

**CRFPA 2022**



# **FASCICULE DE COURS PROCÉDURE PÉNALE**

## **Tome 1**

**J. Bourcellier<sup>1</sup>**

# TABLE DES MATIERES

<b>TABLE DES MATIERES .....</b>	<b>2</b>
<b>TITRE 1 – LE CADRE DU PROCÈS PÉNAL.....</b>	<b>8</b>
<b>CHAPITRE 1 : Les principes directeurs du procès pénal.....</b>	<b>8</b>
Section 1 – L'exigence d'un procès équitable.....	13
Sous-section 1 : Le droit à un procès équitable .....	13
Sous-section 2 : La défense du droit à un procès équitable .....	13
§1 – Le droit d'accès à un tribunal .....	14
§2 – La qualité de la justice pénale .....	15
A- <i>Le tribunal indépendant et impartial</i> .....	15
B- <i>La publicité</i> .....	17
C- <i>Le délai raisonnable</i> .....	18
D- <i>Les droits de la défense</i> .....	18
E- <i>L'égalité des armes</i> .....	20
Section 2 – La preuve.....	21
Sous-section 1 – La charge de la preuve.....	21
§1 – Le principe : « <i>Actori incumbit probatio</i> » .....	21
§2 – Les exceptions : les présomptions de culpabilité ou de responsabilité .....	22
Sous-section 2 – La recherche et l'administration de la preuve .....	23
§1 – La liberté de la preuve .....	24
A- <i>Le principe</i> .....	24
B- <i>La conséquence</i> .....	25
§2 – La légalité de la preuve .....	25
A- <i>La légalité de la preuve et les spécificités de certains contentieux</i> .....	26
B- <i>La légalité de la preuve et les droits et libertés fondamentaux</i> .....	28
1- Le droit au respect de la vie privée et familiale .....	28
2- Le droit à la dignité.....	28
3- Le principe de la loyauté .....	29
<b>CHAPITRE 2 : Les organes du procès pénal .....</b>	<b>35</b>
Section 1 – La police judiciaire.....	36
Sous-section 1 – La composition de la police judiciaire .....	36
§1 – Les officiers de police judiciaire .....	36
§2 – Les agents de police judiciaire et les agents de police judiciaire adjoints. ....	37
§3 – Les fonctionnaires et agents chargés de certaines fonctions de police judiciaire .....	37
Sous-section 2 – Les autorités investies de pouvoirs de police judiciaire.....	38
§1 – Les pouvoirs de police judiciaire du procureur de la République .....	38
§2 – Les pouvoirs de police judiciaire du juge d'instruction.....	39
§3 – Les pouvoirs de police judiciaire du préfet.....	39
Section 2 – Le ministère public.....	40
Sous-section 1 – La composition du Ministère public .....	40
§1 – Les juridictions d'instruction .....	40
§2 – Les juridictions de jugement.....	40
§3 – Les juridictions de l'exécution des peines .....	41
Sous-section 2 – Les caractéristiques du ministère public .....	42
§1 – Le caractère hiérarchisé du ministère public.....	42
§2 – Le caractère indivisible du ministère public .....	43
§3 – Le caractère dépendant du ministère public.....	44
Section 3 – Les juridictions répressives .....	46
Sous-section 1 – Les juridictions d'instruction.....	46
§1 – Le juge d'instruction .....	46
A- <i>La cosaisine</i> .....	47
B- <i>Les pôles de l'instruction</i> .....	48
§2 – La chambre de l'instruction .....	49
Sous-section 2 – Les juridictions de jugement.....	50
§1- La compétence matérielle.....	50
A- <i>Les juridictions de première instance</i> .....	51
1- Le tribunal de police.....	51
a- La procédure de droit commun .....	51

b-	La procédure simplifiée de l'ordonnance pénale.....	52
2-	Le tribunal correctionnel .....	52
a-	La comparution volontaire.....	53
b-	La citation directe .....	53
c-	La convocation par procès-verbal .....	54
d-	La procédure de comparution immédiate .....	55
e-	La procédure de comparution à délai différé.....	56
f-	La procédure simplifiée dite de l'ordonnance pénale .....	56
g-	La procédure de l'amende forfaitaire .....	58
h-	Le réquisitoire introductif .....	58
3-	La cour d'assises .....	62
4-	La cour criminelle départementale .....	63
B-	<i>Les juridictions d'appel</i> .....	65
C-	<i>La Cour de cassation</i> .....	66
§2-	La compétence personnelle .....	66
A-	<i>Les juridictions compétentes pour juger les mineurs</i> .....	66
B-	<i>Les juridictions compétentes pour juger les militaires</i> .....	66
1-	L'infraction commise en temps de paix.....	67
a-	Les infractions commises sur le territoire de la République .....	67
b-	Les infractions commises hors du territoire de la République.....	67
2-	L'infraction commise en temps de guerre.....	67
C-	<i>Les juridictions compétentes pour juger le Président de la République et les ministres</i> .....	67
1-	Le président de la République .....	67
2-	Les ministres.....	67
§3 –	La compétence territoriale .....	68
Sous-section 3 :	Les juridictions de l'exécution des peines .....	69
§ 1 –	Les juridictions de l'application des peines du premier degré.....	69
A-	<i>Le JAP</i> .....	69
1-	Un magistrat du siège .....	69
2-	Les compétences de ce magistrat du siège .....	70
a-	Les mesures que le JAP a lui-même ordonnées .....	71
b-	Les mesures accordées par d'autres magistrats que le JAP .....	72
B-	<i>Le TAP</i> .....	73
§2 –	Les juridictions de l'application des peines de second degré .....	73
1-	Compétence en formation normale.....	74
2-	Compétence en formation élargie .....	75
<b>CHAPITRE 3 :</b>	<i>Les actions</i> .....	75
Section 1 –	L'action publique.....	75
Sous-section 1 –	Les obstacles à l'action publique .....	75
§1 –	Les obstacles temporaires .....	76
A-	<i>La plainte nécessaire</i> .....	76
1-	La plainte de la victime.....	76
2-	La plainte de l'administration.....	76
B-	<i>L'autorisation nécessaire</i> .....	77
§2 –	L'immunité.....	77
A-	<i>L'immunité politique ou diplomatique</i> .....	78
1-	L'immunité du président de la République .....	78
2-	L'immunité parlementaire et celle du Défenseur des droits.....	78
3-	L'immunité diplomatique .....	78
B-	<i>L'immunité judiciaire</i> .....	79
C-	<i>L'immunité familiale</i> .....	79
§3 –	L'extinction de l'action publique .....	80
A-	<i>La prescription de l'action publique</i> .....	80
1-	Les caractères de la prescription .....	80
2-	Les conditions d'acquisition de la prescription .....	81
a-	Les conditions tenant au délai .....	81
b-	Les perturbations du cours de la prescription .....	82
B-	<i>Les autres causes d'extinction de l'action publique</i> .....	85
Sous-section 2 –	Le droit de mise en mouvement de l'action publique .....	86
§1 –	Le droit de mise en mouvement de l'action publique par le ministère public .....	86
A-	<i>La décision de classement sans suite</i> .....	86

B-	<i>La décision de poursuite</i> .....	87
1-	Le procédé de l'information .....	87
2-	Les procédures accélérées de comparution .....	88
3-	La procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité .....	89
C-	<i>La décision de l'alternative aux poursuites</i> .....	90
1-	La médiation pénale .....	91
2-	La composition pénale .....	91
§2 –	Le droit de mise en mouvement de l'action publique par une administration ou par le Défenseur des droits .....	92
§3 –	Le droit de mise en mouvement de l'action publique par la partie lésée .....	92
Section 2 –	L'action civile .....	93
Sous-section 1 –	Les sujets de l'action civile .....	93
§1 –	La partie civile .....	94
A-	<i>La victime immédiate</i> .....	94
B-	<i>La victime indirecte</i> .....	95
C-	<i>La partie civile non victime</i> .....	97
§2 –	Les défendeurs .....	98
Sous-section 2 –	L'exercice de l'action civile .....	99
§1 –	L'option de la victime .....	99
A-	<i>Le mécanisme de l'option</i> .....	99
B-	<i>Les conséquences procédurales du choix</i> .....	100
1-	L'action civile devant les tribunaux répressifs .....	100
2-	L'action en réparation devant les juridictions civiles .....	101
§2 –	La constitution de partie civile .....	101
A-	<i>L'action de la partie civile</i> .....	101
1-	La citation directe .....	102
2-	La plainte avec constitution de partie civile .....	102
B-	<i>L'intervention de la partie civile</i> .....	102
Sous-section 3 –	L'extinction de l'action civile .....	103
§1 –	La prescription de l'action civile .....	103
§2 –	Les autres causes d'extinction de l'action civile .....	104
Sous-section 3 –	Le caractère accessoire de l'action civile .....	105
<b>TITRE 2 –</b>	<b>LA PHASE POLICIÈRE</b> .....	<b>107</b>
<i>CHAPITRE 1 : Les différentes formes d'enquêtes</i> .....		<b>107</b>
Section 1 –	L'enquête sur infraction flagrante .....	107
Sous-section 1 –	La nature des faits .....	107
Sous-section 2 –	Les critères de la flagrance .....	108
§1 –	Un critère temporel .....	108
§2 –	Un critère d'apparence .....	108
Section 2 –	L'enquête préliminaire .....	109
Section 3 –	Les autres enquêtes .....	112
Sous-section 1 –	L'enquête de mort suspecte .....	113
Sous-section 2 –	L'enquête de recherche d'une personne disparue .....	113
Sous-section 3 –	L'enquête de recherche d'une personne en fuite .....	113
<i>CHAPITRE 2 : Les pouvoirs des enquêteurs</i> .....		<b>114</b>
Section 1 –	Les constatations et vérifications .....	114
Sous-section 1 –	Recherches d'identité et contrôles .....	114
§1 –	Le contrôle d'identité .....	114
A-	<i>Les contrôles à caractère judiciaire</i> .....	114
B-	<i>Les contrôles de recherche d'infractions</i> .....	115
1-	Les opérations « <i>coup de poing</i> » .....	115
2-	La lutte contre le travail clandestin .....	115
C-	<i>Les contrôles à caractère administratif</i> .....	116
1-	Les contrôles de police administrative .....	116
2-	Les contrôles Schengen et assimilés .....	116
3-	Les contrôles des étrangers .....	117
§2 –	Le relevé d'identité .....	117
§3 –	La vérification d'identité .....	118
§4 –	La visite des véhicules .....	119
Sous-section 2 –	La surveillance, l'infiltration et l'enquête sous pseudonyme .....	120

§1 – La surveillance .....	120
§2 – L’infiltration .....	120
§3 – L’enquête sous pseudonyme.....	121
Sous-section 3 – Les examens et collaborations.....	122
§1 – L’assistance.....	122
§2 – Les prélèvements corporels.....	123
Section 2 – La mise à disposition de la police .....	125
Sous-section 1 – L’audition .....	126
§1 – L’audition libre.....	126
§2 – L’arrestation .....	128
§3 – La garde à vue.....	128
A- <i>La nécessité d’une réforme de la garde à vue</i> .....	129
B- <i>La procédure de garde à vue</i> .....	130
1- Le placement en garde à vue .....	130
2- La durée de la garde à vue .....	131
C- <i>Le déroulement de la garde à vue</i> .....	133
1- Le contrôle de la mesure par un magistrat du siège .....	133
2- La dignité de la personne gardée à vue.....	134
3- L’enregistrement des interrogatoires de garde à vue .....	134
4- L’information du placement en garde à vue au procureur de la République.....	136
5- La notification des droits à la personne gardée à vue .....	136
a- Les droits du gardé à vue .....	137
b- La notification immédiate des droits du gardé à vue.....	143
D- <i>Le défèrement de la personne gardée à vue</i> .....	144
Section 3 – Les recherches intrusives .....	144
Sous-section 1 – La perquisition .....	145
§1 – La notion de perquisition.....	145
§2 – Les conditions de la perquisition .....	146
A- <i>L’exigence de l’assentiment de la personne chez qui la perquisition est effectuée</i> .....	146
B- <i>La présence de la personne chez qui la perquisition est effectuée</i> .....	147
C- <i>L’absence d’exigence de l’avocat</i> .....	147
D- <i>Les horaires de perquisition</i> .....	148
§3 – Les différents lieux de perquisition .....	149
A- <i>La perquisition effectuée à l’endroit d’un avocat</i> .....	149
B- <i>La perquisition effectuée à l’endroit du journaliste</i> .....	150
C- <i>La perquisition effectuée à l’endroit d’un autre professionnel tenu au secret</i> .....	150
Sous-section 2 – La saisie.....	151
Sous-section 3 – Les interceptions et enregistrements dissimulés .....	152
§1 – Les écoutes téléphoniques .....	153
§2 – Les captations de données informatiques .....	153
§3 – La géolocalisation .....	154

**TITRE 3 – LA PHASE PRÉPARATOIRE ..... 155**

<i>CHAPITRE 1 – L’instruction par le juge d’instruction et le JLD</i> .....	155
Section 1 : L’ouverture de l’instruction.....	158
Sous-section 1 – La saisine du juge d’instruction.....	158
Sous-section 2 – L’obligation d’informer .....	158
Section 2 – Les pouvoirs du juge d’instruction .....	158
Sous-section 1 – Les pouvoirs d’investigation .....	159
§1 – L’initiative des actes d’investigation .....	159
§2 – L’exécution des actes d’investigation .....	159
A- <i>Les conditions de fond</i> .....	160
B- <i>Les conditions de forme</i> .....	160
§3 – La liste des actes d’investigation .....	160
A- <i>Les investigations matérielles</i> .....	160
1- La perquisition.....	160
2- La saisie .....	161
3- L’expertise .....	161
4- Les écoutes téléphoniques .....	161
a- Les conditions de fond .....	161
b- Les conditions de forme.....	162

5-	La sonorisation .....	162
6-	La géolocalisation .....	162
a-	Le champ d'application de la géolocalisation.....	162
b-	La procédure applicable aux opérations de géolocalisation .....	163
c-	Les dispositions dérogatoires dans le cadre de l'urgence .....	165
B-	<i>Les auditions</i> .....	166
1-	Le témoin .....	166
2-	Le témoin assisté.....	166
Sous-section 2 –	Les pouvoirs de contrainte .....	167
§1 –	Les mandats.....	167
A-	<i>Le mandat de recherche</i> .....	167
B-	<i>Le mandat de comparution</i> .....	167
C-	<i>Le mandat d'amener</i> .....	167
D-	<i>Le mandat d'arrêt</i> .....	168
E-	<i>Le mandat de dépôt</i> .....	168
§2 –	La mise en examen .....	168
§3 –	Le contrôle du mis en examen.....	170
A-	<i>Le contrôle judiciaire</i> .....	171
B-	<i>L'assignation à résidence avec surveillance électronique</i> .....	171
C-	<i>La détention provisoire</i> .....	172
Section 3 –	La clôture de l'instruction .....	174
Sous-section 1 –	Les ordonnances de règlement .....	174
Sous-section 2 –	La réouverture de l'instruction .....	176
<b>CHAPITRE 2 –</b>	<b><i>Le contrôle de l'instruction par la chambre de l'instruction</i></b> .....	<b>176</b>
Section 1 –	Le pouvoir de révision.....	177
Sous-section 1 –	La saisine pour révision .....	177
Sous-section 2 –	La révision après évocation .....	179
Section 2 –	Le pouvoir de réformation .....	179
Sous-section 1 –	Le droit d'appel.....	179
§1 –	Le droit d'appel étendu du ministère public.....	179
§2 –	Le droit d'appel réduit des parties privées .....	180
A-	<i>L'appel interjeté par le mis en examen</i> .....	181
B-	<i>L'appel interjeté par la partie civile</i> .....	181
Sous-section 2 –	Les effets de l'appel .....	182
§1 –	L'effet suspensif.....	182
§2 –	L'effet dévolutif .....	182
Section 3 –	Le pouvoir d'annulation .....	183
Sous-section 1 –	La requête en annulation .....	183
Sous-section 2 –	Le fondement de la nullité.....	189
§1 –	Les nullités textuelles .....	189
§2 –	Les nullités substantielles .....	190
Sous-section 3 –	Les effets de l'annulation.....	191

\*  
\*       \*  
\*

Qu'est-ce que la procédure pénale ? La procédure pénale tend à l'examen des règles relatives à la recherche des infractions ainsi qu'à la poursuite et au jugement de leurs auteurs.

La procédure pénale a donc pour objet **la réglementation du procès pénal**, entendu largement :

- elle détermine tout d'abord l'organisation et la compétence des différentes juridictions répressives ;
- elle fixe ensuite les règles qui doivent être respectées pour la constatation des infractions (enquêtes de police et instruction préparatoire) et lors du jugement (instruction définitive) ;
- elle régleme également l'autorité et les effets du jugement répressif, ainsi que les voies de recours susceptibles d'être formées à son encontre ;
- elle concerne enfin l'exécution des peines.

Par conséquent, il importe d'étudier le procès pénal au travers de ses différentes phases : la phase policière (Titre 2), la phase préparatoire (Titre 3), la phase décisive (Titre 3) et la phase d'exécution des peines (Titre 4). Mais avant toute chose, il importe d'étudier le cadre de ce procès pénal (Titre 1)

## TITRE 1 – LE CADRE DU PROCÈS PÉNAL

Le procès pénal faisant appel à de multiples principes (Chapitre 1) et acteurs (Chapitre 2), il importe de s'attarder sur ces derniers, avant d'étudier les actions (Chapitre 3).

### CHAPITRE 1 : Les principes directeurs du procès pénal

Le système procédural français repose sur différents principes directeurs qui ont pour objet de fixer le cadre général du procès pénal.

Remarquons que, contrairement au Code pénal (CP), le Code de procédure pénale (CPP) ne contenait, *ab initio*, aucune disposition ni chapitre dédié aux principes d'ordre procédural établissant le rôle des acteurs du procès pénal et des garanties fondamentales de bonne justice.

Le législateur a depuis lors remédié à cette situation, même si d'un point de vue strictement chronologique, c'est la jurisprudence qui est à l'origine de leur découverte.

**Précisions** : la Cour de cassation a en effet pris l'initiative, en l'absence de disposition légale, de dégager des principes généraux de la procédure pénale. Notamment, la Haute Cour a pu considérer qu'une opération diligentée par un juge d'instruction méritait d'être annulée, parce qu'elle avait eu « pour but et pour résultat d'éluider les dispositions légales et les règles générales de procédure » (Crim. 12 juin 1952 : JCP G 1952, II, 7 241). Elle a poursuivi en considérant qu'« il se déduit des dispositions de l'article 199 du code de procédure pénale et des principes généraux du droit que, devant la chambre [à l'époque] d'accusation, l'inculpé doit avoir la parole en dernier » (Crim. 28 sept. 1983 : Bull. crim. n° 232). En parallèle, à côté de ces principes généraux, sont apparus les principes fondamentaux, dégagés cette fois-ci par le Conseil constitutionnel, notamment à partir de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789 et du Préambule de 1946, à l'instar de la présomption d'innocence (Cons. const. 9 janv. 1980, n° 79-109 DC) et des droits de la défense (Cons. const. 2 déc. 1976, n° 76-70 DC).

Sous l'influence des dispositions conventionnelles, et en particulier des articles 5 et 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme (Conv. EDH), lesquels recèlent un ensemble de droits essentiels (droit à l'information d'un individu arrêté, droit à être traduit devant un magistrat, droit à être jugé dans un délai raisonnable), le législateur français est intervenu. C'est ainsi que la loi du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes dite Guigou a introduit, au sein du Code de procédure pénale, un article préliminaire lequel comprend les principes directeurs sur le procès pénal lesquels exposent **les exigences du procès équitable** (v. Crim. 26 janv. 2016, n° 15-80.299 : Bull. crim. n° 16).

**Article préliminaire du CPP** : « I.-La procédure pénale doit être équitable et contradictoire et préserver l'équilibre des droits des parties.

*Elle doit garantir la séparation des autorités chargées de l'action publique et des autorités de jugement.*

*Les personnes se trouvant dans des conditions semblables et poursuivies pour les mêmes infractions doivent être jugées selon les mêmes règles.*



*II.-L'autorité judiciaire veille à l'information et à la garantie des droits des victimes au cours de toute procédure pénale.*

*III.-Toute personne suspectée ou poursuivie est présumée innocente tant que sa culpabilité n'a pas été établie. Les atteintes à sa présomption d'innocence sont prévenues, réparées et réprimées dans les conditions prévues par la loi.*

*Elle a le droit d'être informée des charges retenues contre elle et d'être assistée d'un défenseur. Si la personne suspectée ou poursuivie ne comprend pas la langue française, elle a droit, dans une langue qu'elle comprend et jusqu'au terme de la procédure, à l'assistance d'un interprète, y compris pour les entretiens avec son avocat ayant un lien direct avec tout interrogatoire ou toute audience, et, sauf renonciation expresse et éclairée de sa part, à la traduction des pièces essentielles à l'exercice de sa défense et à la garantie du caractère équitable du procès qui doivent, à ce titre, lui être remises ou notifiées en application du présent code.*

*Les mesures de contraintes dont la personne suspectée ou poursuivie peut faire l'objet sont prises sur décision ou sous le contrôle effectif de l'autorité judiciaire. Elles doivent être strictement limitées aux nécessités de la procédure, proportionnées à la gravité de l'infraction reprochée et ne pas porter atteinte à la dignité de la personne.*

*Il doit être définitivement statué sur l'accusation dont cette personne fait l'objet dans un délai raisonnable.*

*Au cours de la procédure pénale, les mesures portant atteinte à la vie privée d'une personne ne peuvent être prises, sur décision ou sous le contrôle effectif de l'autorité judiciaire, que si elles sont, au regard des circonstances de l'espèce, nécessaires à la manifestation de la vérité et proportionnées à la gravité de l'infraction.*

*Toute personne condamnée a le droit de faire examiner sa condamnation par une autre juridiction.*

*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.*

*En matière de crime ou de délit, le droit de se taire sur les faits qui lui sont reprochés est notifié à toute personne suspectée ou poursuivie avant tout recueil de ses observations et avant tout interrogatoire, y compris pour obtenir des renseignements sur sa personnalité ou pour prononcer une mesure de sûreté, lors de sa première présentation devant un service d'enquête, un magistrat, une juridiction ou toute personne ou tout service mandaté par l'autorité judiciaire. Aucune condamnation ne peut être prononcée sur le seul fondement de déclarations faites sans que ledit droit ait été notifié.*

*Le respect du secret professionnel de la défense et du conseil, prévu à l'article 66-5 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, est garanti au cours de la procédure pénale dans les conditions prévues par le présent code ».*

**Remarque** : L'article préliminaire du code de procédure pénale précise depuis la loi du 22 décembre 2021, dans sa version en vigueur du 1<sup>er</sup> mars 2022, que le respect du secret professionnel de la défense et du conseil est garanti au cours de la procédure pénale. Un secret professionnel unifié est ainsi consacré. Mais surtout cette loi prévoit **l'obligation de notifier à la personne suspectée ou poursuivie le droit de se taire sur les faits qui lui sont reprochés**. Cette notification doit **intervenir à toutes les phases de la procédure**, lorsqu'un individu est présenté pour la première fois à un service d'enquête ou à un magistrat, avant tout recueil de ses observations et avant tout interrogatoire, y compris pour obtenir des renseignements sur sa personnalité ou pour prononcer une mesure de sûreté.

L'article préliminaire précise qu'aucune condamnation ne peut être prononcée sur le seul fondement de déclarations faites sans que le droit de se taire ait été notifié.

Malgré quelques réticences doctrinales quant à la normativité de ce texte, la jurisprudence assure son effectivité. Étant précisé que cet article d'une part, n'est aucunement supérieur aux autres dispositions du CPP et d'autre part, n'est qu'une reprise des principes posés par la Conv. EDH, en sorte que ces principes auraient pu être invoqués, dans notre droit, par le biais du contrôle de conventionalité.

Cet article rappelle la présomption d'innocence qui gouverne le droit de la preuve, de même que d'autres principes généraux qui concourent à assurer l'équité et qui innervent chaque aspect de la procédure pénale. Il importe donc de s'attarder sur le droit à un procès équitable (Section 1) et les règles en matière de preuve (Section 2), lesquels guide le procès pénal.

**Précisions** : Il importe toutefois de ne pas délaissier les autres principes qui irriguent également la procédure pénale.

**1) Le principe de légalité criminelle** : ce principe, lequel impose que les crimes et délits soient prévus par la loi, se rattache au droit pénal substantiel. Il est d'ailleurs inscrit à l'article 111-3 du CP. Une partie de la doctrine considère toutefois que ce principe trouve également applicable en droit pénal processuel. En réalité, c'est l'article 34 de la Constitution qui précise que « la loi fixe les règles concernant [...] la procédure pénale [...] la création de nouveaux ordres de juridiction et le statut des magistrats ».

**2) Le principe d'égalité devant la justice** : ce principe a été dégagé par le Conseil constitutionnel, à partir du principe d'égalité devant la loi. Il implique que tous les justiciables se voient réserver un traitement équivalent dès lors qu'elles se trouvent dans une situation identique ou comparable (v. Cons. const. 3 sept. 1986, n° 86-215 DC).

**3) Le principe de collégialité des juridictions** : ce principe signifie que la juridiction répressive est composée par un collège de magistrats et non par un juge unique. Il offre l'avantage de susciter des confrontations d'opinions et diminue le risque d'erreur, tout en assurant au surplus l'anonymat de la sentence. Le principe de la collégialité comporte toutefois des exceptions : le juge d'instruction ; le juge des enfants (qui peut prononcer certaines mesures éducatives bénignes comme juge unique ; cf. infra), et le tribunal de police.

**4) Le principe du double degré de juridiction** : ce principe signifie que chaque affaire peut être examinée successivement par deux degrés de juridiction, le second étant saisi en appel du premier. Les juges du second degré sont plus expérimentés que ceux du premier, et parfois aussi plus nombreux. Tel est le cas en matière criminelle, pour laquelle la loi du 15 juin 2000 a prévu des cours d'assises d'appel comprenant, outre 3 magistrats, 9 jurés (au lieu de 6 au premier degré), même s'il ne s'agit pas, à proprement parler, d'un appel (cf. infra). Cette réforme, demandée depuis longtemps, supprime les critiques tirées de la Convention européenne des droits de l'Homme, ou du pacte des Nations unies sur les droits civils et politiques. La règle du double degré de juridiction comporte, elle aussi, des exceptions : certaines décisions du tribunal de police prononçant des condamnations minimales (CPP, art. 546) ne sont pas, par exemple, susceptibles d'appel (cf. infra).

**5) Le principe de la séparation des fonctions judiciaires** : ce principe est la conséquence directe de la multiplicité des phases du procès pénal. Ce dernier comprend aujourd'hui quatre étapes distinctes : la poursuite, l'instruction préparatoire, le jugement et l'exécution de la condamnation, auxquelles correspondent des organes précis. On trouve dans le CPP des applications ponctuelles de ce principe essentiel auxquelles son article préliminaire renvoie. La chambre criminelle de la Cour de cassation en a, pour sa part, toujours fait un principe de portée générale. Le contenu du principe marque d'emblée la spécificité du procès pénal même si des limites viennent en borner l'application.

Quant au contenu de ce principe. À chaque étape du procès pénal correspond une autorité spécifique. Ainsi, durant la phase de poursuite, l'action publique va être mise en mouvement par le ministère public. Au cours de l'instruction, le juge d'instruction va procéder à l'information à charge et à décharge. Lors de la phase de jugement, le tribunal se prononcera sur la culpabilité ou l'innocence de la personne déférée devant lui. La phase d'exécution quant à elle permet l'action du juge de l'application des peines et du tribunal de l'application des peines. Le souci de protection des libertés individuelles interdit qu'une même autorité puisse successivement poursuivre, instruire et juger une même affaire pénale. Il impose par ailleurs leur indépendance réciproque. En conséquence, le procureur de la République a seulement pour compétence d'engager des poursuites et d'exercer l'action publique. De son côté, le juge d'instruction, qui ne peut se saisir d'office, a le pouvoir d'effectuer tous les actes d'instruction qu'il juge nécessaire ; c'est ensuite à la juridiction de jugement valablement saisie que revient de façon exclusive la fonction de juger, c'est-à-dire de condamner ou au contraire de relaxer ou d'acquitter. L'extension des pouvoirs du juge des libertés et de la détention (JLD) participe de cette même volonté. Ce juge intervient en contrepoids du procureur de la République dans l'enquête notamment, mais aussi pour doubler les garanties face aux mesures attentatoires aux libertés qui sont prises durant l'instruction. Ce cloisonnement des pouvoirs, fruit de la multiplicité des étapes du procès pénal, crée par conséquent des incompatibilités relativement à la composition des juridictions. Certaines d'entre elles sont prévues par la loi, tandis que d'autres sont d'origine jurisprudentielle. Ainsi, le Code de procédure pénale prévoit-il que le juge d'instruction et le JLD ne peuvent participer au jugement des affaires pénales dont ils ont eu à connaître pendant l'instruction. En effet, les magistrats ayant fait un acte de poursuite ou d'instruction ou ayant participé à un précédent débat d'assises ne peuvent faire partie de la cour d'assises. La chambre criminelle de la Cour de cassation fait, pour sa part, interdiction au juge d'instruction d'entrer dans la composition de la juridiction d'instruction du second degré en ce qui concerne la même affaire. Elle s'oppose également à ce que le magistrat d'une chambre de l'instruction – qui a examiné la valeur des charges justifiant le renvoi devant le tribunal correctionnel – siège par la suite à la chambre des appels correctionnels. Précisons qu'indépendamment du principe de séparation des fonctions, ces positions se justifient, pour le premier cas, dans le respect du double degré de juridiction et, pour le second, dans l'exigence d'un juge impartial (cf. infra). Si ce principe de séparation des fonctions est impératif, il n'en est pas pour autant absolu.

Quant aux limites de ce principe. Dans certaines hypothèses, la loi et la jurisprudence admettent par exception qu'une même autorité puisse poursuivre et instruire ou que l'instruction et le jugement relèvent de la compétence d'un magistrat unique. Ainsi, la chambre de l'instruction, juridiction d'instruction du second degré, pourra étendre les poursuites à des faits restés en dehors de ce qui est visé par l'ordonnance du juge d'instruction (C. pr. pén., art. 202). Cette solution légale se justifie de façon générale par le rôle primordial de la chambre de l'instruction

tout au long de l'instruction et singulièrement par son pouvoir de révision. Par ailleurs, et jusqu'à l'ordonnance n° 2019-950 du 11 septembre 2019 et ratifié par la loi n° 2021-218 du 26 février 2021, instaurant le code de justice pénale des mineurs (CJPM), le juge des enfants cumulait par exception les fonctions d'instruction, de jugement (Ord. du 2 févr. 1945, art. 8 anc.), auxquelles il faut ajouter celles de l'application des peines (Ord. du 2 févr. 1945, art. 20-9 et art. 20-2 anc.). La nécessaire spécialisation de ce magistrat et l'intérêt attaché à une bonne connaissance du mineur fondent traditionnellement la solution. En effet, la délinquance juvénile n'est pas traitée de la même manière que la délinquance des majeurs ; elle obéit aux règles spécifiques du droit pénal des mineurs et relève de juridictions d'exception. Issu du tribunal judiciaire, ce juge des enfants peut donc statuer dans une affaire qu'il a lui-même instruite. Toutefois, il faut préciser qu'il ne pourra pas prononcer de peine, seulement des mesures éducatives. Cette dérogation n'en est pas moins contestée sur le fondement de l'article 6, § 1, de la Conv. EDH. Si l'argument avait été rejeté en 1993, autant par la chambre criminelle de la Cour de cassation que par la Cour EDH dans l'arrêt Nortier du 24 août 1993, les critiques s'appuient dorénavant sur l'arrêt Adamkiewicz c/ Pologne du 2 mars 2010. La Cour européenne admet, dans cet arrêt, les particularités de la justice des mineurs, de sorte que « *le simple fait, pour un juge, d'avoir pris des décisions avant le procès ne peut justifier en soi des appréhensions relativement à son impartialité* ». Pour autant, elle précise que, « *ce qui compte, c'est l'étendue des mesures adoptées par le juge avant le procès* ». Ce cumul de fonctions est donc lié à l'usage que le juge des enfants fait de ses pouvoirs d'instruction ; une question de proportion qu'il sera peut-être difficile de mesurer en pratique. À la suite de cette décision et de l'intervention du Conseil constitutionnel, saisi à la suite de la transmission d'une QPC, le législateur a réécrit l'article L. 251-3 du COJ, en interdisant au juge des enfants de présider le tribunal pour enfants dans les affaires pour lesquelles il a procédé au renvoi. L'adoption du CJPM, lequel est en vigueur depuis le 30 septembre 2021, permet de régler la difficulté de principe liée à l'im(la)partialité en faisant perdre au juge des enfants sa fonction d'instruction. Sachant que, de manière générale, l'instruction tend à disparaître, alors même qu'en droit pénal des mineurs, elle résistait encore assez bien. Mieux elle se justifiait au vu de la particularité de la matière.

En marge de la procédure pénale, le législateur a également confié à certaines autorités publiques indépendantes (AAI) telle que l'Autorité des marchés financiers (AMF) un ensemble de pouvoirs qui heurte de plein fouet le principe de séparation des fonctions. À côté de son pouvoir normatif et sanctionnateur, elle cumule les fonctions de poursuites, d'instruction et de jugement, comme hier la Commission des opérations de bourse (COB). Cette situation contestable, tant du point de vue du droit interne que du droit européen, a valu à la COB une condamnation solennelle de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation le 5 février 1999. Un membre de la COB ayant été chargé « de procéder à une instruction sur les faits... ne pouvait pas participer au délibéré ». En créant l'Autorité des marchés financiers, la loi du 1<sup>er</sup> août 2003 a tenu compte de ces exigences en dissociant le collègue de la commission des sanctions. Toutefois, quelques décisions rendues dans d'autres domaines sont beaucoup plus critiquables. En effet, la chambre criminelle considère par exemple que le juge qui a participé à un arrêt sur la liberté d'une personne en tant que membre de la chambre de l'instruction peut ensuite connaître de l'affaire en appel comme membre de la chambre des appels correctionnels. Si cette solution pouvait se prévaloir de la jurisprudence européenne, la CEDH a condamné la France dans l'arrêt Chesne du 22 avril 2010, eu égard à des circonstances particulières mettant en doute dans ce cas précis l'impartialité des magistrats et du tribunal.

## **Section 1 – L'exigence d'un procès équitable**

Le droit à un procès équitable est affirmé par des sources diverses (Sous-section 1). Étant précisé que la jurisprudence évolutive de la Cour européenne des droits de l'homme (Cour EDH) occupe une place majeure dans la défense de ce principe (Sous-section 2).

### **Sous-section 1 : Le droit à un procès équitable**

Le droit à un procès équitable se trouve au niveau interne qu'internationales.

Au niveau des **sources internes** d'une part. Comme précisé, l'article préliminaire du Code de procédure pénale commence en précisant : « *La procédure pénale doit être équitable et contradictoire et préserver l'équilibre des droits des parties* ».

L'équité induit l'équilibre, ces termes partageant même une racine commune avec *l'aequus* latin. Rappelons que la loi n° 2007- 291 du 5 mars 2007, qui suit le rapport fait au nom de la commission d'enquête 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, prétend d'ailleurs par son intitulé même renforcer l'équilibre de la procédure pénale.

Le Conseil constitutionnel réunit l'équilibre et l'équité en affirmant que « le principe du respect des droits de la défense implique, notamment en matière pénale, l'existence d'une procédure juste et équitable garantissant l'équilibre des droits des parties » (Cons. const. 2 févr. 1995, n° 95-360 DC).

Au niveau des **sources internationales** d'autre part. L'exigence d'équité est exprimée par l'article 10 de la Déclaration universelle des droits de l'homme (DUDH) du 10 décembre 1948 et par l'article 14, § 1 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 19 décembre 1966. Précisons que ce pacte est plus important qu'on peut penser, d'une part parce qu'il est auto- exécutoire en droit national et d'autre part parce que son application est contrôlée par le Comité des droits de l'homme de l'Organisation des Nations unies. Mais la pierre angulaire du droit à un procès équitable est constituée par l'article 6 de la Conv. EDH, interprété de façon parfois audacieuse par la Cour EDH.

### **Sous-section 2 : La défense du droit à un procès équitable**

Le droit à un procès équitable est garanti par le droit international pour les contestations sur les droits et obligations de caractère civil et pour les accusations en matière pénale. La Cour EDH refuse de considérer ces domaines en seule référence aux délimitations des droits internes. Les matières civile et pénale sont ainsi des notions européennes autonomes. L'arrêt Engel c/ Pays-Bas du 8 juin 1976 fournit les trois critères permettant de déterminer « la matière pénale » :

- la qualification donnée par le droit interne ;
- la nature de l'infraction ;
- la gravité de la sanction.

Outre le **droit à l'exécution effective du jugement**, le droit à un procès équitable implique, de façon successive et naturellement complémentaire, le droit d'accès à un tribunal (§1) puis une qualité satisfaisante de la justice pénale (§2).

### **§1 – Le droit d'accès à un tribunal**

Le Conseil constitutionnel a reconnu le droit à un recours effectif devant une juridiction sur le fondement de l'article 16 de la DDHC. Notamment, le Conseil constitutionnel a récemment abrogé les dispositions de l'article 380- 11, alinéa 5 du CPP qui prévoyaient que « la caducité de l'appel de l'accusé résulte également de la constatation, par le président de la cour d'assises, que ce dernier a pris la fuite et n'a pas pu être retrouvé avant l'ouverture de l'audience ou au cours de son déroulement » (Cons. const. 13 juin 2014, n° 2014-403 DC), car elles portaient au droit à un recours juridictionnel effectif une atteinte disproportionnée au regard de l'objectif d'intérêt général poursuivi et que, par suite, elles méconnaissaient les exigences résultant de l'article 16 de la Déclaration de 1789.

Le procès équitable exigé par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme implique d'abord le droit d'avoir un accès concret et effectif à un tribunal (CEDH, 21 févr. 1975, *Golder c/ Royaume-Uni*, n° 4451/70). En effet, toute personne qui fait l'objet d'une accusation en matière pénale a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement par un tribunal (CEDH, 8 mars 2012, *Cadène c/ France*, n° 12039/08 et CEDH, 8 mars 2012, *Célice c/ France*, n° 14166/09), même si, par exception, la Cour EDH admet le principe d'un mode alternatif de règlement du litige pénal dès lors que l'intéressé n'y a pas été contraint (CEDH, 27 févr. 1980, *Deweer c/ Belgique*, n° 6903/75).

**Remarque** : cette exigence de la jurisprudence européenne a conduit en ce domaine à une modification de la loi française. Jadis, la déchéance du pourvoi en cassation frappait le condamné qui n'avait pas respecté l'obligation de mise en état. En vertu des dispositions de l'article 583 du Code de procédure pénale, tout prévenu condamné à une peine supérieure à six mois – et depuis l'entrée en vigueur de la loi du 23 juin 1999, à un an – qui avait formé un pourvoi en cassation, avait ainsi l'obligation de se mettre en état, c'est-à-dire de se constituer prisonnier la veille de l'audience devant la Cour, à moins qu'il n'ait obtenu, de la part de la juridiction qui l'avait condamné, dispense de se mettre en état. Faute de souscrire à cette obligation, il était déchu de son pourvoi qui était donc rejeté sans examen au fond. Le droit à un tribunal garanti par l'article 6 § 1 de la Conv. EDH n'est certes pas absolu mais les limitations appliquées par les États ne sauraient restreindre l'accès ouvert à l'individu d'une manière ou à un point tels que le droit s'en trouve atteint dans sa substance même. Aussi, pour la Cour européenne, cette sanction était disproportionnée au regard du droit d'accès à un tribunal (CEDH, 14 déc. 1999, *Khalfaoui c/ France*). Par ailleurs, le respect de la présomption d'innocence, combiné avec l'effet suspensif du pourvoi, s'opposait à l'obligation pour un accusé libre de se constituer prisonnier, quelle que soit la durée, même brève, de son incarcération. La possibilité de demander une dispense de mise en état n'était pas, de l'avis de la Cour, de nature à retirer à la sanction de la déchéance du pourvoi son caractère disproportionné. Il s'agissait donc pour la Cour européenne d'une entrave excessive au droit d'accès à un tribunal et donc au droit à un procès équitable. La loi du 15 juin 2000 a en conséquence abrogé cette disposition.

## §2 – La qualité de la justice pénale

Relevons qu'avoir accès à un juge ne suffit pas à satisfaire le droit à un procès équitable, encore faut-il que la justice soit rendue dans des conditions satisfaisantes.

La qualité de la justice pénale répond à des exigences constitutionnelles, légales et conventionnelles. Elle passe par l'exigence d'un tribunal indépendant et impartial (A), de la publicité (B), d'un jugement dans un délai raisonnable (C), l'exercice des droits de la défense (D) ou encore le respect de l'égalité des armes (E).

### *A- Le tribunal indépendant et impartial*

La justice pénale ne peut présenter les garanties d'un procès équitable qu'en assurant d'abord le droit à un tribunal indépendant et impartial. Le tribunal doit être établi par la loi, non seulement dans son existence et sa compétence mais aussi dans sa composition. Aussi doit-il être à la fois indépendant et impartial.

Cette exigence d'une justice indépendante et impartiale se trouve déjà incluse dans le principe de séparation des fonctions (*cf. supra*). Mais elle se trouve renforcée en procédure pénale, entendue sous l'exigence de procès équitable. Toute la difficulté consiste à donner un contenu à ces notions d'indépendance et d'impartialité.

**L'indépendance** du tribunal se mesure au fait qu'il ne peut être soumis à des ordres ou à des instructions provenant de l'extérieur de la juridiction. Cette dernière doit prendre sa décision uniquement sur la base des règles de droit et conformément à son intime conviction.

**L'impartialité** quant à elle présuppose l'indépendance mais va au-delà. La définir comme une absence de préjugé ou de parti pris est cependant insuffisant car il existe deux façons de l'apprécier, ce qui amène à distinguer l'impartialité objective et subjective.

L'impartialité subjective s'apprécie eu égard aux dispositions personnelles des magistrats composant le tribunal mais elle est très difficile à caractériser puisqu'elle implique de sonder « *les reins et les cœurs* ». En revanche, l'impartialité objective se rapporte quant à elle aux apparences. Ce sont alors les différentes fonctions successives qui entrent dans l'appréciation de l'impartialité : on parle d'impartialité fonctionnelle. En effet, un tribunal doit plus présenter une apparence d'impartialité, eu égard à la confiance que les tribunaux d'une société démocratique sont tenus d'inspirer au justiciable (CEDH, 23 avr. 1996, *Remli c/ France*), ce qui implique d'apprécier cette impartialité de manière aussi bien subjective qu'objective.

La Cour de cassation a ainsi décidé que si l'adhésion d'un juge à une association, et spécialement à une association ayant pour mission de veiller à l'information et à la garantie des droits des victimes, laquelle, aux termes de l'article préliminaire, II du CPP, entre dans les attributions de l'autorité judiciaire, n'est pas, en soi, de nature à porter atteinte à la présomption d'impartialité dont il bénéficie, il en va autrement lorsque des liens étroits, traduits alors que les débats étaient en cours par une convention de partenariat, ont été noués entre deux fédérations, dont l'une était partie civile dans la procédure et l'autre avait pour vice-président l'un des juges siégeant dans la formation de jugement. En omettant d'aviser les parties de cette situation, alors que ces éléments étaient de nature à créer, dans leur esprit, un doute raisonnable, objectivement justifié,

sur l'impartialité de la juridiction, ce qui aurait pu les conduire à présenter une requête en récusation, la cour d'appel a méconnu l'article 6, § 1 de la Convention EDH et l'article préliminaire du CPP selon lesquels toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue par un tribunal indépendant et impartial (Crim. 13 janv. 2015 : *Bull. crim.* n° 15). De même, la conduite d'un président de la cour d'assises, qui a rencontré à son domicile la mère des victimes, a pu faire naître des doutes objectivement justifiés quant à son impartialité objective et ainsi remettre en cause l'impartialité de la cour d'assises elle-même pour connaître du bien-fondé de l'accusation pénale dirigée contre l'accusé (CEDH 31 août 2021, n° 61344/16, *Karrar c/ Belgique*).

La Cour européenne avait quant à elle adopté jadis une interprétation très sévère de l'impartialité en décidant qu'était interdit tout exercice successif dans une même affaire de fonctions juridictionnelles différentes de la part d'un même juge. La jurisprudence est désormais plus nuancée et le cumul des fonctions n'est pas systématiquement condamné. Tout dépend de savoir si les fonctions initiales du juge l'ont conduit à un examen de l'affaire suffisamment approfondi pour qu'il puisse se forger une opinion, qui représenterait alors une forme de préjugé, sur la culpabilité du prévenu. Certains cumuls sont prohibés, comme les fonctions de poursuite et de jugement (*cf.* principe de séparation des fonctions).

**Remarque** : Au-delà d'avoir édicté un certain nombre de règles qui visent à prévenir tout défaut d'impartialité, le législateur permet également aux parties de se prémunir contre l'arbitraire des juges en sollicitant a posteriori l'éviction d'un juge dont l'impartialité pourrait être douteuse, et ce au travers de deux mécanismes distincts (Crim. 20 juin 2013 : *Bull. crim.* n° 149) : la récusation et le renvoi en suspicion légitime.

**La récusation** prévue à l'article 669 du CPP est un incident soulevé par l'une des parties au procès (la personne mise en examen, le prévenu ou l'accusé ou toute partie à l'instance) et présenté, à peine de nullité, au premier président de la cour d'appel, dans le but de faire écarter un juge qu'elle suspecte de partialité. Relevons que l'initiative de la récusation peut émaner du juge lui-même. Il résulte de l'article 674 du CPP que les juges ou conseillers visés à l'article 668 peuvent se récuser d'office dès lors qu'ils obtiennent l'autorisation du premier président de la cour d'appel, dont la décision est rendue après avis du procureur général. La récusation ne peut être dirigée qu'à l'encontre d'un magistrat du siège, quel que soit le stade de la procédure. Par conséquent, les magistrats du ministère public ne peuvent faire l'objet d'une récusation, et ce en raison de leur qualité de partie au procès pénal (CPP, art. 669). Ce principe fait écho à l'adage selon lequel l'on ne peut récuser son adversaire. L'article 668 du CPP énonce neuf causes de récusation, limitativement énumérées (Crim. 22 nov. 2005 : *Bull. crim.* n° 305), qui peuvent être regroupées en quatre catégories : la parenté ou l'alliance entre un juge et une partie ; la communauté ou la contradiction d'intérêts entre un juge et une partie ; la connaissance antérieure de la cause par le juge ; la manifestation de partialité du juge. La récusation présente un caractère facultatif pour la partie titulaire de ce droit. Il en résulte notamment que la juridiction n'est pas tenue de relever d'office une cause de récusation dont elle aurait connaissance. Il en va cependant différemment lorsque cette cause de récusation constitue également un cas d'incompatibilité, la juridiction étant alors tenue de relever l'irrégularité de sa composition (Crim. 31 mai 1988 : *Bull. crim.* n° 235).

**Le renvoi pour cause de suspicion légitime** prévu à l'article 662, alinéa 2, du CPP, est un incident de procédure permettant à une partie (le procureur général près la Cour de cassation,



le ministère public établi, près la juridiction saisie ou les parties (personne mise en examen, prévenu, accusé, partie civile, parties intervenantes, mais non le plaignant qui ne s'est pas constitué partie civile, le témoin ou le témoin assisté), à l'occasion d'une instance en cours, de demander à la chambre criminelle de la Cour de cassation le dessaisissement d'une juridiction (criminelle, correctionnelle ou de police) dans son ensemble dont elle suspecte la partialité. Étant précisé que la demande de renvoi pour cause de suspicion légitime n'est pas recevable contre le ministère public (Crim. 7 avr. 1976 : *Bull. crim.* n° 107). A la différence de la procédure de récusation prévue à l'article 668 précité, aucune énumération des causes de renvoi n'est prévue en matière de suspicion légitime. Le demandeur doit donc démontrer que des éléments objectifs sont de nature à faire naître un doute sur l'impartialité d'une juridiction dans son ensemble (ex : la circonstance qu'un juge d'instruction instruit une affaire dans laquelle il a déjà rendu une décision de refus d'informer injustifiée (Crim. 5 janv. 2005 : *Bull. crim.* n° 10) ou l'expression publique par un juge d'instruction de propos hostiles à l'égard d'une personne mise en examen (Crim. 21 août 1990 : *Bull. crim.* n° 305). En revanche, ne constituent pas des motifs de renvoi pour cause de suspicion légitime, le fait qu'un juge d'instruction ait rendu une ordonnance visant à obtenir la mainlevée de l'immunité parlementaire de la personne dont il envisage la mise en examen (Crim. 10 juill. 1996 : *Bull. crim.* n° 294).

### *B- La publicité*

Absente de l'article préliminaire, cette exigence procédurale est consacrée par l'article 6 de la Convention EDH.

Cet article évoque en effet tout à la fois la publicité des débats et la publicité du jugement.

La **publicité des débats** tend à protéger les justiciables contre une justice secrète échappant au contrôle du public (CEDH, 24 nov. 1997, *Werner c/ Autriche*, n° 21835/93). Elle constitue aussi un moyen de préserver la confiance des justiciables dans l'institution judiciaire et participe, par la transparence qu'elle donne à l'administration de la justice, du droit à un procès équitable et de sa finalité (CEDH, 22 févr. 1984, *Sutter c/ Suisse*, n° 8209/78). L'audience de jugement s'inspire du modèle accusatoire qui suppose, outre l'oralité et le contradictoire, la publicité des débats. Le Conseil constitutionnel défend également ce principe en considérant qu'« *il résulte de la combinaison des articles 6, 8, 9 et 16 de la Déclaration de 1789 que le jugement d'une affaire pénale pouvant conduire à une privation de liberté doit, sauf circonstances particulières nécessitant le huis clos, faire l'objet d'une audience publique* » (Cons. cons. 2 mars 2004, n° 2004-92 DC).

La publicité des débats est toutefois circonscrite à l'examen du bien-fondé de l'accusation portée contre une personne. Elle ne s'applique donc pas pour les phases d'enquête ou d'instruction, qui, en principe, demeurent secrètes (CPP, art. 11), même si le législateur organise parfois des débats en audience publique à ce stade de la procédure (CPP, art. 145, 199, 221-3). Par exception, la Conv. EDH autorise l'interdiction de la presse et du public à la salle d'audience, pendant la totalité ou une partie du procès, dans l'intérêt de la moralité, de l'ordre public ou de la sécurité nationale, lorsque les intérêts des mineurs ou la protection de la vie privée des parties au procès l'exigent, ou dans la mesure jugée strictement nécessaire par le tribunal, lorsque dans des circonstances spéciales la publicité serait de nature à porter atteinte aux intérêts de la justice. Le CPP prévoit lui aussi des cas où le huis clos est autorisé (CPP, art. 306, 400, 512 et 535). L'article 306, alinéa 1<sup>er</sup>, du CPP dispose que « les débats sont publics, à moins que la publicité ne soit dangereuse pour l'ordre ou les mœurs ».

La **publicité du prononcé du jugement** ne souffre quant à lui d'aucune exception.

### *C- Le délai raisonnable*

L'article 6 de la Convention EDH prévoit que toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue dans un délai raisonnable tandis que, selon l'article préliminaire du CPP, il doit être définitivement statué sur l'accusation dont une personne fait l'objet dans un délai raisonnable. Les dispositions internes sont donc plus favorables à la personne poursuivie.

La durée de la procédure englobe les voies de recours et l'appréciation de son caractère déraisonnable dépend de la complexité de l'affaire et du comportement des parties.

Le délai raisonnable s'apprécie au regard des circonstances de chaque espèce et à l'aune des critères suivants : la complexité de l'affaire (qui tient notamment au nombre de parties ou aux difficultés probatoires), le comportement du requérant (qui, par des demandes d'actes intempestives ou l'exercice de voies de recours, peut avoir une attitude dilatoire ou abusive) et des autorités nationales (qui font parfois preuve d'inertie dans la gestion des dossiers), ainsi que l'enjeu du litige pour l'intéressé. Les États sont également tenus d'organiser leur système judiciaire de telle sorte que leurs juridictions puissent remplir chacune de ces exigences. Ils sont ainsi responsables des retards imputables au comportement des leurs autorités judiciaires, de même que des retards apportés par les experts désignés par les tribunaux à présenter leurs conclusions. En conséquence, un État peut voir sa responsabilité engagée non seulement en raison d'un retard dans le traitement de telle ou telle affaire, mais aussi pour ne pas avoir alloué de ressources supplémentaires en vue de faire face à un arriéré d'affaires ou à des dysfonctionnements structurels dans son système judiciaire à l'origine de retards.

Mais si la méconnaissance du délai raisonnable peut ouvrir droit à réparation, elle est traditionnellement sans incidence sur la validité des procédures. Il ne saurait en effet constituer une cause de nullité de la procédure (Crim. 24 avr. 2013 : Bull. crim. n° 100). De même, une condamnation de la France par la Cour EDH pour violation du droit d'être jugé dans un délai raisonnable n'ouvre pas le droit à un réexamen de la décision portant condamnation du requérant, la satisfaction équitable allouée sur le fondement de l'article 41 de la Conv. EDH, étant de nature à mettre un terme aux conséquences dommageables résultant de cette méconnaissance. Elle ne saurait davantage constituer une cause d'extinction de l'action publique (Crim. 5 mars 2002 : Bull. crim. n° 53) ou empêcher les actes d'enquête ou d'instruction de produire leur effet interruptif de la prescription (Crim. 26 sept. 2001 : Bull. crim. n° 190).

Relevons que la Cour de cassation a refusé de transmettre au Conseil constitutionnel des questions prioritaires de constitutionnalité (QPC) relevant l'absence de sanction procédurale cas de dépassement du délai raisonnable (Crim. 14 déc. 2011, n<sup>os</sup> 11- 90.099, 11- 90.100, 11- 90.101 et 11- 90.102, 4 esp.).

### *D- Les droits de la défense*

Les droits de la défense sont garantis par la Constitution, par l'article 6 de la Conv. EDH et par l'article préliminaire du CPP. Ils doivent être respectés non seulement lors du jugement mais aussi dès le début de l'enquête. Reste qu'ils recouvrent une notion juridique particulièrement

difficile à cerner. Aussi, la Cour européenne a élaboré en ce domaine une jurisprudence constructive, évolutive voire parfois téméraire. Alors même que l'article 6 de la Convention européenne ne mentionne pas le droit de ne pas témoigner contre soi-même, la Cour européenne considère ainsi que le droit de se taire et de ne pas contribuer à sa propre incrimination se déduit nécessairement de l'exigence du procès équitable (CEDH, 25 févr. 1993, *Funke c/ France*, § 44).

La loi du 27 mai 2014 prévoit expressément qu'une personne suspectée doit être informée, **à tous les stades de la procédure**, de son droit de se taire (pour la garde à vue ; pour l'audition libre, CPP, art. 61- 1, 4° ; pour l'audition du témoin assisté, CPP, art. 113- 4 C. pén. ; pour l'interrogatoire de la personne mise en examen, CPP, art. 116 ; pour l'interrogatoire de l'accusé devant la cour d'assises, CPP, art. 328 ; pour le défèrement d'une personne devant le procureur de la République, CPP, art. 393 ; pour l'interrogatoire du prévenu devant la juridiction correctionnelle, CPP, art. 406 et 512). La Cour de cassation a précisé, à propos d'un arrêt rendu par une Cour d'appel en chambre des appels correctionnels, que la preuve de l'accomplissement de cette formalité devait résulter de l'arrêt et que la méconnaissance de cette obligation faisait nécessairement grief au prévenu (Crim. 8 juill. 2015).

Plus largement, la personne suspectée ou poursuivie doit être informée des faits qui lui sont reprochés (« *charges retenues contre elle* ») ainsi que de leur qualification juridique. Si le juge modifie la qualification précédemment retenue, il doit alors permettre au prévenu de présenter une défense adaptée à la requalification.

**Le droit à l'assistance d'un avocat** s'applique à l'enquête comme au jugement. Ce droit est protégé non seulement par le droit européen (CEDH, 8 févr. 1996, *Murray c/ Royaume-Uni*) mais aussi par le droit interne (Cons. const. 11 août 1993, n° 93- 326 DC ; Ass. plén. 30 juin 1995), pour lesquels il représente un droit fondamental. Ainsi un prévenu qui refuse de comparaître ne peut être privé pour cette raison de son droit à être défendu car une telle conséquence présenterait un caractère disproportionné, même si l'article 410 du CPP estimait jadis que le prévenu absent et non excusé encourant une peine égale ou supérieure à deux ans d'emprisonnement était privé du droit de se faire entendre auprès du tribunal par son avocat (*cf. infra* sur l'absence du prévenu à l'audience).

**Exemples** : Saisie d'une QPC, le Conseil constitutionnel a déclaré contraire à la Constitution l'article 575 du Code de procédure pénale qui avait pour effet, en l'absence de pourvoi du ministère public, de priver la partie civile de la possibilité de faire censurer, par la Cour de cassation, la violation de la loi par les arrêts de la chambre de l'instruction statuant sur la constitution d'une infraction, la qualification des faits poursuivis et la régularité de la procédure. Selon le Conseil constitutionnel, et bien que la partie civile ne soit pas dans une situation identique à celle de la personne mise en examen ou à celle du ministère public, s'impose l'abrogation de cet article car « *en privant ainsi une partie de l'exercice effectif des droits qui lui sont garantis par le Code de procédure pénale devant la juridiction d'instruction, cette disposition apporte une restriction injustifiée aux droits de la défense* » (Cons. const. 23 juill. 2010, n° 2010-15/23 QPC). À l'occasion de l'examen d'une autre QPC, le Conseil constitutionnel a également déclaré contraire à la Constitution le dernier alinéa de l'article 308 du Code de procédure pénale selon lequel les obligations contenues dans cet article n'étaient pas prescrites à peine de nullité. En interdisant toute forme de recours en annulation en cas d'inobservation de l'obligation d'enregistrement sonore des débats de la cour d'assises (CPP, art. 308, al. 2), les dispositions contestées méconnaissaient

l'article 16 de la Déclaration de 1789 par lequel sont garantis le droit à exercer un recours juridictionnel effectif ainsi que le respect des droits de la défense qui implique le droit à une procédure juste et équitable (Cons. const. 20 nov. 2015, n° 2015-499 QPC). Précisons qu'en application de l'article 62, al. 2 de la Constitution, le Conseil constitutionnel a toutefois estimé que l'abrogation immédiate de ces dispositions aurait des conséquences manifestement excessives et a reporté la date de cette abrogation au 1<sup>er</sup> septembre 2016. La loi du 3 juin 2016 a procédé à la modification qui s'imposait, en limitant néanmoins le domaine et la portée de cette obligation d'enregistrement. Selon des dispositions applicables depuis le 1<sup>er</sup> septembre 2016, les débats de la cour d'assises feront l'objet d'un enregistrement sonore sous le contrôle du président lorsque la cour d'assises statuera en appel, sauf renonciation expresse de l'ensemble des accusés. Lorsque la cour statuera en premier ressort, le président pourra ordonner cet enregistrement qui ne sera cependant pas obligatoire. Si ces dispositions de l'article 308 du CPP ainsi modifié ne seront pas prescrites à peine de nullité de la procédure, il est toutefois prévu, afin de souscrire aux exigences posées par le Conseil constitutionnel, que le défaut d'enregistrement sonore, lorsqu'il est obligatoire, constituera une cause de cassation de l'arrêt de condamnation s'il est établi qu'il a eu pour effet de porter atteinte aux intérêts de la personne condamnée.

#### E- L'égalité des armes

L'égalité des armes est déduite du procès équitable. Il est en effet l'expression de l'équilibre des droits des parties au procès pénal au sens de l'article 6 de la Conv. EDH, lequel « *implique l'obligation d'offrir à chacune d'elles une possibilité raisonnable de présenter sa cause [...] dans des conditions qui ne la placent pas dans une situation de net désavantage par rapport à son adversaire* » (CEDH, 24 févr. 1977, de Haes et Gijssels c/ Belgique).

Au visa de l'article 6 de la Conv. EDH et de l'article préliminaire du CPP, la Cour de cassation a en effet retenu que « *le principe de "l'égalité des armes" tel qu'il résulte de l'exigence d'une procédure équitable et contradictoire, impose que les parties au procès pénal disposent des mêmes droits ; qu'il doit en être ainsi, spécialement, du droit pour l'avocat d'une partie d'assister à l'audition d'un expert effectuée sur réquisitions du procureur de la République, en présence de celui-ci* » (Crim. 11 mai 2010 : Bull. crim. n° 78).

**Exemple** : la chambre criminelle de la Cour de cassation a notamment pris appui sur cette exigence procédurale pour écarter l'application de dispositions la contrariant, et ce particulièrement en matière d'exercice des voies de recours.

Dans un premier temps, elle a jugé que l'article 546 du CPP, qui accordait au procureur général un droit d'appel général en matière contraventionnelle et limitait dans le même temps celui qui était jusqu'à alors reconnu au prévenu était incompatible avec le principe issu de l'article 6 de la Conv. EDH (Crim. 17 juin 1998 : Bull. crim. n° 196). Par la suite, la loi du 23 juin 1999 a mis un terme à cette situation, jugée trop avantageuse pour le parquet général. Dans un deuxième temps, la chambre criminelle a stigmatisé la situation nettement favorable qui était accordée au procureur général en matière de pourvoi en cassation, puisqu'aucun texte n'impartissait de délai à ce dernier pour déposer un mémoire en demande, alors que les parties privées devaient impérativement avoir accompli cette formalité dans le délai d'un mois. Elle en a déduit que cette situation était contraire aux principes du procès équitable et de l'équilibre des droits des parties (Crim. 10 déc. 2002 : Bull. crim. n° 221). Depuis lors, le législateur est

intervenir pour imposer un délai déterminé au ministère public (CPP, art. 585-2). Il faut savoir que, selon la Cour de cassation, « *le principe de l'égalité des armes tel qu'il résulte de l'exigence d'un procès équitable, au sens de l'article 6, §1, de la Conv. EDH, impose que les parties au procès pénal disposent des mêmes droits* » (Crim. 17 sept. 2008 : *Bull. crim.* n° 188) de sorte que les dispositions de l'article 505 du CPP, aux termes desquelles était ouvert au procureur général un délai d'appel plus long – deux mois – que celui accordé aux autres parties par l'article 498 dudit code – dix jours, n'étaient pas compatibles avec le principe conventionnel précité (Crim. 17 sept. 2008, préc.). À ce niveau d'ailleurs, la France a été condamnée par la Cour EDH (CEDH, 3 oct. 2006, *Ben Naceur c/ France*). Aussi, la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009 a modifié l'article 505 et dispose désormais qu'« *en cas de jugement de condamnation, le procureur général peut également former son appel dans le délai de vingt jours à compter du jour du prononcé de la décision* ». Relevons que si le législateur a considérablement réduit le délai d'appel du procureur général, elle ne l'a pas aligné sur celui des autres parties au procès pénal, en sorte que cette disposition n'est pas à l'abri d'une nouvelle condamnation ou fasse l'objet d'une QPC.

## **Section 2 – La preuve**

Comme toute matière, le droit pénal est avant tout une question de preuve. Or, la preuve en matière pénale est marquée par la présomption d'innocence qui gouverne le problème de la charge de la preuve (Sous-section 1) et par le principe de l'intime conviction qui domine la recherche et l'administration de la preuve (Sous-section 2).

### **Sous-section 1 – La charge de la preuve**

Comme en matière civile (C. civ., art. 1353), la charge de la preuve incombe, en matière pénale, au demandeur, autrement dit ici au ministère public (§1), lequel doit renverser la présomption d'innocence. Aussi, afin de l'aider dans son office, le droit positif a posé de nombreuses présomptions (§2), sans qu'il n'y ait d'atteinte à la présomption d'innocence.

#### **§1 – Le principe : « *Actori incumbit probatio* »**

La charge de la preuve incombe à la partie poursuivante conformément à l'adage *Actori incumbit probatio*. Il appartient donc au Ministère public, et le cas échéant à la victime lorsque celle-ci se constitue partie civile, de faire la preuve de l'infraction et de la culpabilité du prévenu.

Il doit donc déterminer l'élément légal de l'infraction, ce qui suppose de trouver le texte légal ou réglementaire d'incrimination et de répression sur le fondement duquel les poursuites vont être engagées, et s'assurer de la non-disparition de cet élément légal par l'effet, par exemple, d'une loi d'amnistie ou de la prescription de l'action publique (cf. infra, Chapitre III – La légalité de l'action publique). La jurisprudence met en revanche à la charge de l'accusé la preuve des faits justificatifs qui ont pour effet de neutraliser cet élément légal (autorisation de la loi, commandement de l'autorité légitime, légitime défense, état de nécessité).

Une fois cet élément déterminé, il appartient à la partie poursuivante de démontrer que l'infraction est caractérisée dans tous ses éléments constitutifs, tant matériel qu'intentionnel.

Étant précisé que cette preuve doit être suffisante pour renverser la présomption d'innocence dont bénéficie l'accusé (« *in dubio pro reo* »). En effet, si le ministère public ne parvient à susciter auprès du juge qu'un simple doute, et non une véritable conviction de culpabilité, ce juge devra alors prononcer une relaxe ou un acquittement.

**Remarque** : Selon l'article 9 de la DDHC de 1789, « *Tout homme est présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable* ». L'article 6, § 2, de la Conv. EDH précise quant à lui également que « *toute personne accusée d'une infraction est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie* ». Le principe de la présomption d'innocence figure encore à l'article 9-1 du Code civil mais aussi dans l'article préliminaire du CPP. En vertu du principe de la présomption d'innocence, la personne suspectée ou poursuivie peut ainsi demeurer dans une attitude défensive attendant que soit administrée la preuve de sa culpabilité.

Le respect du principe *in dubio pro reo* a été rappelé par la loi du 15 juin 2000, à travers une réforme de l'article 304 du Code de procédure pénale selon laquelle le président de la cour d'assises doit désormais rappeler lors de la prestation de serment des jurés que « *l'accusé est présumé innocent et que le doute doit lui profiter* ».

## §2 – Les exceptions : les présomptions de culpabilité ou de responsabilité

La charge de la preuve se trouve facilitée par l'existence de présomptions de culpabilité ou de responsabilité.

De manière exceptionnelle, la loi prévoit en effet des présomptions défavorables pour la personne poursuivie. Autrement dit, sur la foi de ces dernières, la culpabilité d'un individu peut être retenue dans les liens de la prévention.

Ces présomptions sont, selon la jurisprudence, valables sous conditions (CEDH 7 oct. 1988, *Salabiaku c/ France*, n° 10519/83 ; Cons. const. 16 juin 1999, n° 99-411 DC). Une telle présomption de culpabilité n'est en effet valable que pour des infractions pour lesquelles ne sont prévues que des peines assez faibles. Elle ne doit pas être irréfragable et suppose que la défense puisse faire valoir ses droits pour pouvoir la combattre efficacement. A défaut de réunir ces conditions, il ne saurait y avoir renversement de la présomption d'innocence sans y porter atteinte.

De telles présomptions existent au niveau de l'élément matériel de l'infraction (ex : impossibilité pour une personne de justifier de ses ressources alors qu'elle est en lien avec des prostituées, CP, art. 225-6, 3°). Elles existent également au niveau de l'élément moral de l'infraction, notamment en matière de presse (L. 29 juill. 1881, art. 35 *bis*).

**Précisions** : Les articles L. 121-2 et L. 121-3 du Code de la route posent le principe de la responsabilité pécuniaire du titulaire du certificat d'immatriculation pour diverses infractions au code de la route. Concrètement, le titulaire de la carte grise est redevable pécuniairement des infractions à la réglementation sur le stationnement ou sur

l'acquiescement des péages, sauf à établir l'existence d'un événement de force majeure ou à fournir des renseignements permettant d'identifier l'auteur véritable de l'infraction (C. route, art. L. 121-2). Il en va de même pour les infractions concernant les vitesses autorisées, les distances de sécurité entre les véhicules ou l'usage de voies et chaussées réservées à certaines catégories de véhicules et sur les signalisations imposant l'arrêt des véhicules, sauf à établir l'existence d'un vol ou de tout autre événement de force majeure, ou à produire tous éléments permettant d'établir qu'il n'est pas l'auteur véritable de l'infraction, cette preuve pouvant être rapportée par tout moyen (Crim. 1<sup>er</sup> oct. 2008 : *Bull. crim.* n° 200 ; C. route, art. L. 121-3).

Engage également sa responsabilité pénale la personne morale en raison d'une contravention commise dans la conduite d'un véhicule, par son représentant légal (C. route, art. L. 121-6). Tel est le cas de la personne morale locataire du véhicule, sauf à indiquer l'identité et l'adresse de la personne morale ayant pris ledit véhicule en location (Crim. 1<sup>er</sup> sept. 2020, n° 19-85.465).

Bénéficiant ainsi de telles présomptions, la partie poursuivante se trouve dispensée de rapporter la preuve au soutien de la prévention.

## **Sous-section 2 – La recherche et l'administration de la preuve**

En dépit d'atténuations certaines, la distance entre le procès civil et le procès pénal est ici manifeste. Selon une approche pouvant apparaître caricaturale, le juge est, dans le procès civil, en principe neutre. Ce sont les parties qui vont rechercher et porter devant lui des preuves, preuves préconstituées en matière d'actes juridiques, preuves libres en ce qui concerne les faits juridiques. Autant dire que le procès est la chose des parties car c'est la sauvegarde d'intérêts privés qui est recherchée. Le procès pénal quant à lui relève d'une autre philosophie. Il n'est en effet ici plus question d'intérêts privés mais d'ordre public. Le juge pénal a donc un rôle actif ; il ne peut s'en tenir à ce que lui disent les parties. Il doit donc rechercher ce que certains auteurs appellent « *la vérité matérielle* ». La question est alors de savoir si tous les moyens de preuves sont admissibles ou si le système de la théorie de la preuve obéit à des règles précises. Pour répondre à cette question, il importe de garder présent à l'esprit que le droit de la preuve pénale doit composer avec deux principes, celui de la liberté de la preuve (§1) et celui de la légalité de la preuve (§2), qui doivent être dissociés.

**Précision** : il est nécessaire de distinction entre les actes juridiques et les faits juridiques. S'agissant des **actes juridiques** d'une part, le système probatoire est celui de la preuve légale, c'est-à-dire que la loi détermine les modes de preuve qu'elle désigne précisément et, indépendamment de son intime conviction, ne laisse au juge aucun pouvoir d'appréciation.

S'agissant d'autre part des **faits juridiques**, le système probatoire est, à l'inverse, libre. La liberté de la preuve laisse alors aux parties le choix du moyen de preuve et, au juge, la liberté pour former sa conviction. Or, en matière pénale, il ne s'agit pas de prouver des actes juridiques, mais des faits. En effet, l'objectif principal est d'établir la vérité en établissant les preuves permettant de préciser les circonstances matérielles de la commission de l'infraction, d'en découvrir l'auteur et de qualifier les faits.

## §1 – La liberté de la preuve

Le principe de liberté de la preuve (A) a pour conséquence de permettre au juge pénal d'apprécier cette preuve, selon son intime conviction (B).

### A- Le principe

L'expression du principe lui-même ne doit pas faire illusion, il existe une certaine nomenclature des preuves admises devant le juge pénal, autrement dit n'importe quel moyen de preuve n'est pas recevable.

Le principe de la liberté de la preuve dans le procès pénal est formellement consacré depuis l'entrée en vigueur du CPP. Maladroitement situé à l'article 427 du CPP relatif à la procédure correctionnelle, il vaut pour l'ensemble du procès pénal. Étant précisé que l'article 536 du même code, applicable en matière contraventionnelle, renvoie à cet article 427.

**Article 427 du CPP** : « *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* ».

En d'autres termes, tous les modes de preuve – ou presque – sont admis en droit pénal. Par ailleurs, le juge apprécie librement la valeur probante de chaque élément soumis à la discussion et décide d'après son intime conviction, sauf à observer que celui-ci ne peut fonder sa décision que sur des preuves qui lui sont apportées au cours des débats et contradictoirement discutées devant lui.

Le contenu de ce principe général ne doit cependant pas être mal interprété. Il semble signifier que tout mode de preuve est admissible et pourtant il n'en est rien. Ce principe n'est pas absolu puisqu'il a pour corollaire celui de la légalité qui vient en borner les effets. La liberté de la preuve n'autorise pas tout.

Mais, sur le fondement de ce principe, la Cour de cassation considère que la prévisibilité légale d'un mode de preuve n'interdit le recours à tout autre mode de preuve de droit commun qu'en présence d'une disposition contraire expresse. Ainsi, même si le Code de la route prévoit que la conduite en état d'ivresse doit faire l'objet d'un dépistage, la preuve de l'ébriété peut être faite par d'autres moyens comme par exemple la constatation de propos incohérents. Plusieurs raisons justifient cette liberté. Par référence aux règles de droit civil, le principe s'impose tout d'abord car les infractions constituent des faits juridiques et non des actes, la preuve pénale ne peut donc pas être préconstituée (*cf. supra*). Par ailleurs, cette liberté est justifiée par souci d'efficacité de la répression, les délinquants dissimulant leurs actes. Enfin, le principe résulte du fait que l'on recherche la manifestation de la vérité et que l'appréciation des preuves se fera à partir de l'intime conviction du juge. Eu égard à cette méthode d'appréciation de la valeur probante des modes de preuves, le système de la preuve morale s'est imposé dans le but d'obtenir une certitude quant à la culpabilité. Ce principe permet l'utilisation de plusieurs modes de preuve qu'il convient de répertorier.

Aussi, le juge peut forger sa conviction sur **des procès-verbaux** ((PV) ; CPP, art. 429 et 430), **des expertises, des indices, des écrits ou des déclarations**. Des éléments pourront être soumis



à l'avis d'un expert afin qu'il puisse éclairer le juge. **L'aveu** (dit « *judiciaire* » lorsqu'il intervient lors d'un interrogatoire ou dit « *extra-judiciaire* » dans les autres cas (tel celui fait à un proche ou contenu dans une lettre)), jadis considéré comme la « *reine des preuves* », est un mode de preuve laissé comme les autres à l'appréciation des juges (CPP, art. 428). Son importance variera selon son niveau de précision ou sa concordance avec d'autres éléments. Les procès-verbaux rédigés par des agents habilités selon les conditions prévues par la loi peuvent fonder sa décision. Les personnes qui ne sont ni suspectées ni victimes doivent apporter leur **témoignage** sous serment.

**Remarque : les témoignages** sont reçus sous la foi du serment, sauf au cours de l'enquête de police. Certaines personnes ne peuvent cependant être entendues en tant que témoin, soit que l'on se trouve dans un cas d'incompatibilité – qui peut être relative (quand il apparaît que le témoignage pourrait être suspecté de partialité ; c'est le cas, par exemple, lorsqu'un OPJ ou un juge d'instruction est entendu devant la juridiction de jugement dans une affaire qu'il a connu au moment de l'enquête ou de l'information) ou absolue (une personne qui est partie à la procédure ne peut avoir la qualité de témoin dès lors qu'elle défend sa propre cause ; c'est la raison pour laquelle l'accusé ne prête pas serment car une telle formalité le contraindrait soit à s'auto-incriminer, soit à commettre un parjure) – soit qu'il y ait une cause d'incapacité (il en va ainsi des mineurs de seize ans, qui ne peuvent être entendus sous serment au cours de l'instruction (CPP, art. 335) ou du jugement (CPP, art. 335) ; de même, les dépositions des ascendants de l'accusé, de ses descendants, de ses frères et sœurs, de ses alliés aux mêmes degrés ou de son conjoint ne peuvent être reçues sous la foi du serment devant la juridiction de jugement (CPP, art. 335).

#### *B- La conséquence*

Selon l'alinéa premier, *in fine*, de l'article 427 du CPP « [...] les infractions peuvent être établies par tout mode de preuve et le juge décide d'après son intime conviction ». Le principe de liberté de la preuve induit l'intime conviction.

Face aux éléments de preuve, le juge pénal apprécie donc la caractérisation de l'infraction, selon cette intime conviction, appréciant souverainement les éléments de fait et de preuve soumis à son examen. La loi ne privilégie aucun mode de preuve, y compris l'aveu, qui, selon l'article 428 du CPP, est laissé à la libre appréciation des juges. Ces modes de preuve ont tous la même valeur.

Les juges du fond peuvent ainsi condamner, relaxer ou acquitter une personne selon qu'ils sont ou non convaincus de sa culpabilité, sans être tenu de se justifier quant à la force probante qu'ils attachent aux preuves qu'ils retiennent, sous réserve que les preuves qui lui sont soumises ont été contradictoirement discutées devant eux (Crim. 20 nov. 1984 : *Bull. crim.* n° 361). Les éléments qui n'ont pas été soumis au débat contradictoire sont en effet exclus (v. not. Crim. 18 févr. 2015 : *Bull. crim.* n° 31).

## **§2 – La légalité de la preuve**

La liberté de la preuve comprend néanmoins des limites qui résultent d'une exigence de modération dans les moyens de recherche des preuves. L'étude de la procédure pénale porte précisément pour une part importante sur les prérogatives accordées en ce domaine à l'autorité

publique ainsi que sur leurs conditions et limites. Ainsi les gardes à vue, les perquisitions ou encore les écoutes téléphoniques par exemple sont ainsi encadrées afin que soit préservé un équilibre acceptable entre les besoins de l'investigation et la protection des libertés et droits fondamentaux. C'est ainsi que certains procédés de recherche de la preuve peuvent entrer en conflit avec ces libertés et droits (B). N'oublions pas également que, dans certains contentieux, le législateur impose un système de preuve légale (A). Aussi le juge ne peut recourir à son intime conviction mais se trouve guidé par la preuve rapportée.

#### *A- La légalité de la preuve et les spécificités de certains contentieux*

Conformément à l'article 427, alinéa 1<sup>er</sup>, *in limine*, la loi peut exceptionnellement imposer un mode de preuve.

Par principe, les procès-verbaux de police et les rapports ne valent qu'à titre de simple renseignement et ne font pas foi par eux-mêmes (CPP, art. 430 ; Crim. 21 juill. 1977, n° 76-92.400 : *Bull. crim.* n° 271 ; Crim. 3 déc. 2008, n° 08-82.179 : *ibid.* n° 246). Ils ont donc la même valeur que n'importe quelle autre preuve.

Il existe cependant des cas où la loi en dispose autrement. En effet, il est des cas où le législateur estime que les PV de constatation de certaines infractions doivent avoir une force probante particulière qu'il leur a conférée selon deux degrés, ce qui entraîne des conséquences non négligeables en matière de preuve.

**D'abord**, certains procès-verbaux de constat, opérés personnellement par les agents compétents valent **jusqu'à preuve contraire**. Il importe de se rapporter aux articles 430, 431, s'agissant de la matière correctionnelle, et 537 du CPP, s'agissant de la matière contraventionnelle.

**Article 430 du CPP** : « *Sauf dans le cas où la loi en dispose autrement, les procès-verbaux et les rapports constatant les délits ne valent qu'à titre de simples renseignements* ».

**Article 431 du CPP** : « *Dans les cas où les officiers de police judiciaire, les agents de police judiciaire ou les fonctionnaires et agents chargés de certaines fonctions de police judiciaire ont reçu d'une disposition spéciale de la loi le pouvoir de constater des délits par des procès-verbaux ou des rapports, la preuve contraire ne peut être rapportée que par écrit ou par témoins* ».

**Article 537 du CPP** : « *Les contraventions sont prouvées soit par procès-verbaux ou rapports, soit par témoins à défaut de rapports et procès-verbaux, ou à leur appui.*

*Sauf dans les cas où la loi en dispose autrement, les procès-verbaux ou rapports établis par les officiers et agents de police judiciaire et les agents de police judiciaire adjoints, ou les fonctionnaires ou agents chargés de certaines fonctions de police judiciaire auxquels la loi a attribué le pouvoir de constater les contraventions, font foi jusqu'à preuve contraire.*

*La preuve contraire ne peut être rapportée que par écrit ou par témoins* ».

S'agissant des PV qui constatent les contraventions (CPP, art. 537) ou les délits prévus par des lois spéciales (droit du travail, concurrence des prix, urbanisme, ...), la preuve contraire, à savoir de celle de l'inexactitude des faits constatés, ne peut être rapportée que par écrit ou par témoins, à l'exception de tout autre mode de preuve (aveu, expertise, etc.) ou encore simple dénégation (CPP, art. 431). En effet, la simple allégation ne saurait valeur preuve contraire, quelle que soit l'infraction constatée par le PV litigieux lequel conserve donc sa force probante jusqu'à la démonstration de cette preuve contraire.

**Remarque** : La force probante renforcée ne concerne que les PV par lesquels les agents compétents, ceux qui sont désignés par la loi spéciale, ont personnellement et matériellement constaté les infractions prévues par ladite loi (Crim. 4 nov. 1992, n° 91-83.265) ; autrement dit, les PV réguliers en la forme. À défaut, celui-ci ne vaudra qu'à titre de simple renseignement de nature à fonder la conviction des juges (s'agissant de la connaissance de l'infraction par d'autres collègues, Crim. 5 nov. 1996, n° 96-80.151). Ainsi le PV pourra être considéré comme insuffisante pour prouver l'infraction. Tel est le cas de la simple mention de la qualification de l'infraction, sans autre précision (Crim. 27 janv. 2016, n° 15-80.581). Rappelons que l'article 429, alinéa 1<sup>er</sup>, du CPP dispose : « *Tout procès-verbal ou rapport n'a de valeur probante que s'il est régulier en la forme, si son auteur a agi dans l'exercice de ses fonctions et a rapporté sur une matière de sa compétence ce qu'il a vu, entendu ou constaté personnellement* ».

Si celui-ci est valide (Crim. 5 juill. 1994, n° 93-83.845), l'inexactitude des faits constatés doit nécessairement être démontrée par écrit ou par témoins (Crim. 10 mai 1995, *Schmitt*, n° 94-84.988). À défaut, le PV de constatation s'impose au juge répressif, qui n'a d'autre possibilité que de condamner la personne poursuivie. Il ne saurait juger conformément à son intime conviction en ce cas.

**Remarque** : La Cour de cassation considère qu'une attestation écrite ne constitue pas une preuve écrite ou par témoin susceptible de combattre la force probante qui s'attache à un procès-verbal de police (Crim. 25 avr. 2001 : *Bull. crim.* n° 100). En revanche, une telle preuve contraire est suffisamment établie par l'audition d'un témoin et des documents écrits émanant de la mairie permettant d'établir qu'aucun feu rouge n'était implanté à l'intersection mentionnée dans le procès-verbal contesté (Crim. 23 janv. 2002, n° 01-83.367). La Cour de cassation admet encore la production d'une photographie par le prévenu, y compris s'il en est lui-même l'auteur. Mais encore faut-il que celle-ci soit de nature à mettre en cause les constatations des policiers (Crim. 16 juin 1999, n° 98-84.373 ; Crim., 3 nov. 2011, n° 10-88.480). Enfin, relevons que la preuve par témoin doit être suffisamment extérieure par rapport au prévenu (Crim. 25 avr. 2001).

**Ensuite**, d'autres PV valent **jusqu'à preuve d'inscription de faux** (C. douanes, art. 336. – Crim. 5 févr. 2003 : *Bull. crim.* n° 24). Ces PV ont dès lors une force probante absolue qui s'impose aux juridictions répressives. Aucune preuve contraire, écrite ou orale, ne peut être opposée (Crim. 21 juin 1973 : *Bull. crim.* n° 292). Seule exception : l'inscription de faux est ouverte au prévenu dans les conditions prévues par l'article 433 du CPP. Ainsi en matière de douanes, celui qui veut s'inscrire en faux est tenu d'en faire déclaration par écrit, en personne ou par un fondé de pouvoir spécial passé devant notaire, au plus tard à l'audience indiquée par la sommation de comparaître devant le tribunal qui doit connaître de l'infraction (C. douanes, art. 339). Ce formalisme est indispensable (Crim. 7 mars 1996 : *Bull. crim.* n° 108), étant précisé que la déclaration doit être faite avant toute défense au fond (Crim. 6 mars 1989 : *Bull. crim.* n° 102). En outre, celui qui s'inscrit en faux doit articuler avec précision ses moyens de faux (Crim. 9 nov. 1961 : *Bull. crim.* n° 456).

## B- La légalité de la preuve et les droits et libertés fondamentaux

La preuve d'une infraction peut être contrariée par le respect de certains droits et libertés fondamentaux. C'est le cas du droit au respect de la vie privée et familiale (1), du droit à la dignité (2) ou encore du principe de loyauté (3).

### 1- Le droit au respect de la vie privée et familiale

D'abord, le droit au respect de la vie privée et familiale (Conv. EDH, art. 8) doit être respecté. En effet, tout moyen de preuve qui constitue une ingérence dans la vie privée doit, conformément à l'article 8 § 2 de la CESDH, « être prévue par la loi », ce qui suppose d'être réglementé par un texte (la « loi » entendue dans un sens formel), ou à tout le moins encadré par la jurisprudence (la « loi » entendue dans un sens matériel). À défaut, la preuve doit être déclarée irrecevable au motif de son inconvictionnalité.

L'on pense en particulier, dans le cadre des écoutes téléphoniques, des perquisitions, des techniques de géolocalisation (CEDH, 2 sept. 2010, *Uzun c/ Allemagne* n° 35623/05 ; CPP, art. 230-32 s.).

**Remarque :** S'agissant des écoutes téléphoniques par exemple, la Cour EDH, interrogée sur la régularité de cet acte, sous le fondement de l'article 8 de la Conv. EDH, a conclu à la violation de cet article. En effet, selon elle, le droit français était insuffisant, notamment quant aux conditions de mise en œuvre et de contrôle des écoutes (CEDH, 24 avr. 1990, *Kruslin et Huvig c/ France*). Le principal reproche résultait du manque de clarté quant à l'étendue et aux modalités d'exercice du pouvoir d'appréciation des autorités, le juge d'instruction avait en l'espèce eu recours à cet acte par le biais de l'article 81, alinéa 1<sup>er</sup>, du CPP, lequel dispose : « *Le juge d'instruction procède, conformément à la loi, à tous les actes d'information qu'il juge utiles à la manifestation de la vérité. Il instruit à charge et à décharge* ». Selon la Cour européenne, rien n'était offert pour éviter des abus quant aux catégories de personnes susceptibles d'être mises sur écoute judiciaire, quant à la nature des infractions pouvant y donner lieu, et quant à la durée d'exécution de la mesure. Afin de combler les insuffisances de la loi française (au sens matériel du terme), le législateur a adopté la loi du 10 juillet 1991 qui légalise à la fois les écoutes judiciaires et les écoutes administratives.

### 2- Le droit à la dignité

Le principe de légalité interdit également l'usage de certains moyens de preuve qui portent atteinte à la dignité de l'homme. Sont visés ceux qui, admis sous l'ancien droit, sont aujourd'hui intolérables comme l'ordalie (épreuve physique imposée à l'accusé permettant de déterminer son sort sous le regard de Dieu (ex : par eau glacée ou, à l'inverse, par eau bouillante, par crocodile) ou l'aveu obtenu par la torture (la question). Sont également interdits les procédés scientifiques modernes tels que l'utilisation de narcotiques ou de détecteur de mensonge. La brutalité, la violence sous toutes leurs formes doivent être bannies. Les prescriptions de droit interne s'harmonisent ainsi avec les exigences européennes.

Dans cette lignée, rappelons que la France a été condamnée pour brutalités policières durant la garde à vue. Sur le fondement des traitements inhumains et dégradants de l'article 3 de la Convention européenne, la Cour EDH a condamné cette dernière, le 27 août 1992, dans l'arrêt

*Tomasi*. Sur la base du même texte, elle l'a également condamnée pour torture dans l'arrêt *Selmouni* du 28 juillet 1999. La Cour rappelle que « les nécessités de l'enquête et les indéniables difficultés de la lutte contre la criminalité... ne pouvaient conduire à limiter la protection due à l'intégrité physique ». En effet, l'article 3 de la Convention EDH a une force absolue en ce qu'il protège la dignité humaine. La Cour de Strasbourg insiste enfin d'une part sur la différence entre les notions de « *traitements inhumains ou dégradants* » et de « *torture* », d'autre part sur le fait que les exigences croissantes en matière de droits de l'homme impliquent « *une plus grande fermeté dans l'appréciation des atteintes aux valeurs fondamentales des sociétés démocratiques* ». Plus récemment encore, la Cour EDH a rappelé ces principes à l'attention de la France dans une affaire concernant un mineur âgé de seize ans, qui, conduit dans un commissariat à la suite d'un contrôle d'identité, avait subi des violences policières (CEDH, 4 nov. 2010, *Darraj c/ France*, n° 34588/07).

En définitive, le moyen de preuve est licite quand il est fiable et qu'il ne porte pas atteinte à la dignité de la personne (CEDH 11 juill. 2006, *Jalloh c/ Allemagne*, n° 54810/00). Il est dès lors formellement interdit aux agents d'un État d'user de mauvais traitements à l'égard d'une personne dans le but d'obtenir des aveux. Il en va de même lorsque les actes de tortures sont pratiqués par des particuliers (CEDH, 1<sup>re</sup> sect., 5 nov. 2020, *Cwik c/ Pologne*, n° 31454/10).

Cette interdiction ne souffre d'aucune exception, même en cas de danger public menaçant la vie de la nation ou *a fortiori* celle d'un individu (CEDH, gde ch., 1<sup>er</sup> juin 2010, *Gäfgen c/ Allemagne*, n° 22978/05, § 108). A l'inverse, l'utilisation du test d'alcoolémie et de l'interdiction de l'audition sous hypnose est admise. Quant aux prélèvements sanguins ou génétiques, le consentement est indispensable, conformément au principe général d'inviolabilité du corps humain. Pourtant, la loi autorise certains prélèvements forcés (CPP, art. 706- 56, I, al. 5), le droit à l'intégrité physique n'étant pas un principe à valeur constitutionnelle.

### 3- Le principe de la loyauté

Mais c'est surtout le principe de loyauté qui innerve la recherche et l'administration des preuves. Le respect du principe de la légalité de preuve passe par le respect du principe de loyauté. Pour Bouzat, l'exigence de loyauté se définit comme « *une manière d'être de la recherche des preuves, conforme au respect des droits de l'individu et à la dignité de la justice* ». Il serait donc contraire à la dignité de la justice que la ruse et le stratagème soient à l'origine de l'obtention des preuves.

Relevons que le concept de loyauté important et reconnu de longue date reste difficile à cerner. Dans son principe, l'article 427, alinéa 1<sup>er</sup>, du CPP ne permet pas au juge répressif de rejeter une preuve recueillie par une partie privée au seul motif qu'elle est déloyale ou même illicite. Cependant, la loyauté s'apprécie différemment selon la qualité de la personne qui recherche la preuve – parties privées ou autorités publiques – alors que certains artifices sont autorisés par la loi. Pour autant, il ne saurait y avoir cassation de l'arrêt rendu par la chambre de l'instruction qui n'a pas identifié la personne à l'origine de l'enregistrement, de sorte qu'il ne peut être possible d'en déterminer la loyauté du recueil de cet enregistrement. C'est ce qu'il ressort d'un arrêt aux faits particulièrement médiatique, rendu le 1<sup>er</sup> décembre 2020 (Crim. 1<sup>er</sup> déc. 2020, n° 20-82.078). En effet, si la Cour de cassation rappelle d'abord, conformément à sa jurisprudence constante, que le fait que les enregistrements litigieux aient été remis aux enquêteurs par des tiers à l'enquête ne saurait suffire à exclure que l'autorité publique ait concouru à la réalisation desdits enregistrements (§ 9), elle refuse de casser l'arrêt attaqué aux

motifs, d'une part, qu'« *il résulte des pièces de la procédure que des investigations, dont il n'est pas soutenu qu'elles seraient incomplètes, ont été conduites pour déterminer l'origine de ces enregistrements* » (§ 9) et d'autre part que « *le versement au dossier d'éléments de preuve ne saurait être déclaré irrégulier au seul motif que les conditions de leur recueil sont restées incertaines* » (§ 10).

- Les parties privées

L'administration de la preuve par une partie privée peut être au moyen d'un procédé déloyal voire, à proprement parler, d'un procédé illicite, c'est-à-dire procuré par la commission d'une infraction.

**Remarque** : l'auteur de la preuve illicite ne verra pas pour autant sa responsabilité pénale exonérée pour l'infraction qu'il aura commise, sauf dans le cas particulier du vol d'information.

Le juge répressif doit en effet admettre et rechercher cette preuve déloyale ou illicite, si celle-ci est de nature à établir la prévention, et en apprécier la valeur probante afin de se prononcer selon son intime conviction. Cette position se trouve d'ailleurs en conformité avec le droit européen, la Cour de Strasbourg considérant que la recevabilité des preuves obtenues déloyalement n'est pas contraire aux dispositions de la Convention (CEDH, 12 juill. 1988, *Schenk c/ Suisse* ; CEDH 20 nov. 1989, *Kostovski c/ Pays-Bas* ; CEDH 19 déc. 1990, *Delta c/ France*). Du reste, la Cour de cassation le considère très explicitement : « *ne peut être annulé un document [...] qui [...] ne procède, dans sa confection, d'aucune intervention, directe ou indirecte, d'une autorité publique* ». De plus, pour écarter le spectre du rejet de la preuve illicite ou déloyale émanant des autorités publiques, la Haute Cour peut aller jusqu'à considérer que « *la chambre de l'instruction a justifié sa décision, dès lors que les enregistrements contestés ne sont pas en eux-mêmes des actes ou des pièces de l'information, au sens de l'article 170 du CPP* » (Crim. 31 janv. 2012, n° 11-85.464).

**Précisions** : La Cour de cassation a eu l'occasion de confirmer cette position s'agissant de la pratique du *testing* mise en place par des particuliers (Crim. 11 juin 2002, n° 01-85.559).

Une telle position pourrait être comprise si elle devait être interprétée comme interdisant au juge, en application du principe de liberté de la preuve, de déclarer irrecevable une preuve produite par le particulier, dont la juridiction ne doit qu'ultérieurement, sur le fondement du principe de légalité, apprécier le bien-fondé et la légalité. Cependant, une autre interprétation s'évince de cette formule, revenant à admettre qu'un particulier puisse, dans un État de droit, se constituer illégalement une preuve et la produire valablement en justice sans que la juridiction saisie ne doive relever l'illégalité commise. Et ce particulièrement lorsque ce procédé se trouve « *justifié [...] pour les besoins de sa défense* » (Crim. 31 janv. 2007, n° 06-82.383). C'est parce que les particuliers ne disposent d'aucun pouvoir coercitif aux fins de se ménager des preuves que la jurisprudence les autorise à une telle pratique.

Notons également que les exigences de la procédure pénale et de la procédure civile ne sont pas les mêmes, la recherche de la vérité et l'efficacité des investigations commandant une large admissibilité des preuves en matière pénale. En revanche, en matière de droit de la procédure civile, et bien que la loyauté de la preuve ne soit pas expressément prévue par un texte (du Code

de procédure civile comme du Code civil), la Cour de cassation considère que « *l'enregistrement d'une conversation téléphonique privée, effectué et conservé à l'insu de l'auteur des propos invoqués est un procédé déloyal rendant irrecevable la preuve ainsi obtenue* » (Civ. 2<sup>e</sup> 7 oct. 2004, n° 03-12.653). Pour la Cour de cassation, la loyauté en droit civil se dissimule sous le visa des articles 9 du Code de procédure civile et 6 de la Convention EDH. À l'inverse, une affaire rencontrant les mêmes problématiques civilistes mais examinées par la chambre criminelle, reçoit une solution bien différente sans que cela ne soit considéré comme contraire au droit à un procès équitable (CEDH 12 juill. 1988, *Schenk c/ Suisse* ; CEDH 20 nov. 1989, *Kostovski c/ Pays-Bas* ; CEDH 19 déc. 1990, *Delta c/ France*) : « *ne méconnaît pas les dispositions de l'article 6 de la Conv. EDH, la cour d'appel qui, après en avoir contradictoirement débattu, admet comme mode de preuve, la production de l'enregistrement d'une conversation téléphonique privée, dès lorsqu'elle est justifiée par la nécessité de rapporter la preuve des faits dont l'auteur de l'enregistrement est victime et par les besoins de la défense* » (Crim. 31 janv. 2007, n° 06-82.383).

En 2007, la Cour de cassation a semblé amorcer une évolution de sa jurisprudence en la matière, se fondant subtilement sur le terrain de l'ingérence injustifié dans l'exercice du droit à la vie privée. En effet, l'examen public et contradictoire des moyens de preuves obtenus de manière illicite doit répondre aux exigences de l'article 8, alinéa 2, du Conv. EDH. Plus clairement, il doit constituer une mesure nécessaire et proportionnée à la défense de l'ordre et à la protection des droits de la partie civile, ce qui n'était pas le cas d'un dossier médical couvert par le secret de l'instruction (Crim. 24 avr. 2007, n° 06-88.051). Dans une autre affaire rendue trois ans plus tard, la même question relative à des documents « *confidentiels* » de l'entreprise (états comptables, factures, fiches de pointages des ouvriers) constituait une mesure nécessaire à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales était posée. Malheureusement, la Cour de cassation n'en souffle mot (Crim. 27 janv. 2010, n° 09-83.395 : *Bull. crim.* n° 16).

Remarquons qu'un arrêt du 31 janvier 2012 toujours rendu par la Cour de cassation reprend la formulation qu'elle tenait dans son arrêt du 31 janvier 2007 (Crim. 31 janv. 2007, n° 06-82.383). Il était question de savoir si les enregistrements réalisés de manière illicite – ils mettaient en exergue des conversations que son employeur aurait eues avec ses avocats et son notaire, à son domicile et à leur insu de sorte que l'enregistrement était donc clairement constitutif du délit d'atteinte à l'intimité de la vie privée d'autrui (C. pén., art. 226-1, 1<sup>o</sup>) –, et qui contenaient la preuve de la commission, par l'entourage de la mère, d'un abus de faiblesse à son encontre, pouvaient être examinés. La Cour de cassation approuve, conformément à sa jurisprudence constante, les juges de la chambre de l'instruction d'avoir considéré « *que ne peut être annulé un document, versé en procédure, qui est produit par un particulier, [et qui] constitue une pièce à conviction [...]* » (Crim. 31 janv. 2012, n° 11-85.464). Par ailleurs, ici une telle pratique est autorisée en ce que la garantie des droits de la défense n'est pas réduite par l'admissibilité de la preuve illicite ou déloyale dès lors que celle-ci est soumise au débat et à la libre discussion des parties lors de l'audience (Crim. 27 janv. 2010, n° 09-83.395), et que le juge peut en apprécier la force probante. L'équité et la régularité de la procédure reposent donc sur le contrôle du juge : le caractère illicite de la preuve obtenue n'est pas un obstacle à la validité du procès pénal, dans la mesure où sa valeur probante est laissée à l'appréciation du juge. En l'espèce, cette condition est remplie car la Cour de cassation considère que les enregistrements illicitement recueillis par le majordome sont « *des moyens de preuve qui peuvent être discutés contradictoirement* ». Ils n'ont pas, dès lors, à être annulés et être écartés de la procédure. L'enregistrement clandestin des conversations entre la mère et ses avocats et notaire, même s'il a été recueilli illicitement par son majordome, peut donc être versé à la

procédure au seul motif qu'il n'a pas été réalisé par un organe de la procédure pénale chargé de la manifestation de la vérité, ce qui n'est là que la confirmation d'une jurisprudence bien établie.

- Les autorités publiques

Si les personnes privées peuvent valablement produire, en justice, une preuve illégalement obtenue, il en va différemment pour les autorités publiques – policiers (OPJ et APJ) et magistrats. La loyauté dans l'administration de la preuve est la règle en ce qui concerne ces dernières en ce qu'elles participent à la manifestation de la vérité. Ils ne peuvent donc recourir à des procédés déloyaux, des ruses ou des stratagèmes. Les éléments de preuve qu'ils recueillent doivent être faits de manière digne et licite.

Ce principe a très tôt été dégagé par la jurisprudence au cours de l'affaire dite *Wilson* en date du 31 janvier 1888 (Ch. réunies 31 janv. 1888). En l'espèce, la Cour avait appliqué cette exigence de loyauté au juge d'instruction en considérant que celui-ci ne pouvait, afin d'obtenir une preuve, cacher sa qualité à un suspect avec qui il avait engagé une conversation téléphonique destinée à obtenir des charges à son encontre.

À plusieurs reprises cette situation s'est reproduite, l'autorité publique en profitant pour enregistrer des conversations à l'insu du locuteur. Notamment dans un arrêt en date du 16 décembre 1997, un enregistrement clandestin des propos tenus par un suspect avait été réalisé par un magistrat instructeur ; celui-ci avait été considéré, par les juges, comme irrégulier quand bien même les propos avaient été tenus spontanément. D'après la Cour de cassation, un tel procédé « *élude les règles de procédure et compromet les droits de la défense* » (Crim. 16 déc. 1997, n° 96-82.509 : *Bull. crim.* n° 428 ; Crim. 3 avr. 2007, n° 07-80.807 : *ibid.* n° 102 ).

Le caractère absolu de ce principe est étendu également aux policiers, notamment lorsqu'ils interviennent sous commission rogatoire du juge d'instruction (Crim. 12 juin 1952).

Si les policiers sont assurément soumis au principe de la loyauté dans l'administration de la preuve, cela ne veut pas dire pour autant qu'ils ne sont pas autorisés à s'immiscer dans la vie des citoyens dont ils assurent la sécurité. Pensons à l'exception posée par la Conv. EDH à l'alinéa 2 de son article 8 relatif au droit au respect à la vie privée et familiale aménageant une « *ingérence de l'autorité publique dans l'exercice de ce droit* » dès lors que « *cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui* ».

Cette exigence de loyauté se vérifie encore plus particulièrement dans la jurisprudence consacrée aux « *provocations policières* ». Concrètement, le policier a la possibilité de provoquer un délinquant à la preuve d'une infraction. Aussi, dans ce cas, la preuve déloyale rapportée l'autorité publique est admise (Crim. 16 janv. 2008, n° 07-87.633 ; s'agissant d'un particulier avertissant les policiers de la commission d'une infraction, Crim. 1<sup>er</sup> oct. 2003, n° 03-84.142). D'ailleurs, la Cour EDH, dans sa décision du 12 juillet 1988, *Schenk contre Suisse*, ne fait pas obstacle à l'admission de modes de preuve déloyaux dès lors qu'ils sont contradictoirement débattus (n° 10862/84). En revanche, doit être expressément recherché par les tribunaux si le particulier n'a pas été victime d'une incitation par la police (CEDH, Plén. 8 janv. 2013, aff. n° 25282/07, *Baltins c/ Lettonie* ). En revanche, le policier ne saurait le



provoquer à la commission d'une infraction. En effet, il est de jurisprudence constante que les stratagèmes actifs mis en œuvre par les autorités de police judiciaire sont interdits (Cass. crim. 9 août 2006, n° 06-83.219). Peu importe que la mise en scène soit directement le fait des enquêteurs ou que la provocation soit accomplie sur leur initiative par l'intermédiaire d'un tiers agissant pour leur compte (Crim. 11 mai 2006, n° 05-84.837). La jurisprudence veille ainsi à ce que les organes de la procédure pénale ne contournent pas indirectement les règles légales en ayant recours au service d'un tiers dont l'acte est alors assimilé en un acte accompli par les organes de la procédure.

Cette interdiction de provoquer à la commission d'une infraction s'applique également aux provocations « *réalisée[s] à l'étranger par un agent public étranger, ou par son intermédiaire* » (Crim. 7 févr. 2007, n° 06-87.753 ; conf. même affaire, Crim. 4 juin 2008, n° 08-81.045). Pourquoi un tel rejet ? La réponse est simple : les règles de procédure pénale garantissent les droits fondamentaux des justiciables, et s'imposent aux autorités judiciaires qui doivent les respecter dans la lettre de la loi, mais aussi dans son esprit (qui est de garantir un procès équitable). Aussi, et en dehors même du cas d'une violation directe d'une disposition de la loi – qui serait évidemment proscrite –, il y aura preuve déloyale chaque fois que les autorités chargées de la procédure useront de procédés qui tendent à éluder les protections légales. Ce sera le cas, par exemple, lorsqu'un officier de police judiciaire transcrit dans un procès-verbal, contre son gré, les propos tenus officieusement par un suspect en éludant les règles légales de rédaction des procès-verbaux (Crim. 3 avr. 2007, n° 07-80.807).

Notons que dans l'arrêt de la chambre criminelle du 13 octobre 2004 relatif à l'affaire des paillotes corses, la Cour de cassation a, contre toute attente, refusé d'annuler les pièces obtenues illicitement. En l'espèce, une équipe de gendarmes avait incendié la paillote « *Chez Francis* ». Un lieutenant-colonel, chef de la gendarmerie, lors d'une entrevue avec le préfet, a enregistré dans l'exercice de ses fonctions de façon clandestine ce dernier. Pour sa défense, le préfet soutenait qu'il s'agissait d'un stratagème. La Cour de cassation a toutefois refusé d'annuler en raison de l'authentification des propos. Selon elle, l'enregistrement n'est qu'un élément de preuve soumis à la libre discussion des parties et à la libre d'appréciation des juges. Cette décision rendue n'est ni plus ni moins qu'un arrêt d'espèce et sûrement pas un revirement. L'explication de cette décision résiderait peut-être dans le fait que le gendarme n'agissait pas dans le cadre d'une enquête (Crim. 13 oct. 2004, n°s 00-86.726, 00-86.727, 01-83.943, 01-83.944, 01-83.945 et 03-81763).

Par cette interprétation, on se trouve en conformité avec les recommandations de la Cour EDH qui accepte certaines formes de provocation à la preuve mais pas de provocation à la commission de l'infraction, au risque d'être contraire à la décision rendue le 19 juin 1998 dans l'affaire *Texiera de Castro* contre Portugal. En l'occurrence, les policiers avaient usé de ruses, ce qui avait entraîné la condamnation par la Cour EDH du Portugal dans la mesure où ces ruses avaient une conséquence sur la commission de l'infraction. Grâce à cette décision, la Cour EDH a pu borner le recours aux incitations policières, opérant une distinction entre les infiltrations permises et les provocations attentatoires à l'article 6, §1, de la Conv. EDH en ce qu'elles exercent sur la personne qui en fait l'objet une influence de nature à l'inciter à commettre une infraction qu'autrement elle n'aurait pas commise (CEDH, Grde ch., 5 févr. 2008, aff. *Ramanauskas c/Lituanie*). On considère en effet que les provocations policières privent, ab initio et définitivement, la personne mystifiée d'un procès équitable dans la mesure où, dans une telle hypothèse, les agents infiltrés ne se limitent pas à examiner d'une manière purement

passive l'activité délictueuse mais exercent sur la personne qui en fait l'objet une influence de nature à l'inciter à commettre une infraction qu'autrement elle n'aurait pas commise.

S'inspirant de cette distinction, le législateur français a introduit dans notre droit certains tempéraments à la prohibition de la provocation à l'infraction par des policiers. Pour lutter plus efficacement contre certaines formes d'infractions, la loi a autorisé les opérations d'infiltration numérique. Ainsi la loi n° 2007-297 du 5 mars 2007 a inséré dans le CPP les articles 706-35-1 et 706-47-3. Le premier a pour objet la constatation des infractions prévues par les articles 225-4-1 à 225-4-9 du Code pénal (traite des êtres humains), 225-5 à 225-12 (proxénétisme et infractions qui en résultent), et 225-12-1 à 225-12-4 (recours à la prostitution de mineurs ou de personnes particulièrement vulnérables). Le second est quant à lui relatif aux infractions prévues aux articles 227-18 à 227-24 du Code pénal (infractions de mise en péril des mineurs). L'infiltration numérique a été étendue à la lutte contre les sites de jeux illicites par l'article 59 de la loi n° 2010-476 du 12 mai 2010 relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne. En dernier lieu, l'article 34 de la loi « *LOPSSI II* » du 14 mars 2011 a introduit ce dispositif en matière de provocation ou d'apologie du terrorisme (L. 29 juill. 1881, art. 24, al. 6), commise par un moyen de télécommunication (CPP, art. 706-25-2). Lorsque les infractions ainsi énumérées sont commises par Internet, les officiers et agents de police judiciaire affectés dans un service spécialisé et spécialement habilités à cet effet sont autorisés à procéder à certains actes sans être pénalement responsable, et notamment à participer à des forums de discussion sous un pseudonyme. Auparavant, le législateur avait autorisé les officiers et agents de police judiciaire à procéder à des opérations d'infiltration dans le cadre de la criminalité organisée (CPP, art. 706-81 et s.) ou à des livraisons contrôlées de stupéfiants aux fins de constater des infractions à la législation sur les stupéfiants (CPP, art. 706-32). Il est toutefois précisé par chacun des textes précités qu'à peine de nullité, ces actes ne peuvent constituer une incitation à commettre les infractions précitées.

Ces diverses dispositions permettent d'offrir aux autorités de police un cadre légal à ces pratiques, sans lesquelles les preuves ainsi récoltées seraient entachées de nullité pour cause de déloyauté.

La provocation policière à l'infraction, sauf autorisation légale, est donc interdite tandis que la simple provocation à la preuve est tolérée, du moins lorsqu'elle ne représente pas un stratagème par lequel une autorité publique, par un comportement actif, amènerait la personne concernée à s'auto-incriminer.

Dans un arrêt retentissant, la Cour de cassation a censuré, au nom du principe de loyauté, le fait pour des policiers, dans le cadre d'une information ouverte à la suite d'un vol à main armée, d'avoir placé en garde à vue deux individus dans des cellules contiguës en ayant au préalable, sur autorisation d'un juge d'instruction, sonorisé les lieux, ce qui avait conduit l'un des deux suspects à s'auto-incriminer lui-même (Ass. plén. 6 mars 2015 : *Bull. Ass. plén.* n° 2). Au contraire, en l'absence de tout stratagème, elle a jugé que « *ne porte pas atteinte au principe de loyauté des preuves l'exploitation, par le juge d'instruction, des interceptions, dûment autorisées, des communications passées clandestinement par un mis en examen à partir de son lieu de détention, dès lors que le recueil de ces preuves a été obtenu sans actes positifs de l'autorité publique susceptibles de caractériser un stratagème constituant un procédé déloyal* » (Crim. 14 avr. 2015 : *Bull. crim.* n° 87 ; conf. Ass. plén. 9 déc. 2019, n° 18-86.767 (affaire de la sex-tape))). En clair, dès lors que les autorités publiques mettent en place un stratagème, y compris en cas de constatation à la preuve, la preuve est déclarée irrecevable. C'est ainsi que

récemment, dans un arrêt du 18 juin 2019, la chambre criminelle a jugé que « *une mesure de sonorisation dans un lieu privé peut être autorisée si les nécessités de l'enquête relative à une infraction prévue par les articles 706-73 ou 706-73-1 du CPP l'exigent et hors le cas d'un détournement de procédure* » (Crim. 18 juin 2019, n° 19-80.015). Il en va en revanche différemment en cas de contexte préexistant, mis en place par une personne privée (Ass. plén. 9 déc. 2019, n° 18-86.767).

**Remarque** : afin d'échapper à la jurisprudence sur la loyauté de la preuve, la loi de programmation 2018-2022 et de réforme de la justice du 23 mars 2019 est venue généraliser **l'enquête sous pseudonyme** jusqu'ici cantonnée à certains secteurs, à l'ensemble des crimes et délits commis sur Internet. Plus exactement, l'article 230-46 du CPP, applicable à compter du 1<sup>er</sup> juin 2019, dispose que : « *Aux seules fins de constater les crimes et les délits punis d'une peine d'emprisonnement commis par la voie des communications électroniques, et lorsque les nécessités de l'enquête ou de l'instruction le justifient, les officiers ou agents de police judiciaire agissant au cours de l'enquête ou sur commission rogatoire peuvent, s'ils sont affectés dans un service spécialisé et spécialement habilités à cette fin dans des conditions précisées par arrêté du ministre de la justice et du ministre de l'intérieur, procéder sous pseudonyme aux actes suivants sans en être pénalement responsables : 1° Participer à des échanges électroniques, y compris avec les personnes susceptibles d'être les auteurs de ces infractions ; 2° Extraire ou conserver par ce moyen les données sur les personnes susceptibles d'être les auteurs de ces infractions et tout élément de preuve ; 3° Après autorisation du procureur de la République ou du juge d'instruction saisi des faits, acquérir tout contenu, produit, substance, prélèvement ou service, y compris illicite, ou transmettre en réponse à une demande expresse des contenus illicites. A peine de nullité, l'autorisation prévue au 3°, qui peut être donnée par tout moyen, est mentionnée ou versée au dossier de la procédure et les actes autorisés ne peuvent constituer une incitation à commettre ces infractions. Les actes mentionnés au présent article s'effectuent sous le contrôle du procureur de la République ou du juge d'instruction* ».

Plus généralement, remarquons que si l'enjeu de la recevabilité des preuves repose en très grande partie sur la personne qui administre la preuve – partie privée ou autorité publique –, la jurisprudence n'impose pas pour autant de déterminer la personne à l'origine de cette administration de sorte que, comme dans l'affaire *Benalla*, une autorité publique pourrait recueillir une preuve de façon déloyale et de la partager avec un journaliste (au besoin, anonymement), pour « *blanchir* » ladite preuve, avant d'attendre sa publication dans la presse pour le verser en procédure (Crim. 1<sup>er</sup> déc. 2020, n° 20-82.078).

## **CHAPITRE 2 : Les organes du procès pénal**

Le procès pénal implique la découverte de l'infraction et de son auteur avec le rassemblement d'éléments suffisants pour emporter la conviction du juge. Ces missions sollicitent la police judiciaire (Section 1) dont le travail précède et prépare celui des juridictions répressives (Section 2).