole des victimes doit se faire avec précaution. Il ne faut pas mettre psychiquement la victime en danger tout en s'assurant de la qualité de son témoignage car la suite de la procédure peut en dépendre directement. Lorsque la victime est un enfant, ces enjeux se posent avec d'autant plus d'acuité.

Ainsi, il convient d'analyser dans un premier temps les enjeux et spécificité de l'audition d'enfant (I) avant d'évoquer brièvement l'affaire d'Outreau, qui a profondément modifié l'appréhension de la parole de l'enfant (II) et de terminer par quelques mots sur la procédure spécifique d'audition des mineurs : la procédure « Mélanie » (III).

I) L'audition de l'enfant : enjeux et spécificités

Des infractions prenant place au sein du huis clos familial. Sous réserve d'infractions spécifiques¹⁹⁹, les mineurs sont surtout victimes d'atteintes aux personnes qu'elles soient physiques, morales, ou sexuelles. Ce sont des infractions qui se déroulent en grande majorité au sein du huis clos familial (même s'il est difficile de donner un chiffre précis, notamment justement parce que ces infractions ne sont pas toujours révélées aux autorités). Aussi, les témoins sont rares, et les preuves ne tiennent souvent qu'à l'examen médical du mineur. Cependant, celui-ci ne permet pas toujours de faire la lumière sur les violences dont il aurait été victime. L'audition du mineur est alors primordiale.

Parole contre parole : l'importance des déclarations du mineur. En effet, dans les affaires de violences intrafamiliales, c'est souvent « parole contre parole ».

Il est donc essentiel que l'audition du mineur soit réalisée dans des conditions de nature à garantir sa qualité.

¹⁹⁸ <https://www.vie-publique.fr/rapport/27180-rapport-du-groupe-de-travail-charge-de-tirer-les-enseignements-du-t-raite>

¹⁹⁹ Les infractions dont peuvent être victimes les mineurs sont notamment regroupées dans le paragraphe « De la mise en péril de la santé et de la moralité des mineurs » (Articles 227-15 à 227-21 du Code pénal)

Elle pourra être prolongée le cas échéant par une expertise psychologique (et éventuellement psychiatrique) qui aura pour mission d'analyser les répercussions des faits dénoncés sur le mineur et la cohérence de son discours. Dans certains contextes, les psychologues seront particulièrement vigilants sur la question d'une éventuelle instrumentalisation de l'enfant (par exemple lorsque des violences parentales sont dénoncées par l'autre parent au moment d'une procédure de divorce, il convient de s'assurer que l'enfant n'est pas utilisé comme arme dans le divorce des parents ainsi que c'est parfois le cas).

La prudence, voire la méfiance ou la défiance vis-à-vis de la parole de l'enfant a surtout pris de l'envergure avec l'affaire dite « d'Outreau ».

II) L'affaire d'Outreau²⁰⁰ : une parole de l'enfant reçue avec davantage de précaution

Résumé de l'affaire. Le journal Le Monde résume ainsi le dossier sensible dit de « l'affaire d'Outreau »²⁰¹ : suite aux révélations de quatre enfants placés sous assistance éducative à leur assistante maternelle, une enquête est ouverte et plusieurs dizaines de suspects sont placés en garde à vue. La mère des enfants reconnaît certains faits et accuse plusieurs dizaines de personnes, notamment des voisins. Le contexte de l'affaire Dutroux fait craindre un réseau pédocriminel. Dès lors, l'affaire prend une importance médiatique très importante.

Décisions judiciaires. Devant la cour d'assises de Saint Omer en 2004, 17 personnes sont accusées dont 10 sont condamnées. 6 personnes interjettent appel. Devant la cour d'assises d'appel de Paris en décembre 2008, les personnes ayant interjeté appel sont acquittées.

Retentissements de l'affaire. Cette affaire a eu un retentissement très important, non seulement sur le plan médiatique mais aussi juridique. En effet le « *fiasco d'Outreau* » comme il est parfois appelé a conduit à une réflexion de fond sur les raisons de ce « *désastre judiciaire sans précédent* »²⁰². Des rapports officiels sont publiés à commencer par un rapport du groupe de travail chargé de tirer les enseignements du traitement judiciaire de l'affaire dite « d'Outreau », qui met en évidence 6 problématiques :

- « 1) *Le recueil et l'expertise de la parole de l'enfant*
- 2) *L'apport de la procédure d'information judiciaire*
- 3) *Le contrôle de la détention provisoire*
- 4) *La prise en charge du mineur victime*
- 5) *Le déroulement du procès d'assises*

²⁰⁰ Pour aller plus loin : regarder la série documentaire L'affaire d'Outreau diffusée sur France 2, actuellement disponible en replay : <https://www.france.tv/france-2/l-affaire-d-outreau/>

²⁰¹ https://www.lemonde.fr/les-decodeurs/article/2015/05/19/comment-l-affaire-d-outreau-a-ebroule-la-justice-francaise_4636450_4355770.html?random=1191906492

²⁰² Jacques Chirac, alors président de la République, s'était exprimé en ces termes envers les accusés « Au nom de la justice dont je suis le garant, je tiens à vous présenter regrets et excuses devant ce qui restera comme un désastre judiciaire sans précédent »
<https://www.ina.fr/ina-eclairer-actu/outreau-justice-fiasco-pedophilie-acquittement-justice>

6) *Les relations avec les médias* ». ²⁰³

Mensonge de l'enfant ou défaillance des adultes ? Certaines personnalités, comme Edouard Durand, magistrat spécialiste de la question des violences intrafamiliales et co-président de la CIIVISE, considèrent que « *l'effet d'Outreau a contribué à étouffer la parole des enfants* » ²⁰⁴ et alertent sur la remise en cause de leur parole.

Pourtant, beaucoup considèrent que l'échec de l'affaire d'Outreau ne tient pas tant au mensonge des enfants, qu'au comportement des adultes qui n'ont pas su prendre le recul nécessaire sur leurs propos, et qui ont même pu, à certains moments, induire leur parole.

Ainsi, Outreau est d'abord « *l'échec des adultes* » ²⁰⁵.

Commission d'enquête parlementaire : propositions. Dans cette même idée, la commission d'enquête parlementaire « chargée de rechercher les causes des dysfonctionnements de la justice dans l'affaire dite d'Outreau et de formuler des propositions pour éviter leur renouvellement » relève dans son rapport ²⁰⁶ « *la parole et le traitement des enfants : un défaut de prudence et de méthode* » ²⁰⁷. Ce rapport formule nombre de propositions pour éviter ce type d'erreurs graves aux conséquences importantes. Parmi les pistes proposées, on trouve notamment : réformer le régime de la garde à vue, rendre obligatoire l'enregistrement audiovisuel de tous les interrogatoires réalisés pendant la garde à vue, autoriser l'accès au dossier de la procédure par l'avocat dès la garde à vue dans certains cas, limiter la détention provisoire, supprimer le juge d'instruction seul et confier l'instruction à un collège de magistrats, renforcer les droits de la défense, améliorer la qualité des expertises, mieux protéger les intérêts des enfants (notamment en cas de signalement), redéfinir les conditions du recueil des déclarations des enfants, repenser la gestion de la carrière des magistrats, responsabiliser les magistrats, responsabiliser les médias, et doter la justice de moyens dignes de sa mission.

Concrétisations juridiques. Ces préconisations seront en partie suivies et donneront lieu à différentes lois de la fin des années 2000. Ainsi, désormais, l'instruction est dans certains cas collégiale (article 52-1 du Code de procédure pénale, même si cette disposition est pour l'essentiel théorique), l'enregistrement audiovisuel des interrogatoires est obligatoire en matière criminelle (articles 116-1 et 64-1 du Code de procédure pénale), les ordonnances de règlement du juge d'instruction doivent préciser les motifs pour lesquels il existe ou non des

²⁰³<https://www.vie-publique.fr/rapport/27180-rapport-du-groupe-de-travail-charge-de-tirer-les-enseignements-du-t-raite>

²⁰⁴https://www.liberation.fr/societe/edouard-durand-leffet-doutreau-a-contribue-a-etouffer-la-parole-des-enfants-20230117_Q2OU4YZ2DZGAJI35VVL5FBASQA/

²⁰⁵https://www.lemonde.fr/police-justice/article/2015/06/02/outreau-la-justice-face-a-la-parole-des-enfants-victimes_4645609_1653578.html

²⁰⁶ https://www.assemblee-nationale.fr/12/rap-enq/r3125.asp#P4215_1153161

²⁰⁷ Le rapport intitule le deuxième paragraphe de sa première partie "la parole et le traitement des enfants : un défaut de prudence et de méthode"

charges suffisantes (article 184 du Code de procédure pénale), la formation des magistrats à l'École nationale de la magistrature est complétée, etc.

Mesures sur la redéfinition des conditions du recueil des déclarations des enfants.

Concernant la proposition spécifique qui vise à redéfinir les conditions du recueil des déclarations des enfants, le rapport d'enquête parlementaire préconise entre autres d'améliorer la formation des enquêteurs ; de réserver à des unités spécialisées, exerçant en équipe, la tâche de procéder aux auditions des mineurs victimes ; d'aménager des locaux dédiés aux auditions des mineurs et de les équiper de matériels d'enregistrement audiovisuel performants et adaptés ; de procéder à l'enregistrement systématique du mineur sans solliciter son consentement ni celui de son représentant et sans dérogation possible ; de mieux former les magistrats à l'exploitation des enregistrements audiovisuels ; d'inciter les barreaux à généraliser la constitution de pôles d'avocats spécialisés dans la défense des mineurs victimes ; et de rendre obligatoire la présence d'un avocat à toute audition du mineur victime.

Concrétisations juridiques. Le constat des dysfonctionnements et les propositions formulées ont permis de renforcer la procédure préexistante de l'audition dite « Mélanie », en particulier s'agissant des aspects relatifs à la formation des enquêteurs, à la mise en place de protocoles d'audition clairs et à l'aménagement de locaux adaptés.

III) La procédure Mélanie : adaptée à la vulnérabilité accrue et à la maturité limitée de l'enfant

Procédure « Mélanie ». La procédure dite « Mélanie », du prénom de la première petite fille entendue selon ce protocole, a été introduite avant l'affaire d'Outreau, en 1998. Cette procédure a, avant tout, été mise en place pour éviter de faire revivre aux victimes leur traumatisme (phénomène dit de « seconde victimisation »)²⁰⁸. L'idée est que « si [l'audition du mineur victime] n'a pas vocation à être le début d'un processus de reconstruction ou d'une prise en charge psychologique du mineur, il convient néanmoins, au regard de la fragilité particulière des mineurs, de s'assurer que le recueil des éléments nécessaires à l'enquête ne soit pas traumatisant pour l'enfant et que cela n'entraîne pas une aggravation des difficultés qu'il rencontre suite à son agression »²⁰⁹.

Enregistrement audiovisuel des auditions. La procédure Mélanie repose donc sur le principe de l'enregistrement audiovisuel obligatoire de l'enregistrement de l'audition des mineurs pour un grand nombre d'infractions, sauf dysfonctionnement technique du matériel mais cette exception reste très encadrée.

²⁰⁸ <https://www.senat.fr/rap/r17-289/r17-2893.html#fnref61>

²⁰⁹ Guide relatif à la prise en charge des mineurs victimes, Ministère de la justice, Direction des affaires criminelles et des grâces, Septembre 2015, https://www.justice.gouv.fr/sites/default/files/migrations/portail/art_pix/guide_enfants_victimes.pdf page 17

L'enregistrement pourra être visionné au cours de la procédure²¹⁰, et pourra notamment être diffusé devant la juridiction de jugement pour que l'enfant n'ait pas à témoigner de nouveau.

Formation de l'interlocuteur de l'enfant. Lorsque cela est possible, l'enfant doit toujours être entendu par une personne ayant reçu une formation spécifique à ce sujet. Des protocoles et des techniques d'audition adaptées aux mineurs peuvent ainsi être acquis par les enquêteurs. Des brigades spécialisées peuvent être mises en place, elles sont souvent appelées « brigade de protection de la famille ». De la même façon, les magistrats peuvent compléter les enseignements reçus à l'École nationale de la magistrature par une formation continue sur ce sujet avec des modules sur des thèmes tels que « enfants maltraités : enjeux juridictionnels », « la construction de la personnalité », « la parole de l'enfant en justice » ou « l'entretien judiciaire : approches et méthodes »²¹¹. Par ailleurs, la présence d'un tiers lors de l'audition du mineur est possible sur autorisation de l'autorité judiciaire. Ce tiers, qui est le plus souvent un professionnel, mais peut aussi être un proche, doit rassurer l'enfant et ainsi améliorer le recueil de sa parole. Lorsque ce tiers est un psychologue, il peut assister à l'audition dans la pièce mais aussi derrière la glace sans tain. Cela peut lui permettre d'analyser le comportement de l'enfant, et de pouvoir réaliser plus tard une expertise psychologique de l'enfant²¹².

Salles d'audition « Mélanie ». Cette procédure se déroule autant que faire se peut dans des locaux adaptés à l'audition de mineurs. L'objectif est de réussir à capter le plus d'informations possible. Cela explique que l'analyse du langage corporel de l'enfant occupe une place importante, notamment lorsque le mineur est jeune. Pour cela, il est souhaitable que l'enfant soit filmé en entier. En outre, lorsque des salles « Mélanie » sont mises en place, elles sont le plus souvent équipées de matériel de dessins et de jouets ou poupées permettant à l'enfant de s'exprimer autrement que par la parole. Cette possibilité laissée aux enfants apparaît comme particulièrement souhaitable, notamment lorsqu'en raison de leur jeune âge, ils ne disposent pas du vocabulaire ou de la compréhension nécessaire. Ils peuvent ainsi montrer directement aux enquêteurs les faits dont ils ont été victimes, grâce aux poupées et aux dessins.

Ces auditions se déroulent à hauteur d'enfants, pour tenter de les mettre le plus en confiance possible afin de recueillir leurs confidences de la manière la plus efficace et la moins traumatisante.

²¹⁰ Article 706-52 du Code de procédure pénale : Sur décision du juge d'instruction, l'enregistrement peut être visionné ou écouté au cours de la procédure. La copie de ce dernier peut toutefois être visionnée ou écoutée par les parties, les avocats ou les experts, en présence du juge d'instruction ou d'un greffier.

²¹¹ Guide relatif à la prise en charge des mineurs victimes, Ministère de la justice, Direction des affaires criminelles et des grâces, Septembre 2015, https://www.justice.gouv.fr/sites/default/files/migrations/portail/art_pix/guide_enfants_victimes.pdf pages 17-28

²¹² Guide relatif à la prise en charge des mineurs victimes, Ministère de la justice, Direction des affaires criminelles et des grâces, Septembre 2015, https://www.justice.gouv.fr/sites/default/files/migrations/portail/art_pix/guide_enfants_victimes.pdf pages 38-39

Il s'agit donc d'une prise en compte de l'enfant dans ses spécificités tenant non seulement à sa vulnérabilité psychique, mais aussi à sa maturité limitée. On peut donc raisonnablement penser qu'un tel cadre d'audition sécurisé pourra plus facilement délier la parole de l'enfant et recueillir ainsi, une preuve d'une meilleure qualité, avec plus de détails par exemple.

Développement des salles d'audition « Mélanie ». Le développement de l'aménagement de salles d'audition « Mélanie » doit être salué. Il permet en effet de recueillir la parole des enfants victimes dans de bonnes conditions, au plus proche de chez eux. De nombreux professionnels ont pu souligner que l'instauration de salles « Mélanie » dans les hôpitaux pouvait permettre de regrouper dans certains cas sur une demi-journée ou une journée à la fois les examens médicaux et les auditions. Toutefois, d'autres considèrent que ce lieu est inadapté car il peut être stressant pour l'enfant. Ils relèvent que l'enfant peut en réalité comprendre, même jeune, le rôle de protection des policiers et des gendarmes²¹³. Malgré les efforts, certains territoires sont encore privés de cette structure essentielle. Ainsi, par exemple, début 2023, Ernestine RONAI, membre de la CIIVISE, indiquait qu'il n'y en avait pas en Seine-Saint-Denis²¹⁴ alors que ce département fait partie des dix départements les plus peuplés de France. Aussi, il semble qu'au-delà des nouvelles lois, des nouveaux dispositifs, des nouveaux protocoles, la première chose à faire soit encore une fois de donner les moyens à la justice de travailler dans les meilleures conditions, et ce dans l'intérêt des enfants entendus, mais aussi dans celui des personnes accusées.

Adélie JEANSON-SOUCHON

²¹³ « L'audition du mineur : la forme du discours », VILAMOT Bernard, BRETON Jean-Michel, DE CONTI Joseph et al., L'information psychiatrique, 2010/10 (Volume 86), p. 859-867. URL :

<https://www.cairn.info/revue-l-information-psychiatrique-2010-10-page-859.htm>

²¹⁴https://www.huffingtonpost.fr/life/article/affaire-d-outreau-20-ans-apres-comment-le-recueil-de-la-parole-des-enfants-a-t-il-evolué_212621.html

LA REVUE

DROIT PÉNAL ET PROCÉDURE PÉNALE

L'équipe des Pénalistes en Herbe tient à remercier notre marraine Madame CLAVERIE-ROUSSET pour sa patience et son implication dans la relecture et la correction de notre revue, et pour son soutien constant dans notre projet.

Nous tenons aussi à témoigner toute notre gratitude envers les adhérents, les rédacteurs occasionnels, les rédacteurs élargis et les donateurs, sans qui l'association ne pourrait fonctionner. Grâce à eux, de nouveaux projets voient le jour et l'association grandit... Cette marque de soutien nous motive et nous conforte dans l'idée que notre initiative trouve un intérêt auprès du public.

Cette revue vous a plu et vous désirez nous encourager dans notre projet ? N'hésitez pas à adhérer en cliquant [sur ce lien](#) !

Et si vous n'avez pas encore consulté notre site web ... [C'est ici](#) !

Retrouvez-nous sur LinkedIn et avec du contenu exclusif sur Facebook et Instagram,

À très bientôt !

Pénalement vôtre !

