



HAL
open science

L'auto-incrimination

Marine Giorgi

► **To cite this version:**

Marine Giorgi. L'auto-incrimination. Droit. Université Montpellier, 2019. Français. NNT : 2019MONTD003 . tel-02168443

HAL Id: tel-02168443

<https://theses.hal.science/tel-02168443v1>

Submitted on 28 Jun 2019

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

THÈSE POUR OBTENIR LE GRADE DE DOCTEUR DE L'UNIVERSITÉ DE MONTPELLIER

En Droit privé et sciences criminelles
École doctorale Droit et Science politique

L'AUTO-INCRIMINATION

Présentée par Marine GIORGI
Le 22 Mars 2019

Sous la direction de Monsieur Didier THOMAS, Professeur émérite à l'Université de Montpellier et
Monsieur Emmanuel TERRIER, Maître de Conférences à l'Université de Montpellier

Devant le jury composé de

Madame Catherine GINESTET, Professeur à l'Université de Toulouse 1 Capitole
Madame Vanessa VALETTE-ERCOLE, Professeur à l'Université de Perpignan Via Domitia
Madame Marie-Christine SORDINO, Professeur à l'Université de Montpellier
Monsieur Didier THOMAS, Professeur émérite à l'Université de Montpellier
Monsieur Emmanuel TERRIER, Maître de Conférences à l'Université de Montpellier

Présidente du Jury
Rapporteur
Membre invité
Co-Directeur de Thèse
Co-Directeur de Thèse



UNIVERSITÉ
DE MONTPELLIER

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

THÈSE POUR OBTENIR LE GRADE DE DOCTEUR DE L'UNIVERSITÉ DE MONTPELLIER

En Droit privé et sciences criminelles
École doctorale Droit et Science politique

L'AUTO-INCRIMINATION

Présentée par Marine GIORGI
Le 22 Mars 2019

Sous la direction de Monsieur Didier THOMAS, Professeur émérite à l'Université de Montpellier et Monsieur Emmanuel TERRIER, Maître de Conférences à l'Université de Montpellier

Devant le jury composé de

Madame Catherine GINESTET, Professeur à l'Université de Toulouse 1 Capitole
Madame Vanessa VALETTE-ERCOLE, Professeur à l'Université de Perpignan Via Domitia
Madame Marie-Christine SORDINO, Professeur à l'Université de Montpellier
Monsieur Didier THOMAS, Professeur émérite à l'Université de Montpellier
Monsieur Emmanuel TERRIER, Maître de conférences à l'Université de Montpellier

Présidente du Jury
Rapporteur
Membre invité
Co-Directeur de Thèse
Co-Directeur de Thèse



UNIVERSITÉ
DE MONTPELLIER

REMERCIEMENTS

En préambule à cette thèse, il est indéniable que mes premiers remerciements vont à ma maman, sans laquelle ce travail n'aurait jamais vu le jour, tellement sa persévérance m'a permis de ne jamais baisser les bras. Ce travail, je le lui dois.

Je tiens à remercier évidemment Monsieur le Professeur Didier Thomas et Monsieur Emmanuel TERRIER, Maître de conférences à l'Université de Droit et de Science Politique de Montpellier. Ils m'ont permis, par des exemples concrets et enrichissants, de réaliser la somme de travail à accomplir. Sans en minimiser la tâche, sans toutefois la rendre indigeste, et en restant très réaliste, ils ont su me faire toucher du doigt, l'importance que représente le travail de recherche. En tant que Directeurs de thèse ils se sont toujours montrés à l'écoute et je leur suis gré de tout ce temps et de cette aide qu'ils m'ont donné sans compter, de tous leurs conseils et soutiens, pour leurs disponibilités et leurs bienveillances.

J'exprime ma gratitude à tous les consultants, magistrats, confrères, professeurs et professionnels du droit rencontrés lors des recherches effectuées.

Je souhaite également adresser mes remerciements les plus sincères aux personnes qui m'ont apporté leur aide, qui ont contribué à l'élaboration de ce sujet, ces acteurs principaux qui m'ont permis de vivre pleinement ces formidables années.

SOMMAIRE

Partie 1. L'auto-incrimination saisie par le droit

Titre 1. L'apparition de l'auto-incrimination

Chapitre 1. La perception du phénomène d'auto-incrimination

Chapitre 2. L'évolution historique de l'auto-incrimination

Titre 2. Les manifestations de l'auto-incrimination

Chapitre 1. Les manifestations théoriques de l'auto-incrimination

Chapitre 2. Les manifestations pratiques de l'auto-incrimination

Partie 2. Le droit face à l'auto incrimination

Titre 1. L'auto-incrimination suscitée

Chapitre 1. Une auto-incrimination ambivalente

Chapitre 2. L'impact de l'auto-incrimination suscitée

Titre 2. L'auto-incrimination négociée

Chapitre 1. L'auto-incrimination nécessaire à la contractualisation de la procédure

Chapitre 2. Les critiques des procédures négociées face à l'auto-incrimination

INTRODUCTION

« Parle si tu as des mots plus forts que le silence, ou garde le silence »¹

- 1- Cette intrigante citation d'Euripide met en relief toute l'originalité qui peut exister autour de l'auto-incrimination. Cette originalité se traduit par l'évolution de la procédure pénale depuis ces dernières années qui a démontré une consécration ambivalente de cette notion. En effet, qu'il s'agisse, de la naissance du droit de garder le silence en garde à vue prévue par la loi du 15 juin 2000² où la procédure pénale a permis au gardé à vue d'être protégé contre son droit de ne pas s'auto-incriminer³ ou qu'il s'agisse de l'absence de dispositions relatives à l'accès à la procédure pénale par l'avocat dans cette même procédure de garde à vue par la transposition de la directive 2012/13/UE du 22 mai 2012⁴ relative au droit à l'information dans le cadre de la procédure pénale qui, au contraire, affaiblit ce droit de ne pas s'auto-incriminer, la procédure pénale démontre qu'elle tend, tantôt à la valorisation des droits de la défense, tantôt, elle tend à l'affaiblissement des droits de la défense.
- 2- L'élément qui permet dans un premier temps de constater l'affaiblissement des droits de la défense est l'absence de consécration du droit de ne pas s'auto-incriminer qui va tendre à l'affaiblissement des droits de la défense (I.), il va donc être nécessaire d'envisager sa consécration tant au sein du droit européen que de la procédure pénale française afin de mieux garantir ces droits (II.).

I. L'absence de consécration de l'auto-incrimination néfaste à la prise en compte des droits de la défense

- 3- Il est vrai que certes, l'évolution de la procédure pénale française penche vers une reconnaissance toujours plus marquée du droit de ne pas s'auto-incriminer comme le

¹ Van Looy Herman. Les fragments d'Euripide. In: *L'antiquité classique*, Tome 32, fasc. 1, 1963. pp. 162-199.

² Loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes. Publiée au JORF n° 0138 du 16 juin 2000 page 9038 texte n° 1

³ ROBERT L., et GAGNOUD P., « Réforme de la garde à vue : un projet de loi à l'épreuve des juges suprêmes ». Gazette du Palais - n°327 - page 17 - 23/11/2010 - Id : GP20101123014 - Réf : Gaz. Pal. 23 nov. 2010, n° GP20101123014, p. 17

⁴ LOI n° 2014-535 du 27 mai 2014 portant transposition de la directive 2012/13/UE du Parlement européen et du Conseil, du 22 mai 2012, relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales (1)

démontre cette évolution chaotique du droit de se taire⁵ ou encore l'évolution de la jurisprudence française⁶, mais elle reste pour autant toujours fébrile quant à sa reconnaissance textuelle. L'influence du droit européen impulsée par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme peine à porter son influence sur la procédure pénale française.

- 4- Pourtant, la Convention européenne des droits de l'homme, traité international signé le 4 novembre 1950 à Rome par les États parties au Conseil de l'Europe, est une convention qui dispose d'une influence unique sur les pays adhérant. Son pouvoir de sanction sur les états qui ne respecteraient pas l'application de sa jurisprudence donne à la Cour européenne des droits de l'homme une légitimité particulière⁷.
- 5- Cette convention, qui consacre un certain nombre de droits et libertés fondamentaux dont l'effectivité est assurée par la Cour européenne des droits de l'homme, est compétente pour toutes les questions concernant l'application et l'interprétation de la Convention européenne des droits de l'Homme et de ses protocoles additionnels. Même si elle ne peut être saisie qu'après l'épuisement de toutes les voies de recours interne, la juridiction est actuellement confrontée à un nombre très important de requêtes. Ainsi, en 2016, 53500 requêtes ont été attribuées à une formation judiciaire, soit une augmentation de 32 % par rapport à 2015 après deux années de baisse. En 2017, c'est une augmentation de 19% qui est à noter⁸.

⁵ Depuis la loi no 93-2 du 4 janvier 1993, les personnes convoquées par officier de police judiciaire en enquête de flagrance ne sont plus tenues de déposer. Au terme de la loi n° 2000-516 du 15 juin 2000, l'article 63-1 du Code de procédure pénale disposait que : « la personne gardée à vue est également immédiatement informée qu'elle a le droit de ne pas répondre aux questions qui lui seront posées par les enquêteurs ». La loi n° 2002-307 modifiait la rédaction de l'article en prévoyant que : « la personne gardée à vue est également immédiatement informée qu'elle a le choix de faire des déclarations, de répondre aux questions qui lui seront posées ou de se taire ». La loi n° 2003-239 du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure abrogera ces dispositions afin que le droit de se taire ne soit plus notifié au gardé à vue. Ce droit continue d'exister mais il n'est plus notifié à la personne retenue. Il faudra attendre la loi du 14 avril 2011 n°2011-392 pour rétablir définitivement le droit de se taire au sein des droits à notifier au gardé à vue.

⁶ Dans l'évolution de la jurisprudence consacrant davantage le droit de ne pas s'auto-incriminer, il faut citer l'arrêt de l'assemblée plénière de la Cour de Cassation du 6 mars 2015 (pourvoi n° 14-84339) qui citera textuellement le principe d'auto-incrimination : « *Vu l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ainsi que les articles préliminaire et 63-1 du code de procédure pénale, ensemble le principe de loyauté des preuves et le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination (...).* »

⁷ La Cour européenne des droits de l'homme a d'ailleurs été critiquée par son atteinte à la souveraineté des Etats membres à la Convention. BERTOLOTTI B. <https://www.lepetitjuriste.fr/droit-europeen/la-cedh-a-lepreuve-des-critiques/>

⁸ CEDH – Analyse statistiques 2016 et 2017

https://www.echr.coe.int/Documents/Stats_analysis_2016_FRA.pdf

https://www.echr.coe.int/Documents/Stats_analysis_2017_FRA.pdf

6. Cette lourde charge que subit la Cour européenne indique que de nombreux justiciables considèrent leurs droits et libertés fondamentaux bafoués. La Cour européenne des droits de l'homme sera la dernière juridiction qui pourra statuer sur leur cas et reconnaître leur droit, c'est pourquoi la Convention européenne des droits de l'homme devrait permettre une meilleure prise en compte des notions qu'elle prône et surement en consacrer de nouvelles. Si tous les droits ne sont bien sûr pas repris par ladite convention, la Cour fait en sorte de rapprocher certaines notions ou d'assimiler certains droits à d'autres. L'exemple de l'auto-incrimination doit particulièrement être cité. En effet, il faut noter que le droit de ne pas s'auto-incriminer ne figure pas textuellement au sein de la Convention européenne des droits de l'homme, il est seulement rattaché à l'article 6 § 1 de cette convention⁹. Cette absence de consécration ne peut qu'affaiblir sa force alors qu'elle prend une importance conséquente sur la scène pénale comme le démontre l'évolution de la jurisprudence. C'est justement là que repose la difficulté puisqu'à ce jour, seule la jurisprudence européenne ne consacre le droit de ne pas s'auto-incriminer au visa de l'article 6 de la Convention. Cette assimilation est secondaire et impacte sur les droits de la défense.
7. Ce droit « de ne pas s'auto-incriminer » est né juridiquement au Royaume-Uni avec l'arrêt *Blunt c/ Lane Park Hôtel*¹⁰ et a été davantage pris en compte grâce à l'arrêt *Miranda c/ Arizona*¹¹. Il faudra cependant attendre l'arrêt *Funke*¹² et *Saunders*¹³, rendus au visa de l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'homme, pour que le droit européen se familiarise avec cette notion.
8. En effet, l'arrêt *Funke c/ France* du 25 février 1993¹⁴ donne une esquisse de la notion : « La Cour constate que les douanes provoquèrent la condamnation de Monsieur Funke pour obtenir certaines pièces, dont elles supposaient l'existence sans en avoir la certitude. Faute de pouvoir

⁹ CEDH *Funke c/ FRANCE* du 25 février 1993 Hudoc 393 requête 10828/84 ; CEDH, *Saunders c/ ROYAUME-UNI*, 17 décembre 1996, § 68, Recueil 1996-VI ; CEDH *CHAMBAZ c/ SUISSE* du 5 avril 2012 Requête 11663/04 ; CEDH *Corbet et autres c/ FRANCE* du 19 mars 2015 Requêtes nos 7494/11, 7493/11 et 7989/11.

¹⁰ *Blunt v Park Lane Hotel* (1942) 2 KB 253. « Une personne convoquée comme témoin peut refuser de répondre à toute question si la réponse à celle-ci pourrait, selon l'avis du juge, avoir tendance à exposer le témoin à toute accusation, pénalité ou confiscation criminelle que le juge considère comme raisonnablement susceptible d'être privilégiée ou poursuivie »

¹¹ Cour Suprême des États-Unis, 13 juin 1966, 384 US 436

¹² CEDH *Funke c/ France*, préc.

¹³ CEDH, *Saunders c/ ROYAUME-UNI*, 17 décembre 1996, préc.

¹⁴ CEDH *Funke c/ France*, préc.

ou vouloir se les procurer par un autre moyen, elles tentèrent de contraindre le requérant à fournir lui-même la preuve d'infractions qu'il aurait commises. Les particularités du droit douanier ne sauraient justifier une telle atteinte du droit, tout "accusé" au sens autonome que l'article 6 attribue à ce terme, de se taire et de ne point contribuer à sa propre incrimination (-) Partant, il y a violation de l'article 6§1 de la Convention ».

9. Cet arrêt expose que l'auto-incrimination doit s'analyser comme l'impossibilité de contraindre une personne à fournir la preuve d'une infraction qu'il aurait commise. Qu'importe le motif invoqué, le mis en cause doit être protégé de son droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination. S'il ne souhaite pas fournir de documents qui seraient susceptibles de l'auto-incriminer, il peut le faire sans que cet acte ne lui soit reproché. Pour cela, il peut notamment user de son droit de se taire, protégé par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et de son droit de ne fournir aucun document sous la contrainte.
10. Nonobstant, c'est au travers de l'arrêt Saunders du 17 décembre 1996¹⁵ que la Cour européenne des droits de l'homme établira une définition claire de l'auto-incrimination : « La Cour rappelle que, même si l'article 6 de la Convention (art. 6) ne le mentionne pas expressément, le droit de se taire et - l'une de ses composantes - le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination sont des normes internationales généralement reconnues qui sont au cœur de la notion de procès équitable consacrée par ledit article (art. 6). Leur raison d'être tient notamment à la protection de l'accusé contre une coercition abusive de la part des autorités, ce qui évite les erreurs judiciaires et permet d'atteindre les buts de l'article 6 (art. 6) (arrêts John Murray précité, p. 49, par. 45, et Funke précité, p. 22, par. 44). En particulier, le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination présuppose que, dans une affaire pénale, l'accusation cherche à fonder son argumentation sans recourir à des éléments de preuve obtenus par la contrainte ou les pressions, au mépris de la volonté de l'accusé. En ce sens, ce droit est étroitement lié au principe de la présomption d'innocence consacré à l'article 6 par. 2 de la Convention (art. 6-2).
11. Toutefois, le droit de ne pas s'incriminer soi-même concerne en premier lieu le respect de la détermination d'un accusé de garder le silence. Tel qu'il s'entend communément dans les systèmes juridiques des Parties contractantes à la Convention et ailleurs, il ne s'étend pas à l'usage, dans une procédure pénale, de données que l'on peut obtenir de l'accusé en recourant

¹⁵ CEDH, Saunders c/ ROYAUME-UNI, prec. § 68

à des pouvoirs coercitifs mais qui existent indépendamment de la volonté du suspect, par exemple les documents recueillis en vertu d'un mandat, les prélèvements d'haleine, de sang et d'urine ainsi que de tissus corporels en vue d'une analyse de l'ADN. »

- 12- De mon point de vue, cet arrêt est fondateur car il reprend de nombreux contours du droit de ne pas s'auto-incriminer. Cet arrêt rappelle que la base de la création de ce droit est née de la coercition abusive des autorités. Le but est donc de palier les abus faits lors des interrogatoires afin de forcer la personne entendue à livrer des éléments qu'elle ne voudrait pas ou à menacer la personne d'une sanction pénale si elle ne participe pas à son auto-incrimination. L'arrêt SAUNDERS¹⁶ revient ensuite sur un principe fondamental en procédure pénale, celui de la charge de la preuve¹⁷ puisqu'il rappelle que c'est à l'accusation de fournir les éléments incriminants et qu'elle ne peut se servir d'éléments obtenus sous la contrainte. « En vertu de la présomption d'innocence, c'est à la partie poursuivante de rapporter la preuve de l'existence de l'infraction. Sur le terrain de l'action publique cette preuve incombe essentiellement (et parfois exclusivement) au ministère public »¹⁸. De la même manière, cet arrêt fondateur lie le droit de ne pas s'auto-incriminer au principe de la présomption d'innocence en évoquant l'article 6 § 2 de la convention européenne des droits de l'homme¹⁹. Enfin, l'importance de cette jurisprudence réside dans le rappel pour tout accusé de pouvoir garder le silence en en délimitant les contours puisqu'il rappelle qu'il « ne s'étend pas à l'usage, dans une procédure pénale, de données que l'on peut obtenir de l'accusé en recourant à des pouvoirs coercitifs mais qui existent indépendamment de la volonté du suspect, par exemple les documents recueillis en vertu d'un mandat, les prélèvements d'haleine, de sang et d'urine ainsi que de tissus corporels en vue d'une analyse de l'ADN ». Ce droit au silence apparaît donc limité tout comme il permet de délimiter les contours du droit de ne pas s'auto-incriminer.
- 13- Cet arrêt est particulièrement référent en matière d'auto-incrimination car il pose la base des principes qui entourent le droit de ne pas s'auto-incriminer. Ce droit donc doit être analysé comme étant majeur car protecteur des droits de la défense. Malgré tout, il démontre également qu'il s'agit bien de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme

¹⁶ CEDH, Saunders c/ ROYAUME-UNI, prec. § 68

¹⁷ LEVASSEUR G., STEFANI G., « *La charge de la preuve* », Dalloz « Procédure pénale », 2^e édition, Paris 1962, p.276.

¹⁸ Ibid.

¹⁹ CEDH, Saunders c/ ROYAUME-UNI, prec. § 68

qui donne une définition toujours plus précise de la notion d'auto-incrimination. Il ne fait nul doute que cette seule consécration ternie l'importance de la notion tenant l'absence de consécration expresse au sein même de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme. Il est incompréhensible que ce droit ne soit pas repris au sein de l'article 6 de la Convention dès lors que l'ensemble des droits qui protègent la personne mise en cause sont, eux, expressément cités dans le texte.

- 14- En effet, certains droits repris par l'article 6 paragraphe 3 de la Convention européenne des droits de l'homme sont complémentaires au droit de ne pas s'auto-incriminer et permettent de garantir ce droit.

- 15- Cet article rappelle que tout accusé a le droit :
 - a) d'être informé, dans le plus court délai, dans une langue qu'il comprend et d'une manière détaillée, de la nature et de la cause de l'accusation portée contre lui ;
 - e) de se faire assister gratuitement d'un interprète, s'il ne comprend pas ou ne parle pas la langue employée à l'audience.

- 16- Ce paragraphe apparaît complémentaire au droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination. En effet, si le mis en cause ou la personne suspectée n'est pas informé de la nature et de la cause de l'accusation portée contre lui, il risque de tenir des propos auto-incriminants, peut être sans lien avec les faits qui lui sont reprochés, et qu'il n'aurait pas tenus s'il avait pris connaissance des faits matériels qui sont mis à sa charge et sur lesquels se fonde l'accusation. « Les dispositions du paragraphe 3 a) de l'article 6 montrent la nécessité de mettre un soin extrême à notifier l'accusation à l'intéressé. L'acte d'accusation joue un rôle déterminant dans les poursuites pénales : à compter de sa signification, la personne mise en cause est officiellement avisée de la base juridique et factuelle des reproches formulés contre elle »²⁰. La notion de temps est évoquée dans le paragraphe a) de l'article 6§3 de la convention européenne des droits de l'homme avec le terme « dans le plus court délai », ce rappel indique l'importance de ne pas laisser le mis en cause sans connaissance de l'infraction qui lui est reprochée trop longtemps car cela atteint les droits de la défense. Plus vite la personne entendue à connaissance de l'infraction qui lui est reprochée, plus vite il peut préparer sa défense. Ce paragraphe fait également référence au détail de l'accusation. Cet aspect est important vis à vis du droit de ne pas s'auto-incriminer car s'il est mentionné au mis

²⁰ CEDH, PELISSIER et SASSI c. FRANCE, paragraphe 51 : Rec. 1999-II, et 52

en cause un simple élément de son accusation, il risque de s'auto-incriminer n'ayant pas compris les contours de l'accusation. Il faut évidemment que la qualification juridique donnée à ces faits soit comprise par la personne mise en cause. D'où la référence à la langue, comprise par l'accusé. Il se trouverait désavantagé si la langue employée ne lui était pas familière et pourrait, comme dans le cas précédent, tenir des propos contraires à sa volonté et s'auto-incriminer.

17- L'importance de l'interprète doit également être soulevée. Une difficulté se présente régulièrement dans certains tribunaux en l'absence d'interprètes pouvant traduire la langue pratiquée par le mis en cause. En effet, il arrive que les propos d'un lituanien soient traduits par un interprète russe. Si d'apparence, ces langues peuvent être assimilées, elles sont en réalité bien différentes²¹. Le manque de moyen de la justice ne permet pas à chaque prévenu, de nationalités différentes, de bénéficier d'un interprète particulier. En traduisant des mots lituaniens par un interprète russe, cela peut laisser place à des incompréhensions ou des mauvaises indications, contribuant à l'affaiblissement des droits de la défense et à l'atteinte au droit de ne pas s'auto-incriminer. Dans le même sens, il ne peut être toléré que trois prévenus à la même audience bénéficient d'un seul interprète pour trois. Comment ce dernier peut, lorsqu'un prévenu est interrogé, traduire à la personne entendue et aux deux autres prévenus ? il y a nécessairement une défaillance qui peut conduire un des mis en cause, en l'absence de compréhension, à s'auto-incriminer. La difficulté est qu'en pareille circonstances les magistrats se retranchent derrière le fait que le texte ne prévoit pas que chaque prévenu doit disposer de son propre interprète ? Il faudrait ainsi reconsidérer ce texte et comprendre les conséquences qui peuvent découler d'une mauvaise interprétation. Le constat principal de cette analyse est que, tenant le manque de moyen toujours plus grandissant de la justice, cette atteinte risque de perdurer²².

18- b) Disposer du temps et des facilités nécessaires à la préparation de sa défense ;

²¹<https://www.robert-schuman.eu/fr/syntheses/0124-estonie-lettonie-lituanie-ce-qui-les-differencie>

²² « *LE PARISIEN MAGAZINE. Tribunaux en ruine, manque de moyens : pauvre justice !* », Le Parisien, Week-End, Grand angle|25 novembre 2015, 17h25 : <http://www.leparisien.fr/magazine/grand-angle/tribunaux-en-ruine-manque-de-moyens-pauvre-justice-25-11-2015-5312019.php>

Ce droit apparaît également complémentaire au droit de ne pas s'auto-incriminer. Disposer de temps pour préparer sa défense permet au conseil du mis en cause ou du mis en cause lui-même de prendre connaissance du dossier, des éléments incriminants ou non et s'il est préférable de se taire ou de s'auto-incriminer. Cette possibilité lui sera nécessaire pour tenir un discours cohérent devant les magistrats. « Pour pouvoir se disculper ou obtenir une atténuation de la peine, l'accusé a le droit de disposer de tous les éléments pertinents qui ont été recueillis ou pouvant être recueillis par les autorités compétentes »²³. Régulièrement, devant le Tribunal correctionnel, lorsqu'un avocat a été saisi tardivement par le mis en cause ou par le bâtonnier dans le cadre de la commission d'office, le conseil à la possibilité de demander un renvoi pour mieux préparer la défense du mis en cause²⁴. Dans le même sens, lorsqu'il est sollicité la copie de la procédure pénale pour assurer la défense d'un mis en cause et que le dossier parvient à l'avocat tardivement, ce dernier à la possibilité de solliciter un renvoi. Les législateurs²⁵ ont d'ailleurs conscience de cette difficulté temporelle puisqu'ils ont prévu, dans le cadre de la comparution immédiate, qu'un prévenu puisse bénéficier d'un délai pour préparer sa défense²⁶. Cependant, ce choix n'est pas sans conséquences, puisqu'il sera statué sur sa détention. En effet, lorsqu'un prévenu est présenté devant un tribunal correctionnel et qu'il sollicite un délai pour préparer sa défense, la question se pose de savoir si pendant la préparation de cette défense, le prévenu doit être maintenu en détention ou s'il peut se présenter libre lors de sa prochaine audience et bénéficier, par exemple, d'un contrôle judiciaire²⁷. Une pression est mise sur le mis en cause qui aura tendance à refuser ce délai par crainte d'être incarcéré. Dans le cas de la comparution immédiate, il est rare que les avocats aient eu le temps matériel de rassembler les pièces nécessaires pour démontrer les garanties de représentation du prévenu, qui pourraient lui permettre de ne pas être maintenu en détention. Les détenus préféreront choisir d'être jugés immédiatement quitte à ce que leur défense ne soit pas au point plutôt que de prendre le risque d'être incarcéré pendant plusieurs jours. Cette épée de Damoclès ne peut que contribuer à atteindre les droits de la défense et le droit de ne pas s'auto-incriminer.

²³ VELU J., ERGEC R., « *Convention européenne des droits de l'homme* », Répertoire pratique du droit belge, législation, doctrine, jurisprudence, Droit européenne et international, 2^e éd par Rusen ERGEC, coll. Bruylant, p. 591

²⁴ CA Poitiers, 19 septembre 2017, n° 16/03803 - ARRET N°485

²⁵ Article 397-1 du Code de procédure pénale

²⁶ Cass. Crim., 4 mai 2011, 10-84.461

²⁷ Article 397 et suivant du code de procédure pénale

- 19- c) Se défendre lui-même ou avoir l'assistance d'un défenseur de son choix et, s'il n'a pas les moyens de rémunérer un défenseur, pouvoir être assisté gratuitement par un avocat d'office, lorsque les intérêts de la justice l'exigent ;
- 20- « *L'équité de la procédure requiert que l'accusé puisse obtenir toute la vaste gamme d'interventions qui sont propres au conseil. A cet égard, la discussion de l'affaire, l'organisation de la défense, la recherche des preuves favorables à l'accusé, la préparation des interrogatoires, le soutien de l'accusé en détresse et le contrôle des conditions de détention sont des éléments fondamentaux de la défense que l'avocat doit librement exercer* »²⁸.
- 21- L'avocat est souvent la bouche de l'accusé qui ne peut plus s'exprimer. Son pouvoir de représentation et/ou d'assistance lui permet d'assurer une défense pleine et entière de la personne mise en cause, parfois même à la place de celui-ci, s'il n'est pas présent ou ne souhaite pas s'exprimer. Cela figure parmi les éléments fondamentaux du procès équitable et c'est pour cela que l'influence du droit européen a permis de faire évoluer le droit positif en la matière. L'assistance permanente dont dispose désormais l'avocat permet une meilleure effectivité de la défense. Si auto-incrimination il y a, elle se fera de façon volontaire, sans contrainte et en connaissance de cause. Non pas qu'un prévenu ne se débrouillerait pas seul devant un Tribunal correctionnel mais l'expérience de son Conseil, la connaissance de la jurisprudence, la maîtrise du Tribunal, permettent parfois d'éviter bien des erreurs et d'adopter une stratégie plus favorable à l'intéressé.
- 22- Depuis l'avènement de la loi du 14 avril 2011²⁹, il est à noter que la procédure pénale se consacre davantage aux droits de la défense et principalement aux conditions dans lesquelles le mis en cause serait amené à faire des déclarations. Les législateurs font en sorte que lorsque celui dépose, que ce soit en garde à vue, devant un juge d'instruction ou devant une juridiction, il dispose de garanties suffisantes pour que ne soient plus contestées ces déclarations par la suite³⁰. La présence de l'avocat en amont du procès pénal et pendant le procès pénal est une des garanties essentielles des droits de la défense³¹ qui permettra au mis

²⁸ CEDH, DAYANAN c. TURQUIE, 13 octobre 2009, requête n° 7377/03, § 32.

²⁹ Loi n°2011-392 du 14 avril 2011 relative à la garde à vue, JORF n°0089 du 15 avril 2011, page 6610.

³⁰ RAIMBOURG D., « *L'anniversaire de la loi sur la garde à vue du 14 avril 2011 : point de vue d'un parlementaire* », Gaz. Pal. 30 juill. 2013, n° 132v2 - n°211, Id : GPL132v2

³¹ LEROY J., « *Manuel de procédure pénale* », 5^e ed., LGDJ, Procédure pénale, 03/10/2017, Réf : Leroy J., Procédure pénale, oct. 2017, Lextenso, 9782275059556, p. 699

en cause d'être guidé afin qu'il ne contribue pas à son auto-incrimination. Surtout, la présence d'un défenseur va permettre à la personne qui va comparaître devant un tribunal ou devant un juge d'instruction de comprendre les subtilités de cette auto-incrimination et les conséquences qui peuvent en découler.

- 23- Au regard de la complémentarité relevée entre les droits consacrés par l'article 6§3 de la Convention européenne des droits de l'homme et le droit de ne pas s'auto-incriminer, il faut en tirer les leçons qui s'imposent. Ces droits, qui protègent le droit de ne pas s'auto-incriminer, sont largement consacrés, tant en droit européen qu'en droit positif puisque la plupart d'entre eux sont évoqués au sein même de l'article 6 paragraphe 3 de la Convention européenne des droits de l'homme comme dans le Code de procédure pénale³². Leur prise en compte ne peut donc qu'apparaître forte. Pourtant, le droit de ne pas s'auto-incriminer, qui est au cœur de la notion de procès équitable, n'y apparaît pas textuellement, tout comme il n'apparaît pas non plus au sein du Code de procédure pénale. La consécration textuelle de l'auto-incrimination dans l'article 6 paragraphe 3 pourrait pourtant permettre au droit positif de le consacrer également. En effet, dès lors que le droit européen impose une notion juridique sur la scène pénale internationale, les états adhérents adaptent leur législation³³. Une consécration textuelle permettrait à ce droit d'être pleinement garanti et assurerai aux personnes mises en causes une meilleure prise en compte de leurs droits de la défense.

II. La nécessité d'une consécration textuelle de l'auto-incrimination pour une meilleure prise en compte des droits de la défense

- 24- En effet, au regard de ces éléments, il apparaît essentiel d'ajouter un alinéa supplémentaire à l'article 6 paragraphe 3 de la Convention européenne des droits de l'homme afin de consacrer le droit de ne pas s'auto-incriminer. A titre d'exemple, il pourrait être mentionné comme suit : *Tout accusé a le droit de « bénéficier du droit de ne pas s'auto-incriminer, du droit de se taire et du droit de ne fournir aucun élément, sous la contrainte »*. Cela permettrait de garantir de manière plus forte la protection des droits de la défense. Sans cette consécration expresse, les droits de la défense sont nécessairement affaiblis puisque rien ne vient encadrer cette notion. Le droit de ne pas s'auto-incrimination reste une notion vague rattachée au droit de garder le

³² Voir article préliminaire du Code de procédure pénale

³³ CEDH, BRUSCO c. FRANCE, 14 octobre 2010, requête n° 1466/07 ; Cons. const., 30 juill. 2010, n° 2010-14/22 QPC : § 28 ; Loi n°2011-392 du 14 avril 2011 relative à la garde à vue, JORF n°0089 du 15 avril 2011, page 6610.

silence alors que ce dernier n'est qu'une simple composante du droit de ne pas s'auto-incriminer.

- 25- La notion d'auto-incrimination n'est, ni consacrée, ni même évoquée au sein de la procédure pénale française. Les juges se contentent d'appliquer la loi en assimilant la notion au simple droit de se taire et de prononcer leur décision au visa des articles relatifs au régime de la garde à vue. Pour constater cela, il suffit d'observer les manuels de procédure pénale et de droits fondamentaux, tous assimilent l'auto-incrimination au droit de garder le silence en garde à vue et tous se réfèrent à l'article 6 paragraphe 1 de la Convention européenne des droits de l'homme. Ce droit revêt pourtant de nombreux caractères. Il ne s'agit pas seulement du droit de se taire. Bien sûr que le droit de ne pas s'auto-incriminer comprend le droit de garder le silence, mais il revêt également de nombreux aspects totalement absents de la procédure pénale française. A titre d'exemple, le droit de ne pas fournir des documents auto-incriminants sous la contrainte est un des aspects essentiels du droit de ne pas s'auto-incriminer. Certains arrêts ont d'ailleurs inclus ce droit comme faisant partie intégrante du droit de ne pas s'auto-incriminer³⁴. Cet aspect-là est totalement oublié par le droit positif, or à ce jour, il est nécessaire de pallier cette problématique et de trouver les solutions nécessaires à une consécration expresse pour une meilleure protection des droits de la défense.
- 26- Il est essentiel que le droit français, et principalement la procédure pénale, encadre cette notion « d'auto-incrimination ». En effet, il apparaît que ce droit reste étranger pour les profanes et éloigné pour les juristes. Si au regard des termes « auto » et « incrimination », ce droit apparaît être le fait de contribuer soi-même à la qualification d'une infraction reprochée, les contours de la notion n'en sont pas pour autant délimités. Il faut, pour commencer, délimiter ce qui est incriminant de ce qui est auto-incriminant car ces deux notions pourraient être confondues.
- 27- Il faut tout d'abord rappeler que le terme « incriminer » n'a rien à voir avec le terme « incrimination ». Une incrimination, au sens stricte, se présente, d'après la doctrine, comme une infraction prévue et réprimée par le Code pénal répertoriée comme suit : « L'article 111-1 du Code pénal dispose : « *Les infractions pénales sont classées, suivant leur gravité, en crimes, délits et contraventions* ». *La gravité des infractions se détermine au regard des intérêts protégés que sont, par ordre de priorité, la personne, le patrimoine, l'État et la nation. C'est une caractéristique essentielle de la réforme du Code pénal que d'avoir inversé*

³⁴ CEDH, Saunders c/ ROYAUME-UNI, prec. § 68

la hiérarchie des valeurs : alors que les rédacteurs du code de 1810 privilégiaient les atteintes à l'État et à la paix publique, qu'ils plaçaient avant celles aux particuliers, ceux du code de 1992 mettent en premier les atteintes à la personne humaine, et parmi celles-ci, les crimes contre l'humanité, observant ainsi le souhait de Robert Badinter de faire du code « un code humaniste, inspiré par les droits de l'homme ». Viennent ensuite les atteintes aux biens, puis les atteintes à l'État »³⁵.

- 28- L'ensemble des contraventions, délits et crimes répertorié dans le Code pénal sont des incriminations au sens de la loi.
- 29- Le terme « incriminer » rappelle le fait de mettre en cause quelqu'un ou quelque chose³⁶. Il s'agit donc d'un acte positif. A l'inverse, l'auto-incrimination est un acte personnel, à l'encontre de soi-même. L'acte de celui qui tend à reconnaître une infraction dont il est lui-même soupçonné.
- 30- Certaines illustrations sont à citer pour que soit bien analysée la différence entre ces deux notions.
- 31- En procédure pénale, de nombreux exemples pourraient créer une confusion entre un acte incriminant et un acte auto-incriminant. En effet, la question pourrait se poser de savoir si, dans le cadre de la mise en place d'un système de géolocalisation, le fait de borner à tel ou tel endroit est auto-incriminant ou incriminant si on part du principe que c'est à cause de sa propre position géographique que le système permet de le géolocaliser ? Est-ce que le fait de laisser des empreintes génétiques sur une scène de crime est auto-incriminant ou incriminant si on part du postulat que l'ADN est le support de l'information génétique, propre à chaque homme ? En l'espèce ce n'est pas l'homme qui parle directement mais son ADN qui parle à sa place. Il s'agit ici davantage d'une incrimination que d'une auto-incrimination. La différence se comprend facilement au regard du caractère involontaire de l'acte. Il s'agit ici d'une incrimination puisque le mis en cause n'a pas participé volontairement à son auto-incrimination. Par principe, l'auto-incrimination est un acte volontaire et non subi par le mis en cause ou le suspect. L'auto-incrimination prendra place par exemple dans le cas où, interrogé sur sa présence sur une scène de crime, la personne suspectée reconnaîtra que l'ADN retrouvé sur les lieux est bien le sien. A partir de cet instant les exemples cités précédemment ne peuvent être qu'incriminant. Si l'ADN d'une personne est retrouvé sur les

³⁵ LEROY. J., « *Les catégories d'incrimination* », Droit pénal général, 20/09/2016, Réf : Leroy J., Droit pénal général, sept. 2016, LGDJ, 9782275054285

³⁶ LE ROBERT, Dictionnaire d'aujourd'hui, 2018, p.532

lieux d'une scène de crime, elle n'a pas fait le souhait de participer à sa propre incrimination, cela était indépendant de sa volonté. Il faut partir du même raisonnement en ce qui concerne la fouille d'un véhicule ou la géolocalisation. La personne suspectée ne sait pas que son téléphone est géolocalisé. Même si son téléphone permet d'émettre à un endroit précis, il ne s'agit pas d'un acte volontaire. Si elle avait eu connaissance du mécanisme mis en place, elle ne se serait peut-être pas rendue à tel ou tel endroit, par crainte d'incrimination. Le fait que ce soit incriminant et non auto-incriminant a une conséquence sur les droits de la défense puisque les mesures et mécanismes qui seront mis en œuvre pour procéder à des écoutes téléphoniques ou à des systèmes de géolocalisation ne seront pas contraires au droit de s'auto-incriminer. La loi a d'ailleurs travaillé en ce sens au fil de l'évolution de la procédure pénale, en encadrant ces mesures, pour que les droits de la défense de la personne mise en cause ou suspectée ne soient pas bafoués.

- 32- Le premier point sur lequel il semble possible de s'appuyer est le suivant : ce qui est auto-incriminant découle d'une action volontaire que l'on « s'inflige » alors que l'incrimination est un acte effectué par une personne extérieure dans le but de nuire à une autre. La meilleure illustration de l'auto-incrimination volontaire est l'aveu. L'auto-incrimination traduite par l'aveu a une portée symbolique dès lors que l'homme prend pleinement conscience qu'il se soumet au bien-fondé de la punition à venir. Michel Foucault rappelait que « *l'aveu est en quelque sorte un rappel du pacte social* »³⁷. La confession qu'il va livrer va marquer une rupture, « *le criminel endosse les habits de la pénitence, il distingue à nouveau le bien et le mal, il est responsable et lucide* »³⁸.
- 33- L'homme qui avoue de son plein gré le fait généralement par culpabilité³⁹, conscience, ou soulagement. Cet acte de culpabilité se fait car leur conscience le leur impose. C'est le cas de l'aveu de rédemption, le besoin d'être pardonné incite à avouer ses péchés. La religion catholique apporte une très grande importance à l'aveu et à la reconnaissance des péchés. Le

³⁷ FOUCAULT M., « *Mal faire, dire vrai : Fonction de l'aveu en justice* » - cours de Louvain, 1981 Broché – 7 septembre 2012, p.42

Voir aussi : MASSONET S., « *Michel Foucault, l'aveu et la généalogie du sujet moderne* », Michel Foucault, « *L'origine de l'herméneutique de soi* », Vrin, collection "Philosophie du présent", 2013, 168 p., EAN 13: 9782711625093.

³⁸ Ibid.

³⁹ LEROY J., « *L'aveu de culpabilité dans la composition pénale et le plaider coupable* », *Cet article a été publié dans le cadre du dossier « - Les 10 ans de la loi Perben II - » de la Gazette du Palais*, Gaz. Pal. 21 août 2014, n° 188r7 - n°233, 21/08/2014, Id : GPL188r7.

canon 21 du IV^e Concile du Latran en 1215 impose cette confession car elle permet une reconnaissance de responsabilité⁴⁰. « *L'aveu ne garantit pas seulement l'immortalité à l'accusé, il lui assure aussi la compréhension, l'indulgence, l'empathie de l'opinion des juges. Il le réinsère dans la communauté des hommes. Le crime ne fait peur que tant qu'il ne demeure inexpliqué* »⁴¹. L'aveu, cette parole aux nombreuses vertus, est donc un acte qui humanise.

- 34- Par principe, le langage est le propre de l'homme. La parole doit se traduire comme une volonté de communiquer, de dire librement ce que l'on pense. Quand le suspect donne volontairement les preuves matérielles de sa culpabilité, il a cette volonté, ce besoin de communiquer. S'il décide d'avouer un crime qu'il a commis, il s'auto-incriminera le plus souvent par le biais de cette parole. Notre société accorde une place très importante au langage et a d'ailleurs fait de la liberté d'expression un droit fondamental.
- 35- La liberté d'expression dont dispose chaque homme a émergé vers la fin du XVIII^e siècle et s'appuie aujourd'hui sur l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen : « *La libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'homme : tout citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre à l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la loi* » au niveau national, sur l'article 19 de la Déclaration universelle des droits de l'homme au niveau international : « *Tout individu a droit à la liberté d'opinion et d'expression, ce qui implique le droit de ne pas être inquiété pour ses opinions et celui de chercher, de recevoir et de répandre, sans considérations de frontières, les informations et les idées par quelque moyen d'expression que ce soit.* » ou encore sur l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme : « *La liberté d'expression constitue l'un des fondements essentiels d'une société démocratique, ainsi que l'une des conditions primordiales de son progrès et de l'épanouissement de chacun* ».
- 36- Cette liberté d'expression résonne comme un droit « libre », une faculté de pouvoir s'exprimer librement par tous. Cela permet ainsi à l'homme de pouvoir s'auto-incriminer, librement, s'il le souhaite, mais pas sans conséquences. L'article cité précédemment au sein de la Déclaration universelle des droits de l'homme rappelle que l'homme « *a le droit à sa liberté d'expression ce qui implique le droit de ne pas être inquiété pour ses opinions* ».

⁴⁰CHELINI J., « *Histoire religieuse de l'Occident médiéval* », Hachette, 1991, réimpr. Fayard/Pluriel - 18 octobre 2010), 672 p. (ISBN [978-2818500903](#) et [2818500907](#)).

⁴¹FOUCAULT M., « *Mal faire, dire vrai : Fonction de l'aveu en justice* » - op.cit.

- 37- En réalité, cet article apparaît contradictoire au droit de pouvoir s'auto-incriminer librement puisque la finalité de cette notion d'auto-incrimination est d'aboutir à une sanction pénale. C'est toute la difficulté qui réside aujourd'hui autour de l'aveu. Le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination ne cesse d'être évoqué mais aucune conséquence n'est pourtant notifiée à la personne mise en cause.
- 38- C'est pourquoi le droit de ne pas s'auto-incriminer doit être encadré. Il est nécessaire qu'il soit compris par la personne mise en cause et surtout qu'il analyse ses contours et ses conséquences. Encore une fois, le constat est flagrant sur le besoin de consacrer textuellement ce droit. En procédure pénale, c'est l'aveu qui est mis en avant alors qu'il n'est qu'une composante du droit de ne pas s'auto-incriminer. Si les législateurs semblent avoir fait le tour de « l'aveu » en procédure pénale⁴², il est nécessaire d'aller plus loin et de se consacrer aux contours de l'auto-incrimination pour pouvoir enrichir le droit positif d'une notion qui, aujourd'hui est reconnu internationalement⁴³ mais inconnu de la procédure pénale française qui, justement, ne se consacre qu'à cette notion d'aveu et de silence.
- 39- Cet aveu doit être défini comme une déclaration, verbale ou écrite, un acte par lequel, l'homme reconnaît un acte blâmable. C'est donc une action conséquente. Il est, depuis l'origine « *une figure imposée du rituel judiciaire* »⁴⁴. L'aveu ne peut être dissocié de l'auto-incrimination dès lors qu'il en est son expression première.
- 40- Plusieurs études⁴⁵ ont été réalisées afin de comprendre les contours de ce droit d'avouer. « *En France, cet art du « faire dire » étant nettement moins théorisé que dans d'autres pays tels que le Canada, les enquêteurs s'inspirent souvent de la bible de Michel Saint-Yves, un psychologue judiciaire à la sureté du Québec, intitulée Psychologie des entrevues d'enquête. Pour mieux comprendre pourquoi et comment les criminels avouent leurs actes, ce dernier a décortiqué le processus dans une étude menée avec la chercheuse Nadine Deslauriers-Varin de l'école de criminologie de l'université de Montréal. Ils ont travaillé avec deux cent vingt et un prisonniers d'un pénitencier fédéral en analysant les conditions dans lesquelles ils étaient*

⁴² TEISSEBRE J-C., « *En finir avec le « culte de l'aveu* » », Gazette du Palais - n°78 - page 2, 19/03/2009 - Id : GP20090319001

⁴³ Cour Suprême des États-Unis, 13 juin 1966, 384 US 436 ; CEDH Funke c/ FRANCE du 25 février 1993 Hudoc 393 requête 10828/84 ; CEDH, Saunders c/ ROYAUME-UNI, prec. § 68

⁴⁴ BRAFMAN J., « *Vertiges de l'aveu* », Préface de Me Eric DUPOND-MORETTI, ed. Stock, septembre 2016, p. 4

⁴⁵ Voir : BACHELET O., « *Garde à vue : la persistante religion de l'aveu* » Gazette du Palais - n°24 - page 7, 24/01/2012, Id : Gazette du Palais - n°233, 21/08/2014, Id : GPL188r7

ou non passés aux aveux »⁴⁶. En ce sens, certains facteurs ont été analysés, l'âge, le sexe, la situation maritale, les antécédents judiciaires ou encore la nature des faits reprochés. Cette étude s'assimile clairement à celle de Cesare Lombroso⁴⁷, le « criminel né » selon laquelle le criminel correspondrait à un type d'homme particulier à savoir un individu atavique et amoral commettant des forfaits par nécessité biologique qui présente certains traits anatomiques (forte mâchoire, arcades sourcilières proéminentes...), psychologiques (insensibilité à la douleur...) et sociaux (tatouages, argot...) qui le rapprochent du sauvage⁴⁸.

- 41- Selon Monsieur Michel Saint-Yves⁴⁹, existerait-il un « avoueur né » ou, sans mauvais jeu de mot, un « auto-incrimi-né » ? Il ne semble pas que cette hypothèse soit plausible. L'étude de Laurence Proteau⁵⁰ le démontre aisément. Sociologue et maître de conférences à l'université d'Amiens, elle a travaillé sur une étude relative aux techniques policières utilisées pour obtenir l'aveu. Elle explique que le comportement des enquêteurs va laisser la personne suspectée dans une position telle que l'auto-incrimination semble être la seule échappatoire. Certains adoptent une attitude amicale, voir complice, comme si les officiers de polices judiciaires pouvaient aider le gardé à vue à se sortir d'une situation s'il reconnaissait sa responsabilité. D'autres, en fonction des personnalités auxquelles ils ont à faire, jouent sur la conscience morale pour obtenir un aveu. « *Le « décorum » de la garde à vue, avec ses cellules crasseuses et décaties, ses couvertures malodorantes, n'est pas uniquement le fruit de*

⁴⁶ BRAFMAN J., « *Vertiges de l'aveu* », op.cit

⁴⁷ LEROY J., « *Droit pénal général* », 6^e éd. Lextenso, JGDJ, « *La réaction sociale aux phénomènes criminels* », Droit pénal général, 20/09/2016, Réf : Leroy J., Droit pénal général, sept. 2016, LGDJ, 9782275054285 ; RENNEVILLE M., « *Entre nature et culture : la médecine du crime dans la première moitié du XIX^e siècle* », in Laurent Mucchielli (dir.), *Histoire de la criminologie française*, L'Harmattan, collection « Histoire des sciences humaines », 1995, p. 29-53 ; « *La réception de Lombroso en France (1880-1900)* », in Laurent Mucchielli (dir.), *Histoire de la criminologie française*, L'Harmattan, collection « Histoire des sciences humaines », 1995, p. 107-135 ; « *Lumière sur un crâne ? La découverte de l'atavisme criminel* », in Jacqueline Carrouy et Nathalie Richard (dir.), *La découverte et ses récits (Champollion, Freud et les autres)*, L'Harmattan, collection « Histoire des sciences humaines », 1998, p. 15-36 ; « *Le criminel-né : imposture ou réalité ?* », *Criminocorpus, revue hypermédia*, Histoire de la criminologie, 2. Thématiques et théories, mis en ligne le 01 janvier 2005.

⁴⁸ Voir aussi : Sur la criminalité des femmes, CARIO R., « *Femmes et criminelles* », préface de PINATEL J., Erès, 1992 ; PENDE, *La biotypologie et la clinique de la personne humaine au service de la criminologie*, II^e congrès international de criminologie, Paris, 1950, tome 2, p. 195 – SHELDON W., *Les variétés de la constitution physique de l'homme*, PUF, 1950 ; FERRI E., « *La sociologie criminelle* », 1893 ; DI TULLIO, Manuel d'anthropologie criminelle, 1951 ;

⁴⁹ BRAFMAN J., « *Vertiges de l'aveu* », op.cit

⁵⁰ PROTEAU L., 2007, « *Vision doctrinale et divisions pratiques : de quelques contradictions structurelles entre proximité et police* ». *Journal des anthropologues*, no 108-109, p. 249-277

questions budgétaires, il est élaboré pour impressionner, pour retourner le cœur et marquer les chairs »⁵¹. Ces conditions devraient attirer la vigilance politique et ce, au visa de l'article 3 et 6 de la Convention européenne des droits de l'homme.

- 42- L'article 3 de la convention précitée rappelle que « *Nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants* ». Cette protection émise par l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme doit tendre à la consécration expresse de l'auto-incrimination au sein de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme. Cela s'explique au travers de la jurisprudence relative à l'article 3 de cette convention qui condamne fermement ces agissements et ce, dans la protection du droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination. Un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 2 octobre 2014⁵² illustre cela. Ce dernier traite d'une affaire qui concerne les conditions de détention de cinq ressortissants français gardés à vue dans les cellules du commissariat central de police de Nouméa (Nouvelle-Calédonie). La Cour juge en particulier que les conditions dans lesquelles ils y ont été détenus, notamment le manque d'espace, de lumière et d'aération, ont causé aux requérants des souffrances aussi bien physiques que mentales ainsi qu'un sentiment de profonde atteinte à leur dignité humaine, et qu'elles s'analysent en un traitement inhumain et dégradant. Ce type de traitement peut influencer la personne à avouer un crime qu'elle n'aurait pas commis au simple motif qu'il veut que ce calvaire cesse. Obtenir des aveux dans ces conditions est une atteinte réelle aux droits de l'homme au sens général, c'est pourquoi le droit européen a fortement influencé l'évolution de la procédure pénale française pour limiter ces abus d'autorité.
- 43- A la suite de la condamnation de la France par la Cour européenne des droits de l'homme dans l'arrêt Brusco⁵³ et ce, au visa du droit de se taire et de ne pas contribuer à sa propre incrimination, le Conseil constitutionnel a été saisi le 1^{er} juin 2010 et le 11 juin 2010 par la Cour de cassation d'une question prioritaire de constitutionnalité relative aux dispositions régissant la garde à vue. Le 30 juillet 2010⁵⁴, le Conseil constitutionnel décide que les articles 62, 63, 63-1 et 77 du Code de procédure pénale et les alinéas 1^{ers} à 6 de son article 63-4 sont

⁵¹ BRAFMAN J., « *Vertiges de l'aveu* », op.cit

⁵² CEDH, FAKAILO (SAFOKA) ET AUTRES c. FRANCE, 2 octobre 2014, requête n°2871/11

⁵³ CEDH, BRUSCO c. FRANCE, 14 octobre 2010, requête n° 1466/07

⁵⁴ Cons. const., 30 juill. 2010, n° 2010-14/22 QPC : § 28

contraires à la Constitution. L'avènement de la loi du 14 avril 2011⁵⁵ marquera ainsi une réelle rupture.

- 44- Outre le fait que le gardé à vue va pouvoir bénéficier pendant tous ses interrogatoires de l'assistance d'un avocat à ses coté afin d'éviter les événements ci-dessus évoqués, la personne placée en garde à vue jouit désormais du droit de se taire malgré les débats qui ont pu avoir lieu autour de la notification de ce droit dans le respect de son droit de ne pas s'auto-incriminer. L'individu n'est, à aucun moment, contraint de répondre aux questions de la police judiciaire sous la menace de sanction. La France s'est enfin mise en conformité avec le droit européen en rééquilibrant les deux parties⁵⁶, ce qui montre l'influence réelle dont dispose la Cour européenne des droits de l'homme sur les états adhérents.
- 45- L'auto-incrimination est au cœur de cette révolution procédurale, la modification du nouvel article préliminaire le démontre. Cette impulsion ne va avoir de cesse d'évoluer.
- 46- En effet, une nouvelle réforme était attendue. Si dans le cadre d'une garde à vue le suspect pouvait bénéficier du droit de se taire, ce n'était pas le cas en matière d'audition libre. Il faudra attendre l'avènement de la loi du 27 mai 2014⁵⁷ portant transposition de la directive 2012/13/UE du 22 mai 2012 relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales avec la création de l'article 61-1 du Code de procédure pénale pour que certains droits garantissant les droits de la défense du mis en cause soit notifiés et principalement, le droit de se taire. Cette loi va non seulement protéger la personne auditionnée dans le cadre de cette mesure mais va émettre une réelle consécration du droit de ne pas s'auto-incriminer dans la procédure pénale. Depuis la loi du 27 mai 2014⁵⁸, lors de sa première audition par le juge d'instruction, l'article 116 du Code de procédure pénale offre désormais à la personne mise en cause les droits suivants : « *La personne est informée qu'elle a le droit de se taire, de faire des déclarations, soit d'être interrogée. Mention de cet avertissement est faite au procès-verbal. L'accord pour être interrogé ne peut être donné qu'en présence d'un avocat. L'avocat de la personne peut également présenter ses observations au juge d'instruction* ». La création de cet article doit être analysée comme une réelle prise de conscience d'une situation ambiguë et inférieure dans laquelle se trouvait le mis en cause puisqu'il lui était donné la possibilité de

⁵⁵ Loi n°2011-392 du 14 avril 2011 relative à la garde à vue, JORF n°0089 du 15 avril 2011, page 6610.

⁵⁶ Voir en ce sens : SAINT-PIERRE F., « *Panorama de la Jurisprudence du Conseil constitutionnel* », Pratique de défense pénale, 06/03/2018, Lextenso, 9782275061139

⁵⁷ Loi n°2014-535 du 27 mai 2014 portant transposition de la directive 2012/13/UE du Parlement européen et du Conseil, du 22 mai 2012, relative au droit à l'information dans le cadre de la procédure pénale publiée au JORF n°0123 du 28 mai 2014 page 8864 texte n°2.

⁵⁸ Ibid.

se taire en garde à vue sans que cela ne soit renouvelé devant le Juge d'Instruction. Outre l'absence de logique qui demeurerait avant l'avènement de cet article, il s'agit là d'une réelle protection des droits de la défense.

- 47- La même loi du 27 mai 2014⁵⁹ a également prévu la possibilité pour la personne qui comparait devant une juridiction telle qu'un Tribunal correctionnel ou une Cour d'assises de pouvoir se taire, de faire des déclarations ou de répondre aux questions.
- 48- Les trois possibilités qui sont désormais offertes à la personne mise en cause vont permettre une meilleure prise en compte de ses droits. En premier lieu, le fait que le droit de pouvoir garder le silence soit notifié à un prévenu ou un accusé dans une salle d'audience est une réelle révolution procédurale parce que la personne mise en cause ressent cette faculté de disposer de droits, même pendant son jugement. La majorité des audiences étant publiques, cela crée un fort impact sur celui qui comparait. Si avant cette loi, le prévenu comparait devant une juridiction est subissait en quelques sortes son procès puisqu'il ne lui était offerte la possibilité que de parler. Or depuis, le mis en cause a la possibilité de se taire. Cependant, une difficulté, la même, récurrente, demeure, puisque même si le droit de se taire est notifié à la personne avant de commencer l'instruction de son dossier, il ne lui est pas expliqué les conséquences du droit de se taire, ni pourquoi cela pourrait lui être utile. Un prévenu ne souhaite pas toujours bénéficier de la présence d'un avocat et personne ne pourra ainsi lui expliquer les contours de ce nouveau panel de droits, offerts en début d'audience. En second lieu, le prévenu ou l'accusé a désormais la possibilité de faire des déclarations. Cette possibilité doit être analysée comme une aubaine pour le mis en cause qui, s'il ne veut ni garder le silence par crainte d'être déjà jugé sur ce seul comportement, ni répondre aux questions par risque d'auto-incrimination, a ce choix de pouvoir faire des déclarations. Ce droit offert à la personne mise en cause est une réelle protection du droit de ne pas s'auto-incriminer puisqu'il lui permet de tenir le discours qu'il veut, le temps qu'il souhaite. Ce moyen de défense est certainement plus apprécié des magistrats plutôt que celui qui souhaite se taire. Cette loi a ainsi permis une consécration intéressante des droits de la défense vis-à-vis du droit de ne pas s'auto-incriminer.
- 49- Ces évolutions procédurales permettent de mettre en exergue toute l'importance qui commence à être accordée au droit de ne pas s'auto incriminer⁶⁰ et tendent réellement à la

⁵⁹ Ibid.

⁶⁰ BEAUSSONIE G., « *La nouvelle garde à vue est-elle plus contradictoire ?* », Gaz. Pal. 29 juill. 2014, n°210 - page 13 - Id : GPL188e5, n° 188e5, p. 13.

valorisation des droits de la défense. La difficulté qui demeure est le fait que toutes ces évolutions procédurales qui améliorent ces droits sont cloisonnées par pléthores de principes insérés dans la procédure pénale française. L'exemple de l'absence d'accès au dossier par l'avocat en garde à vue suffit à qualifier l'affaiblissement de la procédure pénale. Le droit de ne pas s'auto-incriminer se trouve fortement affaibli par l'absence d'accès par l'avocat au dossier pénal dès le début de l'enquête, alors qu'il constitue, pour l'accusé, le premier outil nécessaire à la préparation de sa défense visé par l'article 6.3 de la Convention européenne des droits de l'homme. Ce dossier est la base de tout lorsqu'une personne est placée en garde à vue, les questions des officiers de police judiciaires posent des questions en se basant sur les éléments qu'ils détiennent, qu'il s'agisse d'expertise, de rapport médical, d'auditions ou autre. Sans la connaissance de ce qui est présent dans le dossier pénal du gardé à vue il est difficile de lui conseiller une défense pénale. A partir de là, le risque d'auto-incrimination est certain. Ce qui est d'autant plus « vicieux » dans ce mécanisme, c'est que si la loi n'avance pas dans le sens du droit de la défense, c'est totalement volontaire. La transposition de la directive 2012/13/UE du 22 mai 2012⁶¹ aurait très bien pu laisser cette possibilité à l'avocat de pouvoir accéder au dossier pénal avant de pouvoir s'entretenir avec son client, mais si cela n'a pas été mis en place c'est uniquement car « *l'accès intégral au dossier (...) entraînerait des conséquences majeures sur le fonctionnement des services de police et des unités de gendarmerie* »⁶². Ce qui signifie donc qu'il vaut mieux mettre à mal les droits de la défense pour préserver les intérêts des services de police ou de gendarmerie. C'est sûrement d'ailleurs pour cela que le droit de ne pas s'auto-incriminer n'est pas consacré textuellement tant au sein de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme qu'en droit positif. Si celui-ci était reconnu de façon claire, il faudrait remettre en cause plusieurs dispositions pénales qui aujourd'hui portent atteinte à ce droit, ce que les législateurs ne souhaitent pas et ne feront pas⁶³.

- 50- Pourtant, la procédure pénale tend vers une reconnaissance toujours plus forte du droit de ne pas s'auto-incriminer même si elle ne le cite pas expressément ces termes. C'est donc qu'une

⁶¹ Loi n°2014-535 du 27 mai 2014 portant transposition de la directive 2012/13/UE du Parlement européen et du Conseil, du 22 mai 2012, relative au droit à l'information dans le cadre de la procédure pénale publiée au JORF n°0123 du 28 mai 2014 page 8864 texte n°2.

⁶² DUPIC G., « *Chronique de l'accès intégral au dossier pénal* », Gaz. Pal. 17 mai 2014, n° 178y8, p. 11 - n°137 - page 11, Id : GPL178y8, Réf :

⁶³ Voir article 706-96 du Code de procédure pénale relatif aux sonorisations et captations d'image.

évolution est en marche quant à sa consécration textuelle. L'évolution de la procédure pénale paraît être conséquente au niveau de la valorisation des droits de la défense et consacre davantage le droit de ne pas s'auto-incriminer. Certes son évolution reste lente comme en atteste la transposition de la directive 2012/13/UE du 22 mai 2012⁶⁴ relative au droit à l'information dans le cadre de la procédure pénale qui aurait dû mettre en place sans délai cet accès entier au dossier par l'avocat, mais cet avènement est prochain, c'est incontestable.

- 51- Tout comme l'avènement de la loi du 14 avril 2011⁶⁵ réinstaurant le droit de garder le silence pour un détenu lors d'une garde à vue et le droit de bénéficier pour celui-ci d'un avocat pendant toute la durée de l'interrogatoire, les avocats des mis en causes et les mis en cause eux même pourront bientôt accéder à l'ensemble du dossier pénal pendant la garde à vue. Il faudra ainsi veiller à ce que les officiers de police judiciaire n'usent pas de stratagèmes afin de mettre en difficulté le Conseil pour accéder à ce dossier pénal ou en comprendre le contenu.
- 52- C'est au travers de toute cette ambivalence que l'originalité de la notion d'auto-incrimination doit être constatée et analysée.
- 53- Il a pu être vu précédemment que l'auto-incrimination était, par principe, la résultante d'un acte volontaire. L'originalité réside donc dans le fait pour une personne de s'auto-incriminer en avouant une culpabilité et de s'en protéger en gardant le silence. Pourtant ce sont des notions bien différentes qui s'excluent mutuellement.
- 54- Le silence revêt une volonté de se taire, de ne pas prendre la parole, une volonté de ne pas s'exprimer, de ne pas communiquer. Chaque homme, au lieu de prendre la parole, peut faire le choix de se taire et d'user de sa faculté de penser, réfléchir, se concentrer, concevoir des idées et juger. Tout ce qui se passe dans la conscience, tout ce que l'esprit aperçoit immédiatement en lui est rassemblé en pensée. Il permet d'écouter les autres, de prouver l'attention du discours tenu. L'officier de police judiciaire qui continuerait de poser des questions au suspect qui userait de son droit de garder le silence peut écouter les questions, les analyser et voir quelle direction souhaite prendre l'officier. Le silence s'avère ainsi très protecteur du droit de ne pas s'auto-incriminer. Est-ce que, pour autant, l'adage selon lequel

⁶⁴Loi n°2014-535 du 27 mai 2014 portant transposition de la directive 2012/13/UE du Parlement européen et du Conseil, du 22 mai 2012, op. cit.

⁶⁵ Loi n° 2011-392 du 14 avril 2011 relative à la garde à vue, JORF n°0089 du 15 avril 2011, page 6610

« *qui ne dit mot consent* »⁶⁶ doit faire office de culpabilité reconnue ? Il faut étudier cet adage selon deux aspects. Il y a d'une part, le cas du mis en cause qui ne se manifeste pas, qui reste silencieux par stratégie, « *L'aveu est une confession de bouche ; le silence est une confession de fait* »⁶⁷ et le cas relatif à la personne qui va souhaiter garder le silence, mais dont le comportement pourrait s'analyser comme un aveu de culpabilité telle qu'une personne qui se met à rougir, à blêmir, qui s'agite sur sa chaise, se passe les mains sur le visage dès qu'une question semble embarrassante. Est-ce finalement une reconnaissance de culpabilité que de se taire ? Il apparaît évident que non. Le droit de garder le silence en procédure pénale ne peut se traduire comme un aveu de culpabilité et ne doit certainement pas l'être. Il ne faut pas l'analyser comme un aveu de culpabilité car le silence peut avoir plusieurs significations, c'est pourquoi cette précision est mentionnée par la Cour européenne des droits de l'homme dans son arrêt *O'Halloran et Francis c/ Royaume-Uni*⁶⁸ qui a jugé qu'il était « *manifestement incompatible de fonder une condamnation exclusivement ou essentiellement sur le silence du prévenu ou sur son refus de répondre à des questions ou de déposer* » et ce, au regard de la protection affirmée du droit de ne pas s'auto-incriminer. Le silence a donc du sens, il est le « langage » de la pensée.

- 55- Cette affirmation est d'ailleurs soutenue par le principe d'impartialité repris lui-même par l'article 6§1 de la convention européenne des droits de l'homme. Ce principe procédural impose au juge d'assurer aux justiciables le droit à ce que leur cause soit entendue par un tribunal indépendant et impartial afin de garantir le droit à un procès équitable⁶⁹. Cela se traduit par le fait, pour un juge, d'être impartial et de s'abstenir de tout favoritisme envers

⁶⁶ BLONDEAU-PIERROT J., « *Qui ne dit mot ne consent... pas : quand le silence ne vaut pas toujours acceptation...* », Gaz. Pal. 6 janv. 2015, n° 206x4, p. 41 - 06/01/2015, Id : GPL206x4

⁶⁷ BENTHAM J., « *Œuvres* », Jurisconsulte Anglais, Vol. 2 : Traités des peines et des récompenses, traité des preuves judiciaires, AA7113, Bruxelles, Louis HAUMAN et Compagnie, libraires, 1829, p. 451

⁶⁸ CEDH, 29 juin 2007, *O'Halloran et Francis c. Royaume-Uni*, requêtes n° 15809/02 et n° 25624/02

⁶⁹La loi organique n° 2016-1090 du 8 août 2016 relative à la magistrature organise la prévention des conflits d'intérêt des magistrats, définis comme « *toute situation d'interférence entre un intérêt public et des intérêts publics ou privés qui est de nature à influencer ou à paraître influencer l'exercice indépendant, impartial et objectif d'une fonction* ». Elle impose aux magistrats d'effectuer une déclaration de patrimoine et crée un collège de déontologie chargé d'examiner les situations de conflit d'intérêt. Bien que non-professionnels les juges du tribunal de commerce (ou « juges consulaires ») doivent également présenter une déclaration exhaustive, exacte et sincère d'intérêts, dont les modèles, les modalités de remise et de conservation ont été fixés par le décret n° 2017-1163 du 12 juillet 2017.

l'une ou l'autre des parties. Il doit faire preuve d'objectivité et de neutralité. Il doit, à ce titre, examiner avec la même attention les éléments favorables ou défavorables à chacune des parties. Il trouve sa source dans l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme qui rappelle dans son §1 que « *Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi (...)* ». Ce principe va venir garantir le droit de ne pas s'auto-incriminer en assurant au mis en cause de n'avoir aucun apriori sur sa situation. Dès lors qu'une personne qui comparait devant une juridiction ou devant un juge d'instruction souhaite mettre en œuvre son droit de garder le silence, le magistrat qui instruit son dossier ne devrait tirer aucune conséquence négative de cet acte. Ce principe n'est cependant pas garanti par une disposition légale qui viendrait s'assurer de cela. En France, le droit de ne pas s'auto-incriminer n'étant pas un droit reconnu textuellement, il n'y a pas de possibilité de préciser qu'en vertu de ce droit, le mis en cause a la possibilité de se taire sans que cela ne puisse lui être reproché. Tout repose en réalité sur la bonne foi du magistrat. S'il y a des causes de récusation possible prévues à l'article 668 du Code de procédure pénale, elles ne sont pas toutes inventoriées. Pour celles qui n'y figurent pas, une requête en suspicion légitime peut être déposée si un doute est présumé quant à la partialité d'un magistrat ou d'une juridiction entière⁷⁰. Sans la mise en œuvre de ces procédures qui tendent à la protection des droits de la défense, c'est sur la bonne administration de la justice qu'il faudra compter. Dans tous les cas, la jurisprudence démontre qu'il sera bien mal aisé de déterminer quand un magistrat fera preuve d'impartialité face à un prévenu qui décide de garder le silence⁷¹. Cette difficulté est d'ailleurs confortée par le principe de l'intime conviction.

- 56- En effet, il est à nouveau rencontré cette problématique selon laquelle la plupart des dispositions qui tendent à la valorisation des droits de la défense sont sans effet face aux dispositions qui tendent à l'affaiblissement des droits de la défense. Dans tous les cas où le droit protège l'auto-incrimination, une mesure vient aussitôt anéantir la protection du mis en cause. Dans le cadre du principe d'impartialité cité précédemment qui tend à la protection du droit de ne pas s'auto-incriminer, la procédure pénale connaît le principe de l'intime conviction qui va venir érafler l'auto-incrimination.

⁷⁰ Ainsi, l'article 662 du Code de procédure pénale prévoit qu'en matière pénale, la chambre criminelle peut dessaisir toute juridiction d'instruction ou de jugement et renvoyer la connaissance de l'affaire à une autre juridiction de même ordre pour cause de suspicion légitime.

⁷¹ Cour de cassation, criminelle, Chambre criminelle, 11 juillet 2017, 16-84.980.

- 57- L'article 427 du Code de procédure pénale évoque ce principe : « *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* ». Ce principe se définit comme une notion juridique qui illustre la subjectivité de toute décision pénale s'agissant de l'appréciation de l'ensemble du litige par le juge chargé de rendre justice. « *Sous le nom de crimes ou de délits, on juge bien toujours des objets juridiques définis par le code, mais on juge en même temps des passions, des instincts, des anomalies, des infirmités, des inadaptations [...] qui sont aussi des pulsions, des désirs ; les juges [...] se sont donc mis à juger autre chose que des crimes : l'âme des criminels* »⁷². Le juge va désormais juger selon son intime conviction, selon ce qu'il ressentira au fond de lui à propos de la personne dont il instruit le dossier et qui a fait le choix ou non de répondre aux questions qui lui sont posées. « *Le juge et le juré sont dotés de leur histoire personnelle, de leurs idéologies, de leurs pulsions, de leurs affects mis en jeu par l'acte de juger* ».⁷³ C'est en fonction de ces sentiments que jugera un homme. Cependant le droit de ne pas s'auto-incriminer reste protégé dans la mesure où la loi leur impose de ne se fonder que sur les preuves qui sont amenées devant lui au cours des débats et de façon contradictoire. N'est-ce pas finalement pas une façon de dire que si une personne comparait devant une juridiction et fait le choix de se taire, cela ne pourra pas avoir de conséquence sur sa sentence puisqu'il ne s'agit pas d'un élément de preuve mais bien d'un acte volontaire effectué sur audience ? Une fois de plus, cette ambiguïté démontre l'importance d'encadrer la notion d'auto-incrimination et ce qui l'entoure. Ce droit doit être consacré textuellement pour devenir un réel principe fondamental, nourri par la doctrine⁷⁴ et la jurisprudence⁷⁵ déjà présente.
- 58- Pour pallier ces lacunes que rencontre régulièrement le droit de ne pas s'auto-incriminer, il a été trouvé par le législateur une mesure pénale capable de garantir à la fois la valorisation et

⁷² FOUCAULT M., « *Surveiller et punir. Naissance de la prison* », Collection Bibliothèque des Histoires, Gallimard, Parution : 20-02-1975, p. 67

⁷³ FAYOLLE-NOIRETERRE J-M., « *Informations sociales* », 2005/7 (n° 127), éd. Caisse nationale d'allocations familiales (CNAF), p. 148

⁷⁴ MESA R., « *Retour sur le droit de se taire* », Gaz. Pal. 8 nov. 2016, n° 279e3, p. 17 - n°39 - Id : GPL279e3 ; RAOULT S., « *Tout ce qui n'est pas interdit n'est pas permis ! Le droit de ne pas contribuer à sa propre accusation et la sonorisation des cellules de GAV* », Gaz. Pal. 21 mars 2015, n° 217s8, p. 10 - n°080 - Id : GPL217s8

⁷⁵ Cass. Crim., 10 avril 2018, 18-90.002 ; CA Rennes, 5 février 2018, n° 18/00068, Cass. Crim., 11 juillet 2017, 16-84.980.

l'affaiblissement des droits de la défense, la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité⁷⁶.

- 59- Le comble de l'originalité du droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination demeure dans les procédures négociées où le maître mot de ces procédures est la reconnaissance de la culpabilité pénale. Le projet de loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, présenté en Conseil des Ministres le 9 avril 2003⁷⁷, visait à introduire dans la procédure pénale française la « comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité ». La première « mouture » du projet de loi tendait à proposer au délinquant une alternative au procès, puisque la reconnaissance de culpabilité permet au procureur de la République, lorsque les conditions d'application sont remplies et que le prévenu a reconnu les faits, de proposer une peine moins lourde que la peine encourue. Cela tend à lui éviter « *le risque d'un procès* ». Le procès constituerait alors un péril imminent pour le délinquant, voire un piège menaçant que cette procédure permettrait d'éviter. Elle permet en outre de travailler plus efficacement sur la réinsertion des délinquants car il y a une vraie reconnaissance de leurs actes. L'idée simplifiée est donc de raccourcir le chemin procédural entre les faits infractionnels et le prononcé d'une sanction pénale. C'est très certainement le texte concernant la matière pénale le plus important de ces dix dernières années. La procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité instaurée⁷⁸, tend à alléger les prétoires en assurant une réponse rapide à la délinquance autour d'un objectif principal : la rapidité de la sanction. Cette procédure résulte d'une volonté législative de désengorger les tribunaux dans les affaires les plus simples ou bien le contentieux de masse que constitue notamment le contentieux du permis de conduire.
- 60- Créée dans le prolongement de la composition pénale, il s'agit d'un mode de poursuite original qui est souvent présenté à tort comme le plaider coupable à la française. En effet, la procédure

⁷⁶ Loi n°2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, publiée au JORF n°59 du 10 mars 2004 page 4567.

⁷⁷ Projet de loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité. Loi n°2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité : (JO du du 10 mars 2004), [sur le site *Legifrance*], Tableau de concordance entre les articles de la loi et les articles examinés en cours de discussion (format PDF) Rapport sur la mise en application de cette loi, n° 1953, déposé le 24 novembre 2004 Rapport sur la mise en application de cette loi, n° 2378, déposé le 15 juin 2005 : Projet de loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, n° 784, déposé le 9 avril 2003.

⁷⁸ Loi n°2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, publiée au JORF n°59 du 10 mars 2004 page 4567.

puise son inspiration de la procédure pénale du « plaider-coupable » américain, le « *plea bargaining* »⁷⁹, qui absorbe près de 90 % des affaires appelées à être jugées⁸⁰.

- 61- Si l'intérêt principal de la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité est bien entendu que la peine proposée par le parquet soit en règle générale moins sévère que celle qui serait prononcée par un tribunal classique puisque le procureur de la République tient compte du fait que la personne reconnaît sa responsabilité et s'auto-incrimine dans la commission de l'infraction, certaines critiques tendant à l'affaiblissement des droits de la défense sont à émettre. La procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité a été approuvée malgré un certain laxisme au regard de certains droits fondamentaux, tels que les principes garantis par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et principalement au regard du principe de la présomption d'innocence, puisque le fait de plaider coupable, de s'auto-incriminer opère un renversement de la charge de la preuve. La procédure est inversée, puisque le mis en cause n'a plus à combattre l'accusation puisqu'il s'est lui-même auto-accusé *préalablement*. Cette procédure change foncièrement la valeur de l'aveu, « *ce n'est plus un enjeu mais une simple formalité (...) la question posée n'est plus celle de la vérité mais de la stratégie. On sort de la dimension morale, quasi religieuse de l'aveu, pour en faire un compromis, un argument de marchandage* »⁸¹. La procédure pénale repose aujourd'hui de plus en plus⁸² sur des procédures pénales telles que la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité où le simple fait de reconnaître sa culpabilité actionne la proposition de peine par le procureur de la République. Il n'est pas

⁷⁹ LEROY J., « *L'aveu de culpabilité dans la composition pénale et le plaider coupable* », Gaz. Pal. 21 août 2014, n° 188r7 - n°233 - Id : GPL188r7 ; DUFOUR O., « *Le « plaider-coupable » à la française inquiète le monde judiciaire* », Les Petites affiches - n°104 - page 3, 25/05/2004, Id : PA200410401, p. 3.

⁸⁰ ROBERT V., « *Les subtilités du « plea bargaining » expliquées par Melinda Sarafa, avocate* », propos recueillis par Virginie ROBERT ; Bureau de New York, le 19 mai 2011 à 17h31, Les échos : https://www.lesechos.fr/19/05/2011/lesechos.fr/0201383173684_les-subtilites-du---plea-bargaining---expliquees-par-melinda-sarafa--avocate.htm

⁸¹ BRAFMAN J., « *Vertiges de l'aveu* », Préface de Me Eric DUPOND-MORETTI, ed. Stock, septembre 2016, p.54

⁸² MINKOWSKI J., « *La part de la négociation dans le procès pénal* », Actes de colloque « *La négociation peut-elle tout ?* » Gazette du Palais - n°hors-serie 2- page 4, Date de parution : 18/05/2018, Id : GPL322d6, Gaz. Pal. 18 mai 2018, n° 322d6, p. 4 ; MARIANI L. BOULOC B., « *La CRPC, un texte à revoir ?* », Gazette du Palais - n°312 - page 7, Date de parution : 08/11/2005, Id : GP20051108002, Gaz. Pal. 8 nov. 2005, n° GP20051108002, p. 7 ; DESPREZ F., « *La limitation par la Cour de cassation de la portée de l'aveu en cas d'échec d'une procédure de CRPC* », Gazette du Palais - n°318 - page 8, Date de parution : 13/11/2008, Id : GP20081113003, Gaz. Pal. 13 nov. 2008, n° GP20081113003, p. 8. Voir : Cour de cassation, chambre criminelle, 17 sept. 2008, n° 08-80858.

question de se pencher sur le fond mais sur la forme. Le fond du sujet n'est pas abordé ou très vaguement pour laisser place à une négociation entre le Conseil et le Parquet sur le devenir de la peine. L'aveu est totalement désacralisé alors qu'il est la seule condition pour que cette procédure fonctionne. L'importance des contours de l'aveu est mise de côté au détriment de l'importance de la peine négociée afin que celle-ci soit la plus basse possible. Le droit de ne pas s'auto incriminer semble donc bafoué à l'égard de cette procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité puisque pour avoir une peine moins lourde, le principe même de cette procédure est de reconnaître cette culpabilité et de s'auto-incriminer. Le législateur ne semble pas pour autant outré par ces atteintes puisque, au regard du succès que connaît cette procédure, il a permis l'avènement de la loi du 13 décembre 2011⁸³ qui étend le champ d'application de la procédure à bons nombres de délits, laissant alors place à une méconnaissance étendue des droits de la défense.

- 62- En conséquence, l'ensemble de ces éléments amènent à réfléchir à l'enjeu que présente l'auto-incrimination en matière de procédure pénale.
- 63- Cette notion, bien connue en droit comparé⁸⁴ n'est pourtant pas consacrée textuellement au sein de la Convention européenne des droits de l'homme alors même que certains pays⁸⁵ l'ont inséré dans leur législation. En outre, cette notion reste ignorée du droit français malgré les

⁸³Loi n°2011-1862 du 13 décembre 2011 relative à la répartition des contentieux et à l'allègement de certaines procédures juridictionnelles, JORF n°0289 du 14 décembre 2011 page 21105 ; Loi n°2011-392 du 14 avril 2011 relative à la garde à vue, JORF n°0089 du 15 avril 2011, page 6610 ; CEDH, BRUSCO c. FRANCE, 14 octobre 2010, requête n° 1466/07 ; Cons. const., 30 juill. 2010, n° 2010-14/22 QPC : § 28 ; Loi n°2011-392 du 14 avril 2011 relative à la garde à vue, JORF n°0089 du 15 avril 2011, page 6610.

⁸⁴ CEDH, Saunders c/ ROYAUME-UNI, prec. § 68, Recueil 1996-VI ; CEDH Funke c/ FRANCE prec. ; CEDH CHAMBAZ c/ SUISSE du 5 avril 2012 Requête 11663/04 ; CEDH Corbet et autres c/ FRANCE du 19 mars 2015 Requêtes nos 7494/11, 7493/11 et 7989/11.

⁸⁵ Article 11 (c) de la Charte canadienne : A titre d'exemple, l'article 11 (c) dispose que : « *Tout inculpé a le droit : c) de ne pas être contraint de témoigner contre lui-même dans toute poursuite intentée contre lui pour l'infraction qu'on lui reproche* » ; Le cinquième amendement de la constitution des états-unis de 1879 qui rappelle que : *Nul ne sera tenu de répondre d'un crime capital ou infamant sans un acte de mise en accusation, spontané ou provoqué, d'un Grand Jury, sauf en cas de crimes commis pendant que l'accusé servait dans les forces terrestres ou navales, ou dans la milice, en temps de guerre ou de danger public ; nul ne pourra pour le même délit être deux fois menacé dans sa vie ou dans son corps ; nul ne pourra, dans une affaire criminelle, être obligé de témoigner contre lui-même, ni être privé de sa vie, de sa liberté ou de ses biens sans procédure légale régulière ; nulle propriété privée ne pourra être réquisitionnée dans l'intérêt public sans une juste indemnité* ».

évolutions qu'a connu la procédure pénale française⁸⁶ œuvrant dans le sens de cette consécration. Il est important de comprendre quelle est la place que revêt le droit de ne pas s'auto-incriminer mais surtout la place qu'il doit revêtir en droit positif « à l'heure où le système procédural pénal se caractérise avant tout par son éclatement »⁸⁷. La présente étude aura ainsi pour objectif de montrer, suivant un mode de pensée critique, toute l'importance qu'il convient d'accorder à l'auto-incrimination et de démontrer dans quelle mesure la prise en considération de l'auto incrimination tend elle à la valorisation ou à l'affaiblissement de la protection des droits de la défense ?

- 64- Cette analyse apparaît opportune dès lors qu'une réelle problématique se pose aujourd'hui au sein de la procédure pénale française tenant l'absence de considération de l'auto-incrimination alors même que l'ensemble des mesures qui sont mises en œuvre tend à protéger le mis en cause de toute coercition et ce, en vertu du droit de ne pas s'auto-incriminer. Même si ce principe est reconnu, appliqué, et soutenu par les juridictions étrangères, qui en ont fait un principe constitutionnel⁸⁸, l'Europe, qui elle aussi le prévoit au sein de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme n'y fait à aucun moment référence. Pire, en France, cette notion est totalement absente du Code de procédure pénale comme de la plupart des ouvrages procéduraux et reste un principe évoqué par la Cour européenne des droits de l'homme, sans qu'elle-même ne soit à même de pouvoir définir ni délimiter les contours de ce droit. Pourtant, il a pu être observé que l'ensemble des lois qui ont vu le jour depuis ces vingt dernières années⁸⁹ l'ont été dans un seul et unique but, permettre à la personne mise en cause de pouvoir être entourée de toutes les garanties nécessaires à sa protection contre sa propre incrimination. Il est apparu ainsi une contradiction entre le fait de consacrer ce qu'il faut entendre comme le droit de ne pas s'auto-incriminer et le fait de ne pas y accorder une

⁸⁶ Loi n°2014-535 du 27 mai 2014 portant transposition de la directive 2012/13/UE du Parlement européen et du Conseil, du 22 mai 2012, relative au droit à l'information dans le cadre de la procédure pénale publiée au JORF n°0123 du 28 mai 2014 page 8864 texte n°2 ; Loi n°2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, publiée au JORF n°59 du 10 mars 2004 page 4567.

⁸⁷ POTASZKIN T., « *L'éclatement de la procédure pénale, Vers un nouvel ordre procédural pénal ?* », Tome 62, Editeur : L.G.D.J, Collection : Thèses, Sous-collection : Bibliothèque des sciences criminelles, ISBN : 978-2-275-04453-8, 610 pages - Parution : 07/2014

⁸⁸ Amendement n°5 de la Constitution des États-Unis.

⁸⁹ Loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes. Publiée au JORF n° 0138 du 16 juin 2000 page 9038 texte n° 1 ; Loi n° 2011-392 du 14 avril 2011 relative à la garde à vue, JORF n°0089 du 15 avril 2011, page 6610 ; Loi n°2014-535 du 27 mai 2014 portant transposition de la directive 2012/13/UE du Parlement européen et du Conseil, du 22 mai 2012, relative au droit à l'information dans le cadre de la procédure pénale publiée au JORF n°0123 du 28 mai 2014 page 8864 texte n°2

importance suffisante pour garantir sa protection. Ainsi, ce droit est à la fois valorisé par certaines mesures mises en place en vue de garantir les droits de la défense, mais il est parfois dévalorisé par certaines mesures tenant l'absence de consécration de cette notion, ce qui peut aboutir à une coercition abusive de la part des autorités tenant l'absence de référence légale. Il faut rappeler qu'initialement ce droit a vu le jour en vue de combattre certaines coercitions abusives de la part des autorités et c'est justement parce que cette notion n'existait pas qu'elle a été créée, dans un seul but, garantir au mis en cause le maximum de protection possible contre les éléments oraux ou écrits qu'il pouvait être amené à fournir. Le fait de constater une jurisprudence grandissante⁹⁰ en matière de protection de l'auto-incrimination et ce, au regard du respect des droits de la défense, mais d'observer que cette protection est lacunaire, nécessite un tel questionnement. Cette problématique est essentielle car elle va permettre d'observer comment, une notion qui apparaît si grandissante au sein de la procédure pénale peut-elle être bafoué en l'absence de consécration. Cela va aboutir au constat que sans consécration textuelle, un droit peut être mis à l'écart au détriment des droits de la défense. Le but de cette étude est donc d'assurer que tant que le droit de ne pas s'auto-incriminer ne sera pas inscrit textuellement au sein de l'article 6 §3 de la Convention européenne des droits de l'homme ni au sein du Code de procédure pénale, à commencer par l'article préliminaire, ce droit ne pourra suffisamment être garanti aux mis en cause.

- 65- À la lumière des développements qui précèdent, il convient d'observer l'évolution du système procédural pénal tout entier mais précisément la manière dont s'analyse l'auto-incrimination afin d'apprécier son degré de complétude. Il n'est toutefois pas concevable d'appréhender ce droit sans avoir préalablement pris soin d'identifier celle-ci de manière globale. Aussi, il sera tout d'abord envisagé de délimiter les contours de la notion d'auto-incrimination afin d'établir ce que signifie réellement ce droit, et surtout, il sera nécessaire d'en déterminer les manifestations (Partie 1.) Il sera par la suite apprécié de traiter du régime de l'auto-incrimination qui permettra de différencier les différents sens qui résident autour de cette notion et de comprendre la distinction entre une auto-incrimination suscitée et acceptée (Partie 2.)

⁹⁰ Cass. crim. 5 mars 2013. pourvoi n°12-87087 ; Cass. crim. 8 janvier 2014 pourvoi n° 13-85246 ; Cour de cassation, assemblée plénière du 6 mars 2015 pourvoi n° 14-84339.

PARTIE 1. L'AUTO-INCRIMINATION SAISIE PAR LE

DROIT

- 66- Le droit de ne pas s'auto-incriminer est une notion qui apparaît floue en droit positif tellement sa consécration est absente de la procédure pénale française. Si cette notion reste abordée en droit européen, de par la jurisprudence et en droit international grâce à quelques consécutions législatives comme cela a été vu précédemment, le droit français commence à l'évoquer depuis seulement quelques années⁹¹. Il apparaît donc opportun de se pencher sur ce concept et définir les contours de la notion d'auto-incrimination. Cela va permettre d'appréhender plus facilement ce que le droit de ne pas s'auto-incriminer représente et ne représente pas. En effet, il semble que la France, bien que commençant, peu à peu, à viser le droit de ne pas s'auto-incriminer au sein des arrêts de la Cour de cassation, ne traite que de quelques aspects du droit de ne pas s'auto-incriminer alors que le droit européen rappelle de nombreuses facettes essentielles de ce droit. Le caractère Kaléidoscopique de la notion amène à ne pouvoir qu'en percevoir certains aspects, ainsi faut-il bien sûr faire référence au droit de ne pas être contraint de fournir des documents ou tous autres éléments matériels susceptibles d'être auto-incriminant. Ce droit, pourtant prôné par l'arrêt Saunders⁹² n'est à aucun moment mentionné en droit positif, d'où l'importance de bien appréhender ce qu'est le droit de ne pas s'auto-incriminer en droit international et comment il est référencé en droit positif.
- 67- Pour comprendre la notion d'auto-incrimination, il faudra donc analyser l'émergence du droit de ne pas s'auto-incriminer, c'est-à-dire à quel moment ce droit a vu le jour. Il ne faudra ainsi ne faire aucune confusion avec l'analyse des notions archaïques telles que les ordalies présentes en droit romain ou l'épreuve physique infligée au corps de l'accusé, destinées non pas à manifester la vérité de l'affaire en cause mais la pureté de celui qui a prononcé la formule de dénégation. Si cette contrainte, soumise à l'homme, pouvait être assimilée à la notion d'auto-incrimination, telle qu'elle est entendue aujourd'hui, il ne s'agit pas, en réalité, d'une auto-incrimination dès lors qu'il ne s'agit pas d'une action volontaire mais provoquée

⁹¹ Cass. crim. 5 mars 2013. pourvoi n°12-87087 ; Cass. crim. 8 janvier 2014 pourvoi n° 13-85246 ; Cour de cassation, assemblée plénière du 6 mars 2015 pourvoi n° 14-84339.

⁹² CEDH, Saunders c/ ROYAUME-UNI, prec. § 68

par les juges qui mettaient en place cette torture. Si cette confusion pouvait être émise elle sera écartée. Cependant, cela permettra de révéler un aspect essentiel de ce droit de ne pas s'auto-incriminer, le caractère volontaire de la notion. Tous ces éléments devront ainsi être analysés pour comprendre ce que représente, de manière générale et spéciale, le droit de ne pas s'auto-incriminer (Titre 1.)

- 68- Après avoir compris quels étaient les contours de l'auto-incrimination, il sera alors opportun de se pencher sur les manifestations de ce concept. Tout d'abord les manifestations théoriques au niveau de la théorie des preuves légales avec la consécration qui est faite autour de l'aveu. En effet, la procédure pénale ne lie le droit de ne pas s'auto-incriminer qu'à l'aveu et au droit de garder le silence. Cet aspect théorique qui règne autour de l'auto-incrimination devra donc être expliqué. Mais surtout, il sera traité des manifestations pratiques qui, aujourd'hui, sont nombreuses dans toutes les phases de la procédure pénale. En effet, ces manifestations vont prendre place que ce soit au début de l'enquête, soit dans le cadre de la garde à vue ou de l'audition libre, pendant l'enquête, comme ce peut être le cas devant le juge d'instruction, et après l'enquête, en l'occurrence, dans le cadre du procès pénal. En ce sens, de nombreuses lois⁹³ ont vu le jour en droit positif et ont permis une meilleure consécration du droit de ne pas s'auto-incriminer. Principalement, depuis la loi du 27 mai 2014⁹⁴, le mis en cause bénéficie du droit, devant toutes juridictions, que lui soit notifié le droit « *de faire des déclarations, de répondre aux questions ou de se taire* ». Cet avènement est une réelle révolution en procédure pénale et au niveau du droit de ne pas s'auto-incriminer puisqu'elle est désormais applicable en amont et pendant le procès pénal. Les manifestations du droit de ne pas s'auto-incriminer démontreront également l'absence de considération de la notion, mettant à mal les droits de la défense de la personne mise en cause, tel que l'absence d'accès au dossier du mis en cause pendant la garde à vue par le conseil de celui-ci. Ce sont l'ensemble de ces manifestations qui tantôt, tendent à l'affaiblissement du droit de ne pas s'auto-incriminer, tantôt tendent à la valorisation de ce droit qu'il sera opportun de traiter. (Titre 2.)

⁹³ Loi n°2011-1862 du 13 décembre 2011 relative à la répartition des contentieux et à l'allègement de certaines procédures juridictionnelles, JORF n°0289 du 14 décembre 2011 page 21105 ; Loi n°2011-392 du 14 avril 2011 relative à la garde à vue, JORF n°0089 du 15 avril 2011, page 6610

⁹⁴ Loi n°2014-535 du 27 mai 2014 portant transposition de la directive 2012/13/UE du Parlement européen et du Conseil, du 22 mai 2012, relative au droit à l'information dans le cadre de la procédure pénale.

Titre 1. L'apparition du concept de l'auto-incrimination

- 69- De prime abord, il est difficile de parler de « droit » tenant l'absence de consécration de celui-ci en droit français. Ce droit n'existe pas en tant que tel en droit positif, que ce soit dans la Constitution française, la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, ou tout simplement dans le Code de procédure pénale. Il ne peut pas non plus être assimilé à un « principe »⁹⁵ puisque ce terme connaît une définition bien précise en droit⁹⁶. Le « principe » qui se définit comme « l'étude de ce qui était le fondement de l'existence de l'ensemble des réalités empiriquement observables »⁹⁷ apparaît dans le sens commun correspondre à une réalité juridique très spécifique. En effet, le principe juridique en tant que tel fait référence aux principes généraux du droit ou aux principes fondamentaux reconnus par les lois de la république. Il serait donc plus opportun de parler de « concept juridique » car il commence peu à peu à voir le jour grâce à la pression européenne⁹⁸. Ce terme apparaît adapté au regard du caractère encore abstrait que représente l'auto-incrimination⁹⁹. Le terme de « notion » peut aussi être employé telle qu'elle se définit en tant que « terme souvent ordinaire de la langue, mais qui s'est chargé de sens au point de désigner ce qu'on appelle communément une "Idée", un champ ou un aspect essentiel de la Réalité »¹⁰⁰. Ces termes sont privilégiés car il s'agit d'un ensemble d'éléments qui ont justement permis la concrétisation de notions telles que l'aveu, le silence, les droits de la défense, la défense des intérêts personnels face à la

⁹⁵ « Un principe est une règle juridique établie par un texte en termes assez généraux destinée à inspirer diverses applications et s'imposant avec une autorité supérieure. Ex. « les principes fondamentaux » reconnus par les lois de la république et les « principes politiques, économiques et sociaux... particulièrement nécessaires à notre temps », visés par le préambule de la Constitution de 1946 auquel renvoie celui de la Constitution de 1958 s'imposent même au législateur ; les « principes fondamentaux », c'est-à-dire les règles les plus importantes de certaines matières sont réservés, par l'article 34 de la Constitution de 1958, à la compétence du législateur », CORNU G., « Vocabulaire juridique », Association Henri CAPITANT, 12ed, Quadriga, PUF, 2018, p. 804

⁹⁶ MOLINIER J., « Principes généraux », Dalloz, avril 2018 ; GENEVOIS B., « Principes généraux du droit : panorama d'ensemble », Dalloz, Juin 2017 ;

⁹⁷ THIONVILLE E., « De la théorie des lieux communs dans les Topiques d'Aristote », 1855, « Alexandre d'Aphrodise », p. 91.

⁹⁸ Cass. crim. 5 mars 2013. pourvoi n°12-87087 ; Cass. crim. 8 janvier 2014 pourvoi n° 13-85246 ; Cour de cassation, assemblée plénière du 6 mars 2015 pourvoi n° 14-84339 ; CEDH, Saunders c/ ROYAUME-UNI, 17 décembre 1996, § 68, Recueil 1996-VI

⁹⁹ BENOIST J., « Concepts : Une introduction à la philosophie », Paris, Flammarion, coll. « Champs Essais », 2013, 212 p.

¹⁰⁰ <http://apprendre-la-philosophie.blogspot.com/2011/09/la-philosophie-en-terminale-ii-le.html>

coercition abusive...

- 70- Le terme de « concept » apparaît plus adapté car le nominalisme considère que les concepts n'ont pas « d'existence réelle ou extra-mentale, ils sont seulement psychologiques et subjectifs »¹⁰¹. Le but est ici de transformer ce concept d'auto-incrimination en droit de ne pas s'auto-incriminer afin de faire de ce droit un principe concret. Il sera donc opportun de se pencher sur une définition précise de l'auto-incrimination tant au niveau de l'étymologie même de ce terme que d'un point de vue juridique (Chapitre 1.) Cette définition permettra de clarifier la situation sur le moment précis de la création de l'auto-incrimination. Ce principe peut paraître très ancien compte tenu des assimilations qui peuvent être faites avec la période du droit romain. Pourtant, aucune confusion ne doit être faite entre le moment où, lors de la mise en œuvre des ordalies, le patient perd son épreuve et où son corps reconnaît directement, de par le devenir des blessures infligées, coupable. Il ne s'agira que d'un simulacre créé par les juges se faisant passer pour les messagers de dieux. La création de l'auto-incrimination interviendra uniquement par le biais de l'évolution de la théorie des preuves légales et la consécration qui sera donnée à l'aveu¹⁰². (Chapitre 2.)

Chapitre 1. La perception du phénomène d'auto-incrimination

- 71- Pour comprendre l'auto incrimination en droit, il convient avant tout de se pencher sur une approche dans le langage commun et au préalable sur le mot, lui-même. Le terme « auto-incrimination » a vu le jour tardivement en droit français même si les prémices de cette notion ont été constatées en droit canon. Il n'y a, pour s'en convaincre, qu'à s'intéresser à la procédure pénale à l'époque des ordalies où la torture avait pour but d'aboutir à une sorte d'auto-incrimination provoquée.
- 72- Si autrefois la notion était au service de l'accusation, elle se présente aujourd'hui comme étant au service de l'accusé, il est par conséquent nécessaire de la présenter. Une définition générale sera tout d'abord décrite (Section 1.) pour se pencher par la suite sur une définition juridique (Section 2.)

¹⁰¹ PANACCIO C., « *Qu'est-ce qu'un concept ?* », Paris, Vrin, coll. Chemins Philosophiques, 2011, 10 et 11 p.

¹⁰² CARBASSE JM., « *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle* », 3^e ed, PUF, collection droit fondamental, Mayenne, Aout 2014, 201 p.

Section 1. La détermination générale du phénomène d'auto-incrimination

- 73- Pour apporter une définition très précise de l'auto-incrimination, une étude étymologique des termes sera opérée (Paragraphe 1.). Par la suite, il faudra observer l'étude relative à l'aspect psychologique de la notion afin de mieux cerner le droit de ne pas s'auto-incriminer (Paragraphe 2.)

Paragraphe 1. Une définition étymologique de l'auto-incrimination

- 74- Cette notion mérite dans un premier temps d'être décortiquée.
- 75- Du préfixe du grec « *autos* », auto signifie « soi-même ». C'est un terme qui va être employé dès lors que l'action est dirigée contre soi. A titre d'exemple « l'autocensure » apparaît comme la mise en œuvre préalable d'une censure que s'applique à elle-même une personne physique ou une personne morale¹⁰³. Il s'agit donc bien d'une action volontaire commise par une personne directement à son encontre, qu'il s'agisse d'un acte positif ou négatif. Ainsi, l'auto-incrimination apparaît également être un principe qui se rapporte à soi.
- 76- L'incrimination en tant que telle, se définit simplement comme le fait de mettre en cause, d'accuser quelqu'un. Juridiquement cela se rattache à une « *mesure de politique criminelle consistant pour l'autorité compétente (en principe le pouvoir législatif), à ériger un comportement déterminé, non pas nécessairement en crime mais en infraction, en déterminant les éléments constitutifs de celle-ci et la peine applicable* »¹⁰⁴.
- 77- De fait, l'accusation peut être définie, selon un critère formel, comme « *la notification officielle, émanant de l'autorité compétente, du reproche d'avoir accompli une infraction pénale (...) Dans notre droit national, sans qu'il soit besoin d'y insister, constitue un acte d'accusation ouvrant les droits de la défense, la saisine de la juridiction de jugement quel qu'en soit le mode (citation directe, convocation par un officier de police judiciaire, comparution immédiate) ou, en aval, au stade de l'information, la mise en examen ou encore la délivrance d'un réquisitoire introductif ou supplétif contre personne dénommée. Dans tous ces cas, l'acte d'accusation est également un acte de poursuite, de sorte que la personne*

¹⁰³ DURAND P., « *Médias et censure. Figures de l'orthodoxie* », Éditions de l'Université de Liège, coll. "Sociopolis", 2004, p. 24

¹⁰⁴ CORNU G., « *Vocabulaire juridique* », op.cit., p. 289

concernée est une personne poursuivie au sens de l'article préliminaire du code de procédure pénale »¹⁰⁵.

- 78- Le terme « auto incrimination » peut ainsi se définir comme le fait de s'accuser soi-même à tort d'actes ou d'intentions répréhensibles. Cela incombe une action de s'imputer une faute, de se mettre en cause, de s'auto-accuser¹⁰⁶. C'est le fait de contribuer soit même à la détermination des éléments constitutifs d'une infraction commise. A titre d'exemple, le vol¹⁰⁷ en droit français correspond à la soustraction frauduleuse de la chose d'autrui et l'incrimination de vol correspond à la définition du comportement répréhensible du vol. Cela détermine les éléments constitutifs de l'infraction de vol soit la chose d'autrui, une soustraction frauduleuse, et la volonté de se comporter en tant que propriétaire. La personne reconnaît elle-même sa propre culpabilité en s'imputant une infraction, en s'imputant une responsabilité pénale.
- 79- Du latin « *culpabilis* » qui signifie coupable, la culpabilité détermine le caractère de ce qui est coupable, c'est l'état d'un individu reconnu coupable. C'est à dire celui qui a été reconnu comme ayant commis une faute, un délit, un crime. Le lien avec l'auto incrimination se retrouve dans le fait que la personne se rend coupable, il reconnaît sa culpabilité et reconnaît ainsi ce qui est contraire à la morale, aux convenances, au devoir¹⁰⁸. La question pourrait se poser de savoir quel type de culpabilité est reconnue dès lors que la personne ayant commis une infraction bénéficie d'une irresponsabilité pénale. Il faut ici convenir d'une reconnaissance de culpabilité morale et non pénale. Ce n'est pas parce qu'il n'est pas reconnu coupable pénalement qu'il ne reconnaît pas une culpabilité en s'auto-incriminant.
- 80- D'un point de vue psychologique, la culpabilité s'assimile à un état affectif, consécutif à un acte réel ou fictif, précis ou imprécis, que le sujet considère comme répréhensible.
- 81- D'un point de vue juridique, elle se définira davantage comme le fait d'être coupable (qui suppose l'imputabilité et entraîne la responsabilité pénale) ; l'état de l'individu convaincu d'avoir commis une infraction. Cette reconnaissance de culpabilité aboutissant à une auto incrimination se manifeste principalement par la parole, mais peut aussi se traduire par des actions ou inactions autre, notamment en fournissant des éléments susceptibles de mettre en cause sa propre culpabilité, qu'il s'agisse de documents ou de tout autre éléments matériels.

¹⁰⁵ DESPORTES F., et LAZERGES-COUSQUER L., « *Traité de procédure pénale* », op.cit., p.335.

¹⁰⁶ Dictionnaire Hachette, édition illustrée 2005, p. 121.

¹⁰⁷ Article 313-1 du Code pénal

¹⁰⁸ Dictionnaire Hachette, édition illustrée 2005, p. 391.

L'accusé va reconnaître qu'il a fait ou dit quelque chose et reconnaître une erreur, un crime. « *Je partirai d'une définition restreinte de la pratique de l'aveu en disant que l'aveu est l'énonciation d'un crime par un sujet qui affirme en être la cause, en présence d'un destinataire, qui enregistre cet aveu. J'ajouterai que l'aveu par la reconnaissance d'une culpabilité ouvre une séquence qui normalement ne se refermera que par l'énonciation d'un jugement réalisée par le destinataire de l'aveu* »¹⁰⁹. L'aveu ne peut donc être dissocié d'une auto-condamnation.

- 82- Aujourd'hui, il est vrai que la procédure pénale accorde une place importante à l'aveu¹¹⁰, mais qu'en est-il du droit au silence ? Il est évident qu'il revêt de plus en plus une place prépondérante comme en atteste l'évolution législative marquante et abondante des vingt dernières années¹¹¹. Il est ressenti dans cette évolution une volonté nette de consacrer le droit positif au droit de ne pas s'auto-incriminer et ce, en s'appuyant sur les contours du droit au silence dans la procédure pénale. Ce droit qui a connu une évolution tumultueuse¹¹² quant à sa consécration est aujourd'hui plus que jamais mis en avant à tous les stades de la procédure pénale¹¹³. Le législateur a donc bien pour but d'entériner en valorisant à la fois le droit de ne pas s'auto-incriminer et les droits de la défense.
- 83- Il faut rappeler que le droit au silence est entendu comme le droit de se taire lors d'interrogatoire que ce soit en amont du procès pénal ou pendant le procès pénal sans que cette action ne puisse lui être reprochée. C'est-à-dire d'un côté le droit de ne pas répondre aux

¹⁰⁹DUPONT F., « *l'aveu dans la tragédie romaine* », L'aveu, Antiquité et Moyen-âge, publications de l'école française de Rome, Saint Augustin, Cité de Dieu, 1. XIX (Bibl. nat. Paris, Fr. 22913) 195 p.

¹¹⁰ LEROY J., « *L'aveu de culpabilité dans la composition pénale et le plaider coupable* », Cet article a été publié dans le cadre du dossier « - Les 10 ans de la loi Perben II - » de la Gazette du Palais, Gaz. Pal. 21 août 2014, n° 188r7 - n°233, Id : GPL188r7 ; BACHELET O., « *Garde à vue : la persistante religion de l'aveu* » Gaz. Pal. 24/01/2012 - n°24 - page 7, Id : GP20120124010 ; LEROY J., « *L'aveu de culpabilité dans la composition pénale et le plaider coupable* », Gaz. Pal., 21/08/2014 - n°233, Id : GPL188r7

¹¹¹ Loi n°2011-392 du 14 avril 2011 relative à la garde à vue, JORF n°0089 du 15 avril 2011, page 6610 1 ; Loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes. Publiée au JORF n° 0138 du 16 juin 2000 page 9038 texte n° 1 ; Loi n°2014-535 du 27 mai 2014 portant transposition de la directive 2012/13/UE du Parlement européen et du Conseil, du 22 mai 2012, relative au droit à l'information dans le cadre de la procédure pénale publiée au JORF n°0123 du 28 mai 2014 page 8864 texte n°2

¹¹² La loi n° 2003-239 du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure op.cit.

¹¹³ Loi n°2014-535 du 27 mai 2014 op.cit

questions posées lors des interrogatoires¹¹⁴ et d'un autre côté le droit de ne pas être contraint de produire des preuves à charge, oralement ou par écrit. Louis-Edmond Pettiti définit le silence comme un droit d'être maître de la communication avec autrui¹¹⁵. « *Son fondement principal est d'ordre moral. Il est un élément du respect dû à la dignité de la personne* »¹¹⁶. Il a pour corollaire le droit de ne pas s'auto-incriminer, ce qui signifie que le droit au silence ne doit pas être assimilé au droit de ne pas s'auto-incriminer mais bien différencié de celui-ci. Louis-Edmond Pettiti insiste sur cette distinction en arguant le fait que le droit au silence n'est pas un droit absolu. Le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination est beaucoup plus important en ce sens qu'il consiste dans l'élimination de toute forme de contrainte pouvant amener une personne à faire des déclarations. Cette notion de « toute forme » énonce bien l'importance du terme. Il est donc opportun de se demander pourquoi le droit français, contrairement au droit espagnol¹¹⁷ ne consacre pas textuellement le droit de ne pas s'auto-incriminer mais seulement le droit de se taire ? Cette consécration formelle et concrète apparaît pourtant essentielle dès lors que le droit de ne pas s'auto-incriminer apparaît comme le droit de toute personne de ne pas être forcée de témoigner contre soi-même ou de s'avouer coupable et apparaît donc comme un droit plus général qui englobe certes, le droit de garder le silence, mais également de nombreux aspects¹¹⁸ qui n'ont jamais été développés dans le cadre de la procédure pénale française.

- 84- Cette définition étymologique étant posée, il est nécessaire d'assimiler la définition de l'auto-incrimination d'un point de vue philosophique.

Paragraphe 2. Une définition diverse et spécifique de l'auto-incrimination

- 85- Il apparaît que c'est dans l'idée de culpabilité qu'il faut chercher la définition de l'auto-incrimination dès lors que si la personne souhaite reconnaître elle-même une infraction qui lui est reprochée, elle va se reconnaître comme étant coupable de cet acte. Selon une approche

¹¹⁴ VOISIN J-D., « *Le droit de ne pas s'auto-accuser dans la jurisprudence de la CEDH* », Université Paris II-Assas - Master 2 droit pénal et sciences pénales, 2007

¹¹⁵ PETTITI L.E., « *DROIT AU SILENCE* », Documentação e Direito Comparado, n.os 75/76 1998, 34 p.

¹¹⁶ MONCEAUX E., « *Quel droit au silence en procédure pénale ?* » droit pénal et sciences pénales, Dirigé par Monsieur Yves MAYAUD, Sous la direction de Monsieur Didier REBUT, 2011, p. 4

¹¹⁷ Articles 489 à 501 et 520 à 527 du Code de procédure pénale espagnol

¹¹⁸ CEDH Funke c. France, préc.

classique et évidente, l'auto-incrimination est le corollaire de la culpabilité, l'un ne peut exister sans l'autre. S'il y a « auto-incrimination », il y a auto-culpabilité. Il ne peut y avoir de reconnaissance d'incrimination sans reconnaissance de culpabilité.

- 86- Aussi, c'est d'un point de vue psychanalytique qu'il faut avant tout se tourner. D'un point de vue psychanalytique. On doit à Sigmund Freud d'avoir traité de la culpabilité dans de nombreux ouvrages¹¹⁹. Il l'a défini comme « *un état de déplaisir, une tension interne* » en évoquant le fait qu'il y aurait deux types de culpabilité¹²⁰. La première, serait une culpabilité d'infériorité. Une culpabilité qui est spécifique à un sentiment d'infériorité, puisqu'il est malaisé de différencier le sentiment d'infériorité de celui de culpabilité. Il faut le rattacher à la détresse originelle. « *Toute infériorité, tout manque, peut être vécu comme un mode d'une privation par châtement donc comme un effet en retour d'une faute* »¹²¹. Pour Freud, il est évident que toute forme de transgression contient une possibilité de culpabilisation. Il explique que ce serait à partir de ce moment-là qu'un sentiment de réparation surviendrait. Comme si la commission d'un fait répréhensible était trop dure à assumer, la tension est telle à l'intérieur qu'il est nécessaire de l'extérioriser, en avouant sa faute par exemple, même si la volonté d'être puni, selon lui, vient avant même l'aveu de culpabilité. C'est à partir de la connaissance de la faute qu'il peut y avoir un processus de décharge dans la « *compulsion à réparer* ». Freud reprend l'expression d'une « *obligation d'avoir à rembourser une dette* ». Il y a une transformation de la culpabilité en honte. C'est ce qui ordonne la transition au passage à l'aveu. Mais plus encore, on peut éprouver un sentiment de honte à se livrer à une « *bonne action* » qui doit délivrer de toute culpabilité.
- 87- *Il faut distinguer la culpabilité objective de celui qui a commis une faute et qui va assumer sa responsabilité de la culpabilité subjective d'une personne qui se sent fautive juste face à sa conscience. Avec la culpabilité subjective peut naître une tristesse profonde pas toujours en rapport avec la faute, un sentiment des fois pénible qui se crée face aux souvenirs d'une faute regrettée. Il apparaît ainsi que se sentir coupable dispose de quelque chose de sain car cela permet de revoir ses pulsions en créant soi-même une angoisse nécessaire qui représentera*

¹¹⁹ FREUD S., « *Essais de psychanalyse appliquée* », Trad. de l'allemand (Autriche) par Marie Bonaparte et E. Marty, Ed. Gallimard, Collection Idées (n° 353), 26-05-1971, p. 256 ; FREUD S., « *Œuvres complètes, Psychanalyses, XVI, 1921-1923, psychologie des masses. Le moi et le ça. Autres textes* », coll. Œuvres complètes de Freud, le 22 septembre 2010, éd. PUF ; FREUD S., « *Névrose, psychose et perversion* », août 2010, éd. PUF, p. 320

¹²⁰ FREUD S., « *Nouvelles conférences sur la psychanalyse* », 1933, Galimard, 1984, p. 92.

¹²¹ Ibid.

peut-être la soupape de sécurité. L'angoisse et le mal-être de se sentir coupable provoquent un repentir avec l'espoir d'un proche rachat de fautes. Freud rappelle que « Le sens du péché comme la notion de culpabilité sont des garde-fous de l'âme humaine. L'une comme l'autre entraîne des mécanismes de défense, de la sublimation au refoulement en passant par bien d'autres, qui n'ont d'autre but que de protéger l'individu contre la perte d'amour de Dieu ou de l'autre »¹²².

- 88- S'appuyant sur cette base, l'historien Jean Delumeau explique que « *La culpabilité possède un versant obsessionnel : forme la plus facilement réparable et qui se manifeste par des symptômes qui imposent des tâches ridicules ou grandioses pour en finir avec la dette « insolvable »*¹²³. Il reconnaît dans cette culpabilisation massive, « *une angoisse globale qui se fragmentait en des peurs nommées* ». Ce qui va dans le droit fil de ce qui va être développé tout au long de cet essai, une angoisse qui se fragmente dans la tentative du passage dans le réel. Le besoin de punition par exemple. Ce besoin se traduit comme un mécanisme de défense contre un sentiment angoissant de culpabilité.
- 89- En ce sens, Léon Grinberg¹²⁴ rejoint l'idée de Freud selon laquelle il existerait deux sortes de culpabilité' en expliquant que la culpabilité d'infériorité se trouve toutes les fois où il y a conflit, ambivalence, tension ou angoisse. Elle mènerait aussi vers une tentative de réparation, la culpabilité, engendrant une forme réparatrice. La deuxième, serait une culpabilité narcissique. Selon Grunberger, c'est la conséquence du désir d'être tout. « *Cette recherche de la toute puissance et ce besoin d'être loué composent un mélange de honte et de culpabilité* »¹²⁵.
- 90- Ces auteurs ont pour point commun de dire qu'il y a un sentiment de culpabilité toutes les fois où une tension interne est trop forte, comme un franchissement de limites internes et toutes les fois où il y a transgression d'un interdit, comme un franchissement de barrières externes¹²⁶. Il est évident que toutes formes de transgressions contiennent une possibilité de culpabilisation.
- 91- Cette culpabilité si intense ne peut aboutir qu'à un aveu auto-incriminant.

¹²² GIRARD R., « *Le bouc émissaire* », Le livre de poche, biblio essais, 2013, p. 95

¹²³ DELUMEAU J., « *Le péché et la peur, la culpabilisation en occident, XIIIe - XVIIIe siècles* », Fayard, 1984.

¹²⁴ GRINBERG L., « *Deux sortes de culpabilité : leur relation avec les aspects du deuil normal et pathologique* » (Buenos Aires) in rev.fr de psychanalyse, 2, 3, Paris, PUF, 1965, p.191-201.

¹²⁵ GRUNBERGER B., « *Le narcissisme* », Paris, PB Payot, 1975, 348 p.

¹²⁶ GOLBERG J., « *La culpabilité, axiome de la psychanalyse* », PUF, 1985, p.55

92- En effet, le moyen-âge y introduit une dimension judéo-chrétienne où l'aveu va être désigné à travers la confession. Cette dernière se traduit comme une déclaration, un aveu des péchés, fait au prêtre catholique dans le sacrement de la pénitence¹²⁷. « *Je confesse à Dieu que j'ai péché en pensée, en parole, par action et par omission. Oui, J'ai vraiment péché. C'est pourquoi je supplie la bienheureuse Vierge Marie, les anges et tous les saints, et vous aussi mes frères, de prier pour moi le Seigneur notre Dieu* », je déclare spontanément reconnaître pour vraie une chose dont j'ai honte ou réticence à me confier. Le pardon de Dieu n'est pas automatique, les pécheurs doivent le demander afin de garder leur communion avec Dieu, ils doivent confesser leurs péchés par le sacrement de la réconciliation. Celui qui cache ses transgressions ne prospère pas mais celui qui avoue et les délaisse obtient miséricorde. Jadis la confession était importante pour rester à l'état de grâce car le péché mortel entraînait le châtement éternel. La colère de Dieu se révélait du ciel contre toute la piété et toute injustice des hommes qui renaient injustement la vérité captive¹²⁸. Cette perspective de l'enfer entraînait inquiétude et scrupules. Le Courroux de Dieu était redoutable. « *À la vue du soufre, du sel, de l'embrasement de toute la contrée où il n'y aura ni semence, ni produits, ni aucune herbe qui croissent, comme un bouleversement de Sodome, de Gomorrhe, d'Adma et de Tseboïm que l'éternel détruisit dans sa colère et dans sa fureur* »¹²⁹. Saint Thomas rappelait qu'une heure de purgatoire est plus insupportable que toute une vie de souffrance ici-bas, alors pour abrégier au maximum ce temps terrible qui les attend dans l'autre monde, les hommes, craignant le courroux de Dieu, préféraient se confesser¹³⁰. L'homme qui ne se confesse pas serait couvert de honte au jour du jugement dernier en présence de tout l'univers. L'âme pour être admise au bonheur éternel du ciel, devait être purifiée, c'est pourquoi, reconnaître ses péchés et obtenir la réédiction étaient des éléments essentiels pour tout religieux. La notion de péché évoque à la fois tant la notion de mal que quelque chose qui engage la foi et la relation à Dieu, comme lorsque face à la faute, un sentiment intérieur de se faire pardonner par Dieu naît. Cela leur permet de faire l'examen de l'aveu des fautes commises, de regretter manifestement de les avoir commises, de se promettre de ne plus les recommencer, de les réparer autant que faire se peut et d'accomplir la pénitence imposée par le prêtre. L'aveu possède dès lors plusieurs vertus. Le sens du péché est une notion essentielle qui nourrit une inspiration d'une vie spirituelle qui impose l'application d'un code de conduite

¹²⁷ REY A., Sous la direction de ROBERT Paul, Dictionnaire Le Petit Robert, 2010, p. 504

¹²⁸ Romains 1 : 18 - Version Louis Segond 1910 - La Bible David Martin 1744 - Darby Bible courtesy of CCEL.org : <https://saintebible.com/romans/1-18.htm>

¹²⁹ Deutéronome 29:22-24

¹³⁰ www.bibliothèquedecombat.wordpress.com

ou, des fois, l'obligation d'une souffrance réparatrice. La religion va inspirer et va aider l'individu à prendre conscience de la nature ou de la culpabilité qui l'habite. Si le temps est pris pour analyser sa faute cela peut favoriser le travail de déculpabilisation et peut aussi créer un sentiment de culpabilité sans fondement et sans rapport avec la réalité de la faute, à l'inverse, il peut être pris conscience de l'importance de la faute.

- 93- Mais l'auto-incrimination peut également se révéler autrement. En effet, le mélancolique qui, souffrant d'une accusation d'un crime qu'il n'a pas commis, se trouve accablé par une dépréciation de l'estime de soi qui peut le conduire à l'aveu. Il y a le besoin d'avouer qui est présent, c'est la compulsion du passage à la figuration, à la mise en forme dans le discours.
- 94- Le besoin d'avouer selon le psychanalyste Théodore REIK traduit bien la compulsion du passage à la figuration, à la mise en forme dans le discours. Le terme même de « *besoin de punition* » ne renvoie pas directement au désir mais à une sorte de poussée compulsive quasi organique, il faut satisfaire au besoin. « *Les effets de la culpabilité se manifeste à travers un certain nombre de comportements, de fantasmes, de réactions transférentielles qui témoignent d'un besoin de punition afin d'effectuer le lien analytique qui corrèle nécessairement la punition à la faute* »¹³¹. Le mélancolique se sent à la fois coupable et désespéré, parce que la réparation est devenue impossible. Les parties bonnes de l'objet aimé ayant été détruites, il ne reste plus qu'à avouer sa faute et s'auto-incriminer.
- 95- L'auto-incrimination apparaît donc au regard des divers points de vue énoncés comme la création d'un sentiment de culpabilité qui impose à la personne d'avouer. Le besoin d'être puni pour les fautes commises est un des aspects qui suscite une personne à avouer ses fautes. Ce sentiment de dépréciation de soi et la frustration que cela engendre chez l'homme, le contraint à reconnaître les faits commis. La seule façon d'être pardonné et de se pardonner soi-même est d'avouer ses péchés. Encore une fois, le rapport à soi est à relever, il s'agit d'un acte personnel volontaire qui ne peut impacter que soi-même. L'aspect religieux apparaît très important dans ce contexte de reconnaissance de culpabilité où tout passe par ce besoin d'expiation ses fautes. L'auto-incrimination se définit donc tant d'un point de vue psychanalytique que philosophique ou religieux, permettant d'aborder ce principe de manière générale. L'aspect juridique doit désormais être approfondi.

¹³¹ REIK T., « *Le besoin d'avouer : psychanalyse du crime et du châtement* », Payot et Rivages, 1997 - 401 pages.

Section 2. La détermination juridique du phénomène de l'auto-incrimination

- 96- Définir l'auto-incrimination d'un point de vue juridique n'est pas aisé en raison de l'absence de texte encadrant la notion en droit européen comme en droit national. Seule la jurisprudence européenne va permettre d'expliquer ce qu'est le droit de ne pas s'auto-incriminer malgré les récents efforts du droit positif. En l'état, la notion ne peut évoluer sereinement tant sa consécration est ambivalente. C'est donc à partir de cette difficulté qu'un développement sera effectué en distinguant une définition, d'une part, consacrée par le droit étranger, qui a permis de faire évoluer la notion (Paragraphe 1.) et d'autre part, écartée par le droit français, qui reste très fébrile sur ce thème, ne permettant pas de garantir pleinement les droits de la défense aux justiciables (Paragraphe 2.)

Paragraphe 1. Une définition consacrée par le droit étranger

- 97- Le constat qui doit être dressé est celui de la carence. En effet, le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination n'est clairement établi dans aucun texte, tant en droit national qu'en droit européen.
- 98- Ce droit demeure « caché » derrière la notion « fourre-tout » qu'est le procès équitable, prévu par le paragraphe 1 de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme qui dispose que « *Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi (...)* ». Il est difficilement de comprendre d'ailleurs comment un droit qui est si technique peut être encadré par un article si général.
- 99- Seule la jurisprudence permet d'apporter une détermination de ce qu'est l'auto-incrimination. Cependant, elle a tendance à rattacher ce droit à celui de garder le silence et de ne pas fournir de documents susceptibles d'être auto-incriminants¹³². Il est vrai qu'une association pourrait être faite entre le fait de garder le silence et le fait de ne pas contribuer à sa propre incrimination dès lors que le droit de se taire est une garantie du droit de ne pas s'auto-incriminer ; en ne divulguant aucune information, le mis en cause se protège d'une auto-incrimination tout comme il se protège en ne fournissant aucun document susceptible d'être

¹³² CEDH, *Saunders c/ ROYAUME-UNI*, préc. § 68 ; CEDH *Funke c/ FRANCE* du 25 février 1993 préc.

auto-incriminant. Cependant aucun de ces termes n'est repris ni dans le droit national, ni même européenne, puisque l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'homme n'en fait pas état. Ainsi, au travers de cette absence de considération, il est compris que cela n'a aucune importance qu'un droit essentiel soit évoqué au travers de termes généraux.

100- Cet argument est essentiel dans le cadre de cette étude car le développement ci-dessous exposé permettra de comprendre la nécessité d'obtenir un fondement légal tant la notion devient importante en procédure pénale. Certes cela peut s'expliquer par le fait que tous les principes ne peuvent être référencés dans un seul et même code, traité ou convention, mais qu'en est-il lorsque ce principe devient fondamental tellement sa jurisprudence tend à réformer un système procédural tout entier ? C'est au travers du droit étranger qu'il faudra répondre à cette problématique.

A. Une consécration légale

101- Le droit de ne pas s'auto-incriminer existe et il a été consacré légalement et textuellement dans bons nombres de pays étrangers qui ont fait de l'auto-incrimination une notion phare dans leurs textes fondamentaux (1.). L'Europe a visiblement une approche différente. Certes l'auto-incrimination est confrontée à une absence de consécration textuelle, mais elle a au moins le mérite de tenter de définir le droit de ne pas s'auto-incriminer au travers de certaines jurisprudences de principe (2.).

1. Une consécration légale dans le monde

102- Divers exemples dans le monde sont à citer. Ainsi, par exemple, c'est au Canada qu'il faut analyser la consécration textuelle essentielle du droit de ne pas s'auto-incriminer au travers de la Charte canadienne des droits et liberté qui joue un rôle essentiel. Ce texte fondamental adoptée en 1982¹³³ a pour but de protéger les citoyens canadiens contre les actions, les politiques et les lois des gouvernements et ce, au travers de la garantie des droits et libertés insérée dans l'article 1 de la Charte Canadienne qui rappelle que « *La Charte canadienne des*

¹³³ Éditée comme l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.), entrée en vigueur le 17 avril 1982. Texte de la *Loi de 1982 sur le Canada*, à l'exception de l'annexe B :

droits et libertés garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique ».

- 103- La procédure pénale canadienne semble donner une importance particulière au droit de ne pas s'auto-incriminer au regard de la répétition de la notion d'auto-incrimination au sein de cette Charte.
- 104- A titre d'exemple, l'article 11 (c) dispose que : « *Tout inculpé a le droit : c) de ne pas être contraint de témoigner contre lui-même dans toute poursuite intentée contre lui pour l'infraction qu'on lui reproche* ».
- 105- Cette disposition cite explicitement le droit de « *ne pas être contraint de témoigner contre soi-même* », le droit de ne pas s'auto-incriminer prend ainsi toute son ampleur, même si cet article vient encadrer la protection du mis en cause en précisant que la protection contre l'auto-incrimination intervient dans le cadre de « *toute poursuite intentée contre lui pour l'infraction qu'on lui reproche* ». Cet article semble expliquer que si l'homme n'est pas dans le cadre d'une poursuite intentée contre lui, il a une possibilité de s'auto-incriminer sans qu'il ne soit protégé. C'est-à-dire que si une poursuite est intentée contre X. il n'a pas de risque de s'auto-incriminer ? La précision qu'apporte ici l'article 11 c) de la Charte canadienne vient limiter le droit de ne pas s'auto-incriminer en ne donnant pas toutes les garanties possibles à la personne mise en cause et porte ainsi atteinte à ses droits de la défense.
- 106- Cependant, il reste visible que le droit canadien consacre une large place au droit de ne pas s'auto-incriminer puisque l'article 11 c) n'est pas le seul à évoquer la notion d'auto-incrimination. En effet, la protection contre le droit de ne pas s'auto-incriminer sera complétée par l'article 13 qui affirme que « *Chacun a droit à ce qu'aucun témoignage incriminant qu'il donne ne soit utilisé pour l'incriminer dans d'autres procédures, sauf lors de poursuites pour parjure ou pour témoignages contradictoires* ».
- 107- Contrairement à l'article 11 c) qui évoque les termes « contrainte » et « témoignage », l'article 13 vient quant à lui accentuer l'importance du droit en énonçant le terme « incriminant ». Ce terme est fort et permet de comprendre toute l'importance qui réside autour de l'auto-incrimination. Ce texte vient protéger le mis en cause contre l'auto-incrimination en protégeant directement l'ensemble du témoignage qu'il va donner, peu importe les propos tenus, le mis en cause semble totalement protégé. Cela va lui laisser une liberté de parole car aucun de ses propos ne pourra laisser place à la mise en œuvre d'une procédure à son

encontre. L'article 13 est donc bien plus large que l'article 11 c) et vient davantage protéger le mis en cause, ce qui permet une meilleure garantie des droits de la défense.

- 108- Le droit de ne pas s'auto-incriminer apparaît largement consacré par le droit canadien qui protège la personne mise en cause contre toute coercition de l'état comme l'évoque la doctrine : « *La règle fondamentale de la mise en œuvre de notre système de justice pénale canadien impose à l'État le fardeau de prouver la culpabilité d'un prévenu hors de tout doute raisonnable. Dès lors, aucune personne ne peut être tenue de répondre à une accusation « avant que [l'État ne présente] une preuve prima facie contre [elle] (15. Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce), [1990] 1 RCS 425 (« Thomson Newspapers »). L'État ne peut contraindre l'accusé à l'assister dans la poursuite engagée contre lui. La protection contre l'auto-incrimination que d'aucuns tiennent pour « [l]e principe directeur [...] sans doute le plus important en droit criminel », constitue un principe de justice fondamentale aux fins de l'article 7 de la Charte (La Reine c. White, [1999] 2 RCS 417, par. 41 (« White »).*
- 109- (...) *La protection contre l'auto-incrimination constitue ainsi un principe organisateur de la procédure pénale canadienne. Ce principe s'exprime dans un ensemble de règles concrètes particulières, comme celles qui interdisent d'obliger un accusé à témoigner à son procès ou qui garantissent le droit au silence du prévenu et définissent l'encadrement juridique de la recevabilité des déclarations faites à des tiers. »¹³⁴.*
- 110- Non seulement le droit canadien consacre le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination, mais en le faisant, il rappelle que ce droit passe par le respect de la charge de la preuve qui incombe au ministère public. En effet, pour que la protection contre l'auto-incrimination soit effective il est essentiel de rappeler que c'est à l'état de prouver la culpabilité d'un prévenu et non au prévenu d'apporter lui-même les éléments relatifs à la qualification d'une infraction qui lui est reprochée.
- 111- Cette consécration consécutive de la notion d'auto-incrimination est également ressentie aux États-Unis par le biais de la constitution de 1787, ratifiée en 1879¹³⁵. Elle définit, au travers de ses articles, les droits et les libertés des citoyens ainsi que l'organisation et la séparation du pouvoir politique. Il s'agit donc du texte de loi suprême des États-Unis qui définit les

¹³⁴ LEBEL L., « *Les droits garantis par la Charte canadienne des droits et libertés dans l'administration et l'application du régime fiscal* », Revue française de finances publiques - n°132 - page 53 - Date de parution : 01/11/2015 - Id : RFFP2015-132-006

¹³⁵ ETATS-UNIS, Constitution américaine, 1787, USA, MJP

attributions des pouvoirs et du fonctionnement des institutions. Dans son cinquième amendement, la loi suprême du pays évoque explicitement la notion d'auto incrimination ou autrement appelé « *privilege against self-incrimination* » en rappelant que : « *Nul ne sera tenu de répondre d'un crime capital ou infamant sans un acte de mise en accusation, spontané ou provoqué, d'un Grand Jury, sauf en cas de crimes commis pendant que l'accusé servait dans les forces terrestres ou navales, ou dans la milice, en temps de guerre ou de danger public ; nul ne pourra pour le même délit être deux fois menacé dans sa vie ou dans son corps ; nul ne pourra, dans une affaire criminelle, être obligé de témoigner contre lui-même, ni être privé de sa vie, de sa liberté ou de ses biens sans procédure légale régulière ; nulle propriété privée ne pourra être réquisitionnée dans l'intérêt public sans une juste indemnité* ». Plusieurs observations sont à émettre. Tout d'abord, il est fait référence au cadre de l'application de l'auto-incrimination. Il faut qu'il s'agisse d'une affaire criminelle et il faut qu'une procédure légale régulière soit mise en place. Il faut faire attention à ne pas trop cadrer la loi car, en l'espèce, certaines questions se posent quant à l'application du droit de ne pas s'auto-incriminer s'il s'agit d'une affaire délictuelle. En principe, compte tenu de la consécration de la notion par les États-Unis, il semble que l'application soit la même que pour une affaire criminelle, le mis en cause se voit donc parfaitement protégé. Qu'il s'agisse d'un délit ou d'un crime, le mis en cause ne doit pas être contraint de témoigner contre lui-même.

112- Ensuite, cet amendement est important à mentionner si l'on observe la place particulière de l'auto-incrimination dans l'article. En effet, il place le droit de ne pas s'auto-incriminer au même rang « *qu'être privé de sa vie, de sa liberté ou de ses biens* ». Ces termes ne sont pas repris innocemment par le Ve amendement de la constitution. En effet, toute la Constitution des États-Unis est construite sur la notion de liberté : « *Nous le peuple des États-Unis, avec la volonté de rendre plus parfaite notre Union, de la fonder sur la justice, d'assurer la paix civile, de pourvoir à la nécessité d'une défense commune, de promouvoir la prospérité de tous et d'assurer les bienfaits de la liberté à nous-mêmes et à nos descendants, nous décidons et nous instituons la présente Constitution pour les États-Unis d'Amérique* »¹³⁶.

113- Ce principe de respect de vie et de liberté est souvent repris au sein de cette constitution comme l'évoque la section une de l'amendement XIV (1868) et qui rappelle qu'« aucun État

¹³⁶ LASSALE J-P., « *Les institutions des États-Unis* », documents réunis et commentés, coll. "Documents d'études", La Documentation française, Paris, 2001

ne pourra priver quiconque de sa vie, de sa liberté ou de sa propriété, sans procédure légale régulière, ou dénier à quiconque relevant de sa juridiction l'égle protection des lois ».

Il doit être associé aux termes de « *due process* » et « *equal protection* », le procès équitable. Les États-Unis assimilent donc le droit de ne pas s'auto-incriminer comme un principe essentiel de la procédure pénale.

114- De toute évidence, l'Amérique du nord consacre une importance certaine au droit de ne pas s'auto-incriminer en protégeant les mis en cause contre les abus de l'autorité du gouvernement dans une procédure juridique. Le principe d'auto-incrimination est ici inscrit textuellement dans ce cinquième amendement de sorte à ce qu'il soit pleinement identifié et garanti. Cet article est d'ailleurs bien connu de tous ce qui démontre à quel point une consécration textuelle peut permettre une protection plus avantageuse de la personne suspectée ou mise en cause.

115- Sur un plan plus général et spécifiquement, au niveau juridictionnel, certains tribunaux accordent également une place importante au droit de ne pas s'auto-incriminer.

116- A titre d'exemple, les tribunaux spéciaux internationaux tels que le tribunal pénal international pour la Yougoslavie¹³⁷ et le tribunal pénal international pour le Rwanda¹³⁸ qui sont des juridictions spécialisées chargées de juger les personnes responsables d'actes de génocide et d'autres violations graves du droit international humanitaire commis sur le territoire du Rwanda ou de la Yougoslavie, prônent le droit de ne pas s'auto-incriminer au sein de leur juridiction. Ces tribunaux sont encadrés par des statuts et un règlement de procédure et de preuve qui s'y réfèrent.

¹³⁷ Le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (TPIY) a été créé le 25 mai 1993, par la résolution 827 du Conseil de Sécurité, après la publication par la Commission des droits de l'Homme d'un rapport dénonçant les « *violations généralisées des droits de l'Homme* » dans l'ancienne Yougoslavie.) Il a été créé pour juger les personnes présumées responsables des crimes de guerre commis dans les Balkans au cours des conflits des années 1990. Depuis sa création en 1993, le Tribunal a radicalement transformé le paysage du droit international humanitaire et permis aux victimes d'être entendues, de témoigner des atrocités et de décrire leurs souffrances.

¹³⁸ Le Tribunal pénal international pour le Rwanda (TPIR) a été institué le 8 novembre 1994, par la résolution 955 du Conseil de sécurité « pour juger les personnes présumées responsables d'actes de génocide ou d'autres violations graves du Droit international humanitaire commis sur le territoire du Rwanda et sur les territoires d'États voisins entre le 1er janvier 1994 et 31 décembre 1994 ».

- 117- Conscient de l'ampleur que prend la notion d'auto-incrimination, l'article 42 dudit règlement relatif aux droits du suspect pendant l'enquête tente de s'y consacrer en évoquant que : « *Avant d'être interrogé par le Procureur, le suspect est informé de ses droits dans une langue qu'il comprend, à savoir : [...] son droit de garder le silence et d'être averti que chacune de ses déclarations sera enregistrée et pourra être utilisée comme moyen de preuve* ». Cet article prévoit de nombreux éléments essentiels qui contribuent à la protection du droit de ne pas s'auto-incriminer.
- 118- Il prévoit, en amont d'un interrogatoire par le Parquet, la possibilité pour le suspect de pouvoir garder le silence mais surtout, il est prévu que le suspect soit prévenu que les déclarations qu'il pourra faire pourront être utilisées comme moyen de preuve. Le suspect est mis en garde sur les conséquences des propos tenus, ce qui est essentiel car il protège la personne mise en cause et l'informe des répercussions que les propos tenus pourraient avoir. Ce n'est malheureusement pas le cas de la plupart des textes qui traitent du droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination. Dans le même sens, la même problématique est retrouvée cette fois ci sur un aspect spécifique de la procédure pénale, l'article 55, relatif à l'exécution des mandats d'arrêt, énonce : « *Le Greffier signale à la personne ou aux autorités auxquelles le mandat d'arrêt est transmis que, au moment de son arrestation, l'accusé doit avoir lecture dans une langue qu'il comprend de l'acte d'accusation et du rappel de ses droits et être prévenu dans cette même langue qu'il a le droit de conserver le silence et que toute déclaration de sa part est enregistrée et peut être utilisée comme élément preuve*».
- 119- Ces éléments sont importants mais demeurent malgré tout lacunaires. Si la doctrine se contente d'affirmer que « *La notification du droit de se taire est donc expressément consacrée et doit être respectée, tant par le Procureur du Tribunal avant tout interrogatoire, que par les autorités d'un État requis, lors de l'exécution d'un mandat d'arrêt* », le droit de ne pas s'auto-incriminer n'est cependant pas repris textuellement au sein du règlement, seul le droit d'être informé de ses droits dans une langue qu'il comprend et le droit de garder le silence sont évoqués. Encore une fois, le droit de garder le silence et le droit de ne pas s'auto-incriminer sont des droits qui certes se ressemblent mais demeurent différents. Ces tribunaux évoquent donc certes une consécration du droit de ne pas s'auto-incriminer mais elle reste encore trop superficielle et semblable à l'application qu'en fait l'Europe aujourd'hui¹³⁹.

¹³⁹ La procédure pénale en Angleterre et pays de Galles ne consacre que le droit de garder le silence au sein de leur législation– Articles 34 à 52 de la loi de 1984 sur la police et la preuve en matière pénale ; il en est de même avec la procédure pénale italienne - articles 379 à 391 du Code de procédure pénale

- 120- En revanche, la Cour pénale internationale se veut plus respectueuse du droit de ne pas s'auto-incriminer. En effet, cette juridiction pénale universelle permanente chargée de juger les personnes accusées de crime contre l'humanité ou crime de guerre s'est intéressée au droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination en distinguant cette notion de celle de garder le silence.
- 121- L'article 55 de son statut relatif aux droits des personnes dans le cadre d'une enquête énonce que : « *Dans une enquête ouverte en vertu du présent statut, une personne : a) N'est pas obligée de témoigner contre elle-même ni de s'avouer coupable ; b) N'est soumise à aucune forme de coercition, de contrainte ou de menace, ni à la torture ni à aucune autre forme de peine ou traitement cruel, inhumain ou dégradant* ». (...)
- 122- « *Lorsqu'il y a des motifs de croire qu'une personne a commis un crime relevant de la compétence de la Cour et que cette personne doit être interrogée, soit par le Procureur soit par les autorités nationales en vertu d'une demande faite au titre du chapitre IX, cette personne a de plus les droits suivants, dont elle est informée avant d'être interrogée : [...] b) Garder le silence, sans que ce silence soit pris en considération pour la détermination de sa culpabilité ou de son innocence [...]*»¹⁴⁰.
- 123- Dans deux paragraphes distincts, la Cour Pénale Internationale émet une première indication quant à la définition du droit de ne pas s'auto incriminer puisqu'elle le distingue du droit au silence comme cela est relevé par la doctrine : « *Le premier paragraphe traite du droit de ne pas s'auto-incriminer (a), ce qui s'inscrit dans un droit plus général de la personne de ne pas être soumise à des pressions pour s'avouer coupable (b). Le paragraphe suivant accorde de surcroît à la personne contre laquelle il existe des soupçons de commission d'un crime, le droit de garder le silence. La CPI distingue donc expressément droit de ne pas s'auto-incriminer et droit de garder le silence* »¹⁴¹. L'article précise ensuite comme c'est le cas précédemment, le cadre juridique. Il faut qu'une enquête soit ouverte. Cette précision est récurrente pour éviter toute coercition et/ou arbitrage de la part des autorités qui pourraient agir dans un cadre illégal, cela vient donc tendre à la valorisation des droits de la défense. Ainsi lorsqu'une enquête est ouverte, « une personne » n'est pas obligée de témoigner contre elle-même ni soumise à une quelconque forme de pression pour s'avouer coupable. Cela vise

¹⁴⁰ http://www.international.gc.ca/world-monde/international_relations-relations_internationales/icc-cpi/rights-droits.aspx?lang=fra

¹⁴¹ MONCEAUX E., « *Quel droit au silence en procédure pénale ?* » droit pénal et sciences pénales, dirigé par Monsieur Yves MAYAUD, sous la direction de Monsieur Didier REBUT, 2011, p. 20

donc tout type de personne, tant le témoin, que le suspect, que la personne mise en cause. Cela vise toute personne qui demeure présumée innocente.

- 124- Par la suite, de façon assez classique, les statuts de la Cour Pénale Internationale reprennent le droit pour la personne à l'encontre de qui il existe des motifs de croire qu'elle aurait commis un crime de pouvoir garder le silence. « *La CPI distingue donc expressément droit de ne pas s'auto-incriminer et droit de garder le silence, pour réserver le second aux seules personnes mises en cause* »¹⁴². Une distinction est ainsi faite au niveau de la « personne » puisque désormais, seule la personne suspecte est visée par le texte.
- 125- L'étude de cet article permet également de relever la protection effective du droit au silence tenant la prise en compte des conséquences qui peuvent découler des propos tenus par la personne mise en cause. En effet, « *Il faut souligner que le Statut adjoint au droit au silence l'expression « sans que ce silence soit pris en considération pour la détermination de sa culpabilité ou de son innocence* ». Cette précision, inhérente au droit au silence lui-même, permet d'éviter toute ambiguïté »¹⁴³. Cet élément a souvent tendance à être absent lorsqu'est mis en application le droit au silence alors que pourtant, il apparaît illusoire qu'il ne peut être appliqué de manière effective s'il n'est pas accompagné de cette protection.
- 126- En tout état de cause, la Cour pénale internationale protège toute personne qui serait susceptible de s'auto-incriminer, elle va même plus loin dans son règlement de procédure et de preuve au travers de sa règle 74, en appliquant le droit de ne pas s'auto-incriminer aux témoins. Le paragraphe 3 (a) précise ainsi « *Un témoin peut refuser de faire toute déclaration qui risquerait de l'incriminer* ». La Cour anticipe immédiatement le cas du témoin qui serait contraint de devoir faire des déclarations embarrassantes pour lui-même et qui serait obligé de les révéler. Néanmoins, le paragraphe suivant (3 (c)) vient nuancer ce propos, tout en continuant de protéger le témoin : « *Dans les autres cas, la Chambre peut ordonner au témoin de répondre aux questions après lui avoir garanti que les éléments de preuve contenus dans sa déposition :*
- i) Resteront confidentiels et ne seront pas révélés au public ou à un État ;*
 - ii) Ne seront pas utilisés directement ou indirectement contre lui dans le cadre de poursuites ultérieures devant la Cour ».*
- 127- Dans le cas où lors de son interrogatoire, le témoin serait amené à tenir des propos auto-incriminants, le paragraphe 10 du règlement continue d'appliquer une protection certaine : « *Si la question de l'incrimination de soi-même se pose en cours d'instance, la Chambre*

¹⁴² Ibid.

¹⁴³ MONCEAUX E., op.cit

suspend l'audition du témoin et donne à celui-ci la possibilité d'obtenir, s'il le demande, un avis juridique aux fins de l'application de la présente règle ».

128- La protection de l'auto-incrimination est donc bien considérée par la Cour Pénale Internationale. Cette protection est due à la consécration législative qui est faite à la notion. La législation applicable est relativement précise et encadre la notion de sorte à ce qu'il n'y ait pas d'ambiguïté sur son application. Cette consécration demeure essentielle car elle est impactante sur la scène pénale internationale comme le soulève la doctrine : « *L'affirmation textuelle du droit de se taire par les textes internationaux a donc permis à la Cour européenne des droits de l'homme d'adopter une interprétation extensive de la Convention européenne* »¹⁴⁴. Cela reste malgré tout contradictoire de la part de la Cour européenne des droits de l'homme car si elle reconnaît l'impact et l'importance de l'auto-incrimination et salue les juridictions qui en font une référence tant dans leur législation que dans leur application judiciaire, il serait de bon ton qu'elle agisse de même en consacrant textuellement le droit de ne pas s'auto-incriminer au sein de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme.

129- Un autre exemple doit être cité à propos de la consécration effective du droit de ne pas s'auto-incriminer en droit international, le pacte international relatif aux droits civils et politiques¹⁴⁵. Adopté à New York le 16 décembre 1966 par l'assemblée générale des Nations unies, le Pacte relatif aux droits civils et politiques comprend les droits et libertés classiques qui protègent les particuliers contre les ingérences de l'état. A propos du droit de ne pas s'auto-incriminer, le pacte semble le prendre en compte bien qu'il ne le distingue pas comme la Cour pénale internationale au droit de garder le silence. Cela signifie donc que le pacte juge plus important de regrouper ces deux notions au sein d'une seule, celle de ne pas s'auto-incriminer. En effet, la reconnaissance du droit de ne pas s'auto-incriminer est constatée dans ce pacte avec l'apport de l'article 14 paragraphe 3 (g) qui dispose : « *Toute personne accusée d'une infraction pénale a droit, en pleine égalité, au moins aux garanties suivantes : A ne pas être forcée de témoigner contre elle-même ou de s'avouer coupable* ». Selon la doctrine « *Voici l'affirmation expresse, à l'échelle internationale, du droit au silence de toute personne*

¹⁴⁴ Ibid.

¹⁴⁵ Loi n° 80-460 du 25 juin 1980 autorisant l'adhésion de la République française au Pacte international relatif aux droits civils et politiques, ouvert à la signature le 19 déc.1966 à New York, JORF du 26 juin 1980, p. 1569 : Il fut adopté à New York le 16 décembre 1966 par l'Assemblée générale des Nations unies, dans sa résolution 2200 A (XXI). Il est entré en vigueur après sa ratification par 35 États le 23 mars 1976, mais ne sera ratifié par la France qu'à l'issue de la loi du 25 juin 1980, entrant en vigueur le 4 février 1981.

accusée. L'article 14 consacre les différents aspects du droit à un procès équitable, à la manière de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme »¹⁴⁶. Cela signifie que l'affirmation expresse, à l'échelle internationale, du droit au silence est le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination. Ainsi, la doctrine en fait un principe international. C'est important dans la mesure où le Pacte est en principe applicable directement par les juridictions des États signataires, de même que la Convention européenne des droits de l'homme, il jouit d'un effet direct en droit interne français. Ainsi, si cet article, qui reprend dans les grandes lignes l'ensemble des droits repris dans l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, affirme une position claire en énonçant expressément le droit de ne pas s'auto-incriminer, l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme devrait le faire également pour une meilleure prise en compte des droits de la défense.

2. Une consécration légale dans l'Europe

- 130- Concernant la modification du Code de procédure pénale français sur le thème de la garde à vue, le Sénat a réalisé une étude sur les législations européennes quant à l'application du droit de se taire et du droit de ne pas s'auto-incriminer. Cette synthèse a fait l'objet d'un document de travail qui permet de constater l'importance de l'assistance d'un avocat pendant tout interrogatoire et celle de réintégrer le droit de se taire¹⁴⁷. Au travers de l'étude comparée des divers états européens, il sera observé que ces deux droits sont primordiaux pour les droits de la défense et la plupart des états européens prévoient ces droits au sein de leur législation. En revanche, en ce qui concerne le droit de ne pas s'auto-incriminer, les états européens font état d'une certaine ambivalence entre eux alors même que ce droit, s'il était d'application internationale permettrait la valorisation des droits de la défense.
- 131- A titre d'exemple, en Allemagne, le droit au silence est consacré par le Code de procédure pénale qui encadre le régime de la garde à vue et les lois des « Länder » relatives à la police¹⁴⁸. Comme en droit français, les policiers doivent prévenir immédiatement la personne gardée à vue du motif de sa garde à vue, puis de ses droits comme en dispose le paragraphe 136 du Code de procédure pénale allemand : « *Au début du premier interrogatoire, il faut*

¹⁴⁶ MONCEAUX E., « *Quel droit au silence en procédure pénale ?* » op. cit.

¹⁴⁷ Cette synthèse a fait l'objet d'un document de travail qui a servi à cette étude. « *Les documents de travail du Sénat : Série législation comparée. N° LC 204. Décembre 2009* ».

¹⁴⁸ Articles 112 à 130 du Code de procédure pénale

notifier à l'inculpé les faits qui lui sont imputés et les dispositions pénales qui sont retenues. L'inculpé doit être averti que la loi l'autorise à s'expliquer sur la culpabilité ou à ne faire aucune déclaration, et qu'à tout moment, y compris déjà avant l'interrogatoire, il peut demander un avocat qu'il doit choisir. Il faut aussi l'avertir de la possibilité de demander l'administration de certaines preuves à sa décharge. Le cas échéant, il est également averti de la possibilité de s'exprimer par écrit.

(2) L'interrogatoire doit permettre à l'inculpé de dissiper les soupçons qui pèsent sur lui et d'invoquer les faits qui plaident en sa faveur. (...) »¹⁴⁹.

Le paragraphe suivant rappelle également que « *Il ne doit pas être porté atteinte à la liberté de décision et à la liberté de faire par des sévices, par l'épuisement, par toute forme de contrainte physique, par l'administration de médicaments, par la torture, par la tromperie ou par l'hypnose. La contrainte ne doit être employée que lorsqu'elle est admise par les règles de procédure pénale. La menace d'appliquer une mesure prohibée par les règles de procédure pénale et la promesse d'un avantage non prévu par la loi sont interdites.*

(2) Est interdite toute mesure portant atteinte à la mémoire ou aux facultés de raisonnement de l'inculpé.

(3) Les interdictions visées aux alinéas 1er et 2 sont applicables sans que puisse les changer le consentement de l'inculpé. Lorsque ces règles ne sont pas respectées, les dépositions sont considérées comme nulles et ne peuvent être utilisées, même avec l'accord de l'inculpé ».

132- Aucun élément relatif au droit de ne pas s'auto-incriminer n'est mentionné. Seule la mention relative aux aveux obtenus illégalement faisant l'objet d'une nullité est présente. Cela démontre, comme c'est actuellement le cas en France, que le droit de ne pas s'auto-incriminer, en l'absence de consécration textuelle, n'est pas pleinement protecteur des droits de la défense. Pire encore, il n'est ici même pas évoqué. Il est seulement conseillé à la personne interrogée qu'elle a la possibilité de ne faire aucune déclaration. Or il y a une différence notable entre expliquer au suspect qu'il a la possibilité de ne pas faire de déclarations et qu'elle a le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination. La deuxième expression est beaucoup plus explicite. La personne sait, par le biais des termes « auto-incrimination », que les propos qu'elle va tenir seront susceptibles de l'incriminer. L'ampleur n'est pas la même et c'est de cela dont doit être consciente la personne interrogée. Cela lui

¹⁴⁹ Code allemand de procédure pénale, traduit de l'allemand par Raymond LEGEAIS, Président honoraire de l'Université de Poitiers, Professeur émérite de la Faculté de droit de Poitiers.

permet de prendre conscience de ce qu'elle dit et de songer aux conséquences des propos qu'elle va tenir.

133- Dans le même sens, la Belgique semble tout aussi lacunaire en matière de protection du droit de ne pas s'auto-incriminer. En effet, le Code d'instruction criminelle belge¹⁵⁰ prévoit, au travers de la loi du 20 juillet 1990 relative à la détention préventive et de la loi du 5 août 1992 sur la fonction de police, qu'avant tout interrogatoire, la police doit rappeler à l'intéressé que ses propos peuvent être utilisés contre lui. Comme il peut l'être constaté, le droit au silence n'est pas prévu explicitement, seule la jurisprudence considère qu'il fait partie des droits de la défense, lequel doit être garanti en tant que principe général du droit. Cela paraît antinomique. Comment peut-on considérer que le droit de se taire est un droit qui fait partie des droits de la défense garanti en tant que principe général du droit s'il n'est pas consacré expressément. Au contraire, cette absence de considération lui fait perdre de sa valeur. Quid de son droit de ne pas s'auto-incriminer ? Le droit Belge ne semble pas ici le consacrer. La seule indication qui est donnée à la personne suspectée est que ses propos peuvent être utilisés contre lui. Il est prévenu des conséquences qui pourraient découler de ses propos, mais est-il vraiment conscient de ce qu'il peut déclarer ? Est-il vraiment conscient du caractère auto-incriminant de ses propos ? Sans l'en avertir, il ne peut véritablement être protégé sereinement.

134- Le cas du Danemark apparaît différent sur ce point de vue concernant la protection du droit de ne pas s'auto-incriminer. « *La constitution prévoit que toute personne qui a été arrêtée doit être présentée à un juge dans les 24 heures. Le régime de la garde à vue est défini par le code de procédure Judiciaire, qui régit à la fois la procédure pénale et la procédure civile. Les droits des personnes placées en garde à vue ont précisé par une circulaire du 12 juin 2001 du ministre de la justice, destinée à la police et au parquet. (...) La police doit explicitement indiquer à l'intéressé les motifs de sa garde à vue, l'informer de son droit au silence ainsi que de la possibilité qu'il a de se faire assister par un avocat* »¹⁵¹. Ici encore, aucun élément relatif au droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination n'est soulevé. Cependant, le droit de garder le silence est mentionné expressément. Cela permet, *a minima*, de constater une protection de la personne mise en cause qui dispose de cette possibilité de garder le

¹⁵⁰ Articles 1 et 2 de la loi du 20 juillet 1990 relative à la détention préventive et Circulaire du 2 février 1993 relative à la loi du 5 août 1992 relative à la fonction de police

¹⁵¹ Articles 755 à 761 du Code de procédure judiciaire et Circulaire du ministre de la justice du 12 juin 2001 sur les droits des personnes placées en garde à vue.

silence et donc d'être protégée de son droit de ne pas s'auto-incriminer même si ce principe n'est pas évoqué expressément. La difficulté qui est retrouvée de façon assez répétitive est la confusion faite entre le droit de ne pas s'auto-incriminer et le droit de garder le silence, comme si le fait d'en évoquer un seul des deux suffisait à protéger la personne mise en cause. Or, ces deux notions, comme cela a pu être évoqué précédemment sont bien différentes, et visiblement s'il ne fallait en citer qu'un, il faudrait évoquer explicitement le droit de ne pas s'auto-incriminer ce qui n'est pas le cas au Danemark.

- 135- La même logique sera ici également adoptée en Angleterre et au Pays de Galles puisque le système juridique anglais relatif à la garde à vue prévoit par le biais de la loi de 1984 sur la police et la preuve en matière pénale que : « *La personne placée en garde à vue a le droit de :*
- *faire prévenir une personne de son choix ;*
 - *s'entretenir à n'importe quel moment en privé avec un avocat, dont les services sont fournis gratuitement si besoin est ;*
 - *garder le silence ;*
 - *consulter les divers codes de bonnes pratiques pris en application de la loi »¹⁵².*
- 136- Encore une fois, dans le cadre du système juridique anglais, seul le droit au silence est évoqué. Aucune différence n'est faite entre ce droit et le droit de ne pas s'auto-incriminer. Cela pose une réelle difficulté car en l'état, les droits de la défense ne sont pas valorisés. L'importance du droit de ne pas s'auto-incriminer doit être évoquée car la personne mise en cause qui va être interrogée ne peut comprendre l'impact du seul droit de garder le silence. Certes il contribue à ne pas s'auto-incriminer, mais la personne entendue n'a pas pleinement conscience que le droit de garder le silence contribue à ce droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination, il faut lui en exposer les contours. L'importance également de distinguer les deux notions serait de pouvoir englober le droit de ne pas être contraint de fournir des documents susceptibles d'être auto-incriminant, totalement absent de l'ensemble des droits évoqués en droit comparé. Ce droit est totalement laissé de côté par les législateurs et ne permet ainsi pas d'assurer une protection globale à la personne placée en garde à vue. Le droit anglais prévoit donc une protection très limitée au mis en cause voire quasi-inexistante dès lors que le seul fait de lui indiquer qu'il peut seulement garder le silence sans lui expliquer pourquoi ne peut assurer une protection effective. Ces droits doivent être compris. Il faut rappeler que toutes les personnes entendues dans le cadre d'une garde à vue ne sont pas

¹⁵² Angleterre et pays de Galles – Articles 34 à 52 de la loi de 1984 sur la police et la preuve en matière pénale.

nécessairement assistées d'un conseil qui peut lui expliquer le sens et la portée des divers droits dont il dispose. Dès lors que le droit à l'assistance d'un avocat n'est pas obligatoire, il est du devoir des officiers de police judiciaire d'expliquer à la personne placée en garde à vue les tenants et les aboutissants des divers droits, ce qui en l'espèce n'est jamais fait. Les officiers de police judiciaire ne sont tenus que par une directive, indiquer au gardé à vue quels sont les droits dont il dispose lors de cette mesure de rétention, ils n'ont pas pour mission d'en expliquer les contours. Ainsi, le droit au silence, sans explications ne peut permettre d'assurer pleinement les droits de la défense du mis en cause et ce, pour l'ensemble des systèmes juridiques européens.

- 137- Dans le même sens, le Code de procédure pénale italien encadre le régime de la garde à vue et prévoit pour la personne suspectée qu'elle a le droit d'être informée de son droit au silence. « *La personne placée en garde à vue doit être informée de son droit au silence, les seules questions auxquelles elle a l'obligation de répondre portent sur son identité* »¹⁵³. Aucun élément relatif au droit de ne pas s'auto-incriminer n'est ici encore présent, seul le droit au silence est énoncé textuellement. La question est de savoir si cela est suffisant ? Est-ce que le fait de ne mentionner que le droit au silence est suffisant à garantir à la personne mise en cause les droits de la défense. Il semble que non au regard du régime juridique espagnol où les exigences seront néanmoins satisfaites avec un système applicable où l'Espagne consacre un véritable droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination. Pour expliquer cela, il n'y a qu'à se pencher sur la Constitution espagnole qui consacre un article à la garde à vue afin d'énoncer les principaux droits des personnes qui y sont placées. De toute évidence, le régime de la garde à vue est également défini par le Code de procédure pénale et précisé par plusieurs instructions du Secrétariat d'État à la sécurité, en particulier par l'instruction 12/2007 du 14 septembre 2007 sur les comportements exigés des forces nationales de l'ordre pour garantir les droits des personnes gardées à vue¹⁵⁴. Ce texte rappelle aux membres de la police et de la garde civile les règles à appliquer aussi bien en amont de la garde à vue, que pendant la mesure. En ce sens, le Code de procédure pénale précise que l'intéressé a le droit de garder le silence, de ne pas répondre à certaines questions, ou encore d'indiquer qu'il ne fera de déclarations que devant le juge. Il va quant à lui préciser de manière claire et expresse que la personne placée en garde à vue bénéficie du droit de ne pas témoigner contre elle-même. La

¹⁵³ Articles 379 à 391 du Code de procédure pénale

¹⁵⁴ Instruction 12/2007 du 14 septembre 2007 du secrétariat d'État à la sécurité sur les comportements exigés des forces nationales de l'ordre pour garantir les droits des personnes en garde à vue.

notion d'auto-incrimination est ici consacrée explicitement : « *Le code de procédure pénale donne aux personnes placées en garde à vue les droits suivants :*

– *solliciter, comme le prévoit la constitution, le bénéfice de la loi sur l'habeas corpus (12) si elles estiment leur privation de liberté illégale ;*

– ***garder le silence, ne pas répondre à certaines questions, indiquer qu'elles ne feront de déclarations que devant le juge ;***

– ***ne pas témoigner contre elles-mêmes, ne pas s'incriminer ;***

– *signaler à une personne de leur choix, membre ou non de leur famille, le lieu où elles sont détenues, ce qui signifie que les éventuels transferts doivent également être communiqués*¹⁵⁵ ; »

138- Le Code de procédure pénale espagnol ne se contente pas de citer l'un ou l'autre. Il les distingue. Il faut donc bien comprendre ici l'importance de faire une distinction entre les deux droits qui sont bien différentes mais surtout, l'importance d'avoir ces deux droits inscrits textuellement dans le code. Le droit espagnol vient expliquer que ces droits sont indépendants l'un de l'autre. D'un côté, il y a le droit au silence qui se traduit par le droit de ne pas répondre à certaines questions ou l'ensemble des questions posées. Il représente le droit pour la personne suspectée de pouvoir garder le silence lors de ses interrogatoires, à n'importe quel moment et quelle que soit la question posée. Ce droit est mentionné dans le code tout comme il a été évoqué dans d'autres systèmes juridiques qui le prévoyaient dans leur procédure pénale. D'un autre côté, il y a le droit de ne pas témoigner contre soi-même, le droit de ne pas s'incriminer. Ce droit représente certes, la possibilité de pouvoir garder le silence lors d'interrogatoires mais pas seulement. Ce droit englobe le fait pour toute personne de ne pas être contrainte de fournir tous documents qui seraient susceptible d'être auto-incriminant. Il y a donc une vision beaucoup plus globale et générale qui est posée à travers le droit de ne pas s'auto-incriminer. Ce droit englobe le droit de garder le silence mais pas seulement. Comme cela a été évoqué en amont, s'il ne fallait en mentionner qu'un il faudrait mentionner le dernier. Il faut donc saluer les législateurs espagnols qui donnent l'exemple en distinguant les deux droits. Ainsi, le gardé à vue pourra distinguer les deux droits peut être en se rappelant, à défaut que cela soit mentionné, que le droit de ne pas contribuer à sa propre incriminant consiste en le fait de ne pas être contraint de devoir communiquer tous éléments, matériels ou immatériels qui seraient susceptibles de lui porter préjudice. Cette précision indique qu'un nouveau droit doit être affirmé indépendamment de son corollaire pour que les droits de la

¹⁵⁵ Articles 489 à 501 et 520 à 527 du Code de procédure pénale

défense soient pleinement garantis. Il n'est plus simplement question du droit de se taire. Il est affirmé ici le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination en apportant des éléments susceptibles de qualifier une infraction qui serait reprochée à cette même personne. Les termes de « témoignage », « incrimination » sont des termes qu'il est nécessaire de retrouver dans les articles relatifs à tous les interrogatoires dont devrait faire l'objet la personne suspectée ou mise en cause.

- 139- L'ensemble de cette analyse permet ainsi de constater que, légalement, le droit au silence est consacré de manière assez large en droit européen. Cela paraît assez logique dans la mesure où c'est un droit que l'ensemble des personnes connaît. Tout le monde comprend que le droit de garder le silence lors de tout interrogatoire signifie ne pas tenir de propos qui pourraient au final lui porter préjudice et l'auto-incriminer. En revanche, ce droit de ne pas s'auto-incriminer n'est un concept connu, il n'est d'ailleurs pas tant évoqué que cela par les professionnels du droit eux-mêmes. Quand cette notion doit être expliquée, il est bien sûr évoqué le droit de garder le silence en garde à vue, mais ce droit est beaucoup plus général et large que cela. C'est en ce sens qu'il doit être distingué de toute autre notion, c'est un droit unique.
- 140- Cette différence entre les différents régimes européens pose une problématique dès lors qu'elle affaiblit les droits de la défense. Il est d'ailleurs opportun de s'interroger sur la nécessité de créer un droit procédural pénal unique telle que la question se pose depuis de nombreuses années par la doctrine¹⁵⁶. Des procédures telles que des mesures de contrainte comme la garde à vue ou une personne est retenue contre sa volonté devraient offrir les mêmes droits pour toutes les personnes gardées à vue en incluant bien sûr le droit de ne pas s'auto-incriminer et le droit de garder le silence car ce sont des droits qui aujourd'hui sont essentiels dans notre procédure pénale pour valoriser les droits de la défense. Il est difficilement concevable que le droit français ait, durant l'évolution sa législation écarté le droit au silence¹⁵⁷ pendant la garde à vue, que le droit belge ne prévoit pas explicitement le droit au silence et que seule la jurisprudence considère qu'il fait partie des droits de la défense, que le droit espagnol soit, lui, largement protecteur en matière d'auto-incrimination en prévoyant tant le droit de garder le silence que le droit de ne pas s'auto-incriminer dans un même article et de voir que le droit anglais ne s'accorde qu'à consacrer le droit au silence pendant une mesure de rétention. Ce manque d'uniformité pose difficulté aujourd'hui car les

¹⁵⁶ DE GOUTTES R., « *Vers un droit pénal européen ?* », RCS 1993, p. 643

¹⁵⁷ Loi n°2003-495 du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure publiée au JORF n°66 du 19 mars 2003 page 4761 texte n°1.

droits de la défense ne devraient être entendus que d'une seule et même voix. La doctrine semble être d'accord sur ce point même si elle accorde sa place à chaque souveraineté : « *La référence au droit pénal et son apparition dans la construction fut tardive. Il revient en effet au traité de Maastricht le mérite d'avoir individualisé dans son troisième pilier qu'il existait une matière pénale, fût-ce pour la cantonner aussitôt et l'assortir d'un régime dérogatoire et restrictif. Mais enfin, Maastricht, c'est bien tard. Or le droit pénal c'est aussi, un droit expressif des valeurs d'une société. Le droit de l'Union n'aurait donc pas de valeurs à exprimer et à défendre par son droit pénal ? Prenons le droit de la peine, par exemple. Il est constant que la peine remplit plusieurs fonctions et notamment de réinsertion et de resocialisation. Ces fonctions et par conséquent, ces valeurs qu'elles sous-tendent, ne doivent-elles pas être rappelées et mise en valeur ?*

141- *C'est pourquoi, il me semble indispensable de poser, dans une démarche qui se veut objective, que si le principe de subsidiarité doit bien évidemment être scrupuleusement observé, une fois établi que le but recherché sera mieux et plus complètement atteint au niveau communautaire, ce qui ne semble pas contestable ici, il est de la logique institutionnelle que la norme nationale s'adapte ou s'efface.*

142- *La logique du droit pénal ne doit-elle pas irriguer justement la mise en œuvre des instruments de forme, par exemple de coopération afin que leur mise en œuvre réponde aux exigences du droit pénal de fond. Ainsi, lors de la mise en œuvre d'un mandat d'arrêt européen pour exécution d'une peine, la remise, c'est-à-dire le choix du lieu d'exécution doit-il se faire prioritairement au regard des revendications de souveraineté des États ou bien de l'évaluation de ce qui serait la meilleure solution pour le condamné au regard de ses chances de réinsertion à la sortie ?*

Le pénaliste ne peut, je pense qu'acquiescer à la seconde solution.

C'est pourquoi il faut un code de procédure pénale européen. »¹⁵⁸

143- Cette uniformisation de la procédure pénale tendrait vers une meilleure prise en compte du droit de ne pas s'auto-incriminer et ainsi des droits de la défense car l'ensemble des législations européennes se mettraient d'accord sur une seule et même unité, à savoir, prévoir pour toutes personnes entendues par une personne exerçant un pouvoir de coercition à son égard, son droit, de garder le silence et de ne pas s'auto-incriminer. C'est en insérant ces changements au sein même du droit international que les choses pourraient changer

¹⁵⁸ BOT Y., « *Table ronde vers une procédure pénale européenne. Faut-il un code de procédure pénale européen ?* », Revue internationale de droit pénal, 2011/1 (Vol. 82), ISBN. 9782749213934, DOI. 10.3917/ridp.821.0153, Éd. ERES, p. 312.

efficacement au niveau européen et permettre, à la Cour européenne des droits de l'homme, de comprendre l'importance de ce droit et l'impact qu'il peut avoir sur la personne mise en cause et ainsi consacrer textuellement et expressément le droit de ne pas s'auto-incriminer au sein de l'article 6 de la convention européenne des droits de l'homme car malheureusement à ce stade, seule la jurisprudence consacre de manière certaine le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination.

B. Une consécration jurisprudentielle

144. Toute la problématique de la consécration de l'auto-incrimination demeure dans l'application qu'en fait la jurisprudence. En effet, c'est par son seul biais qu'il est possible de donner une définition de la notion¹⁵⁹ là où les législations continuent de rester « sourdes ». Pourtant, le droit de ne pas s'auto-incriminer, s'il est souvent assimilé au droit de garder le silence (1.), revêt en réalité de nombreuses facettes telles que le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination en fournissant des documents susceptibles d'être auto-incriminant (2.) qui n'ont pu être décortiquées que par cette jurisprudence. Il sera observé une réelle consécration de la notion au travers de la jurisprudence notamment en observant de quelle façon celle-ci vient protéger le droit de ne pas s'auto-incriminer face à la provocation policière à commettre une infraction (3.) qui bien souvent, face à une notion « impersonnelle » tant elle demeure inconnue a tendance à être abusée par le pouvoir coercitif.

1. Une consécration jurisprudentielle relative au droit de garder le silence

145. Le droit au silence est la pierre angulaire du droit de ne pas s'auto-incriminer. C'est bien de ce droit au silence qu'a découlé l'avènement de l'auto-incrimination. La première fois que cette notion a été évoquée en droit fut dans l'affaire *Blunt v. Park Lane Hotel*¹⁶⁰ en 1942 au Royaume-Uni où le concept du « *privilege against self-incrimination* » est né à travers ces termes : « ...*the rule is that no one is bound to answer any question if the answer thereto would, in the opinion of the judge, have a tendency to expose the deponent to any criminal charge, penalty or forfeiture which the judge regards as reasonably likely to be preferred or sued for* ». Le principe selon lequel « personne ne doit répondre à une question si la réponse

¹⁵⁹ CEDH, *Saunders c/ ROYAUME-UNI*, préc. § 68,; *Allan c. Royaume-Uni*, préc. § 44, et *Jalloh c. Allemagne [GC]*, préc. § 100, , CEDH *JB c/ SUISSE* du 03 mai 2001, préc.

¹⁶⁰ *Blunt v. Park Lane Hotel* (1942) – Réf : (1942) 2 KB 253

peut exposer le déposant à une charge criminelle », est posé. Pourtant, cet arrêt est resté très discret, il est rare qu'il soit cité ou qu'il serve de référence pour invoquer le droit de ne pas s'auto-incriminer.

- 146- En réalité tout va débiter aux Etats-Unis avec l'apport de l'arrêt Miranda contre Arizona¹⁶¹. En 1962, Ernesto Miranda est soupçonné par la police de Phoenix d'avoir séquestré et violé plusieurs jeunes femmes. Il est arrêté et interrogé sans avoir été informé de ses droits ni même avoir été assisté d'un avocat. Dans le cadre de sa garde à vue, Ernesto Miranda avoue avoir commis les faits qui lui ont été reprochés. Lors de son procès, le procureur relève les faits avoués par Monsieur Miranda comme preuve irréfutable de sa culpabilité et ce dernier est condamné des faits d'enlèvement et viol. Il interjette appel de la décision au motif que les aveux faits en garde à vue ont été extorqués et qu'en conséquence, ils doivent être jugés irrecevables. C'est exactement ce que décidera la Cour suprême des Etats-Unis qui jugera qu'une personne retenue dans le cadre d'une garde à vue doit, avant tout interrogatoire, être informée de ses droits et notamment qu'elle a le droit de garder le silence et que tout ce qu'elle pourra dire dans ce cadre pourra être retenu contre elle devant une juridiction¹⁶². Pour la Cour Suprême, le fondement juridique de ce droit découle du cinquième amendement de la Constitution, vu précédemment, selon lequel nul ne peut être forcé de témoigner contre soi-même¹⁶³. Le principe est pour la première fois posé et la force de ces termes va marquer l'avènement d'une évolution jurisprudentielle conséquente grâce à cet arrêt. La doctrine indiquera d'ailleurs à propos de l'arrêt Miranda que « *Dans les années 1960, la Cour s'attela à étendre la protection des personnes accusées de crimes, adoptant des décisions qui constituent toujours, aujourd'hui, le droit positif* »¹⁶⁴.
- 147- En effet, cet arrêt éclaire le droit sur deux points essentiels. Tout d'abord, l'importance de la notification des droits au gardé à vue et en l'espèce, dans cet arrêt, celui du droit de garder le silence. L'arrêt relève que toute personne détenue ne peut rester sous la coercition des forces de l'ordre sans que ces droits lui soient notifiés. Là constitue la base des droits de la défense. A partir du moment où il dispose de ces droits et ce, avant tout interrogatoire, il est censé être en mesure de comprendre ce qu'il peut faire et ne pas faire. Ainsi, lorsque son droit au silence lui est notifié, une responsabilité lui incombe, celle de s'auto-incriminer ou de garder le

¹⁶¹ Cour Suprême des États-Unis, 13 juin 1966, 384 US 436

¹⁶² « *The person in custody must, prior to interrogation, be clearly informed that he has the right to remain silent, and that anything he says will be used against him in court* ».

¹⁶³ « *no person shall be (...) compelled in any criminal case to be a witness against himself* ».

¹⁶⁴ ATTAL M., NERON S., « *Chronique de la Cour suprême des Etats-Unis d'Amérique n° 1* », Petites affiches - n°31 : 13/02/2006, Réf : LPA 13 févr. 2006, n° PA200603102, p. 6

silence. Quoi qu'il décide, et il est regrettable que cet arrêt ne soit pas allé plus loin dans ce sens, cela ne pourra pas lui être reproché. En revanche, à l'inverse, l'arrêt *Miranda v. Arizona*¹⁶⁵ précise que s'il décide de ne pas garder le silence, tous les propos tenus pourront être retenus contre lui. Cet arrêt marque ainsi la consécration du droit de garder le silence en procédure pénale tendant à la valorisation des droits de la défense.

148- Ensuite c'est dans la question liée à la présence de l'avocat que cet arrêt apporte une pierre à l'édifice procédural. Dans le cas de l'espèce, l'arrêt rappelle que Monsieur Miranda avait été entendu sans la présence d'un avocat puisque cette possibilité ne lui avait pas été notifiée. Ainsi, des aveux, sous la contrainte avaient été extorqués. En annulant ses auditions, la Cour rappelle l'importance de la présence du Conseil lors d'une telle mesure de contrainte et soulève la gravité des conditions dans lesquelles peuvent se trouver une personne mise en cause sans la présence de leur avocat. Elle reconnaît que certaines coercitions abusives peuvent conduire à des aveux extorqués et l'importance de condamner ce type d'abus pour garantir les droits de la défense comme le soulève la doctrine : « *Si, donc, le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination est principalement fondé sur l'article 6 (§ 1 et 2) de la Convention, il l'est aussi sur l'article 3. Dans le célèbre arrêt *Miranda v. Arizona* du 13 juin 1966, la Cour suprême des Etats-Unis, pour justifier le droit de conserver le silence tiré du 5^e amendement de la Constitution des Etats-Unis consacrant le droit de ne pas témoigner contre soi-même, mit en exergue sa peur des pressions policières et des aveux extorqués (21). Si les « droits Miranda » sont des droits de la défense, ils ont aussi, au moins implicitement, pour fonction d'endiguer le risque de torture et de traitements inhumains ou dégradants infligés dans le but d'obtenir des aveux* »¹⁶⁶. La Cour, dans l'arrêt *Miranda v. Arizona*¹⁶⁷ rappelle donc l'importance du droit de ne pas s'auto-incriminer et les éléments protecteurs de ce droit qui sont le droit de garder le silence et le droit d'être assisté d'un avocat.

149- L'ensemble de ces éléments permet donc de constater que le droit de garder le silence au niveau international est largement consacré. En Europe, cette consécration est beaucoup plus absente, ce qui pose une difficulté quant à la valorisation des droits de la défense. En effet, la Cour européenne des droits de l'homme ne se prononcera que tardivement sur le droit au

¹⁶⁵ Cour Suprême des États-Unis, 13 juin 1966, 384 US 436

¹⁶⁶ ROETS D. « *Le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme* », AJ Pénal 2008 p.119

¹⁶⁷ Ibid.

silence puisque l'arrêt phare en la matière est l'arrêt *Saunders c. Royaume-Uni* en 1996¹⁶⁸. Les faits sont les suivants. Monsieur Saunders, le requérant, est devenu président-directeur général de Guinness PLC en 1981. Au début de 1986, Guinness se trouvait en concurrence avec une autre société, Argyll Group PLC, pour la reprise d'une troisième société, la Distillers Company PLC. Guinness emporta la bataille mais l'importante augmentation du prix des actions de Guinness cotées en bourse pendant l'offre publique d'achat provenait d'une opération illégale de soutien des parts. Une enquête est diligentée et le 10 décembre 1986, Monsieur Saunders est interrogé. Il est par la suite inculpé de nombreuses infractions en rapport avec l'opération illégale de soutien des actions et, avec ses coaccusés, fut renvoyé en jugement devant la Crown Court le 27 avril 1989. Monsieur Saunders conteste l'utilisation à son procès des déclarations faites par lui devant les inspecteurs du DTI en vertu de leurs pouvoirs contraignants qui l'avait privé d'un procès équitable, au mépris de l'article 6 paragraphe 1 de la Convention européenne des droits de l'homme. Le requérant prétend que l'emploi des procès-verbaux à son procès a enfreint cet article et que, dans la mesure où le retard apporté à lancer l'enquête de la police était motivé par le désir d'obtenir lesdits procès-verbaux, le moyen utilisé pour les recueillir a lui aussi porté atteinte à cette disposition. Cet argument sera rejeté devant la juridiction de premier degré comme en appel. La Cour d'appel relève que, dans la loi de 1985, le parlement avait disposé expressément et sans équivoque que les réponses données aux inspecteurs du DTI pouvaient être admises comme preuves lors d'une procédure pénale, même si cette admission transgressait le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination. Devant la Commission, le requérant dénonce le fait que les déclarations formulées par lui sous la contrainte aux inspecteurs désignés par le ministère du Commerce et de l'Industrie (DTI) au cours de leur enquête furent admises comme preuves à charge lors de son procès pénal ultérieur. Il affirme également que, comme la Cour l'a reconnu dans ses arrêts *Funke c. France* et *John Murray c. Royaume-Uni*¹⁶⁹, le droit à un procès équitable garanti par l'article 6 § 1 englobe implicitement le droit d'un individu de ne pas contribuer à ce que des dépositions à sa charge soient utilisées dans le cadre de poursuites à son encontre.

- 150- Le Gouvernement soutient quant à lui que seules les déclarations incriminants leur auteur peuvent relever du droit de ne pas s'auto-incriminer. Or les réponses qui disculpent leur auteur ou qui, si elles sont exactes, concordent avec la défense d'un accusé ou servent à la confirmer ne pourraient valablement passer pour incriminer leur auteur. La Commission examine

¹⁶⁸ CEDH, *Saunders c/ ROYAUME-UNI*, préc. § 68,

¹⁶⁹ CEDH *Funke c/ FRANCE* du 25 février 1993 Hudoc 393 requête 10828/84

attentivement si les déclarations compromettantes ont été obtenues dans l'exercice du pouvoir de contrainte et rappelle que le droit au silence ne saurait être absolu. En revanche, est prohibé l'emploi de pressions ou de la contrainte, contre lesquelles le droit de ne pas s'auto-incriminer constitue un contrepoids. En l'espèce, la Commission relevé que l'intéressé, en refusant de répondre, pouvait être sanctionné pour outrage. Il se trouvait donc contraint de répondre aux questions des inspecteurs. De plus, même si certains interrogatoires avaient été écartés, d'autres étaient dans la procédure et avaient joué un rôle déterminant. Dans ces conditions, la Commission décide que l'utilisation de pièces à conviction obtenues par la contrainte a été abusive et a porté atteinte à la capacité de se défendre contre des accusations pénales portées contre l'intéressé. La Commission conclut à la violation de l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme.

- 151- L'arrêt rappelle que même si l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme ne les mentionne pas expressément, « *le droit de garder le silence et le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination sont des normes internationales généralement reconnues qui sont au cœur de la notion de procès équitable consacrée par l'article 6§1 de la Convention* »¹⁷⁰. Le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination présuppose que les autorités cherchent à fonder leur argumentation sans recourir à des éléments de preuve obtenus par la contrainte ou les pressions, au mépris de la volonté du mis en cause auquel cas il s'agirait d'une violation de l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'homme. Cet arrêt est riche de leçon. La commission estime que « *le droit de ne pas contribuer à sa propre auto-incrimination constitue un élément important de la protection des individus contre de fortes pressions* ». Les déclarations faites lorsque l'accusé n'est pas informé de son droit de garder le silence et de ne pas s'incriminer lui-même, doivent être traitées avec précaution extrême¹⁷¹. C'est pourquoi, une condamnation ne peut reposer sur le seul silence de l'accusé¹⁷². C'est en cela également que l'arrêt Saunders¹⁷³ apporte un nouvel élément par rapport à l'arrêt Miranda¹⁷⁴. A titre d'exemple, la Cour a estimé dans un arrêt Aleksandr Zaichenko contre RUSSIE¹⁷⁵, qu'il appartenait à la police d'informer le requérant de ses droits de ne pas s'incriminer soi-même et de garder le silence lors de l'interrogatoire

¹⁷⁰ Saunders c/ ROYAUME-UNI, préc. § 68, Allan c. Royaume-Uni, préc. § 44, Jalloh c. Allemagne [GC], préc. § 100, CEDH 2006-IX, CEDH JB c/ SUISSE du 03 mai 2001 préc.

¹⁷¹ CEDH Loutsenko c/ UKRAINE, no 30663/04, § 51, 18 décembre 2008

¹⁷² CEDH Murray c/ ROYAUME-UNI, 8 février 1996, § 45, Recueil 1996-I

¹⁷³ Saunders c/ ROYAUME-UNI, préc. § 68

¹⁷⁴ Cour Suprême des États-Unis, 13 juin 1966, 384 US 436

¹⁷⁵ CEDH Aleksandr Zaichenko c/ RUSSIE, no 39660/02, § 52, 18 février 2010.

dès le début de l'interpellation. Le requérant, Aleksandr Zaichenko, était un ressortissant russe reconnu coupable de vol de gazole au détriment de la société qui l'employait comme chauffeur. Il invoque l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme en se plaignant d'avoir été condamné sur la base de déclarations qu'il avait faites à la police avant son procès, hors la présence d'un avocat. Dans ce cas, la Cour européenne des droits de l'homme estime que les policiers auraient dû l'informer dès le moment de son interpellation de son droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination et de se taire. *« L'intéressé a appris qu'il avait le droit de se taire avant de signer la déposition où il avouait s'être approprié le carburant, mais après avoir formulé une déclaration qui l'incriminait lui-même dans le procès-verbal d'inspection. (...) En ce qui concerne la question de savoir si l'utilisation des aveux passés par le requérant au cours de l'instruction a porté atteinte à l'équité du procès, la Cour estime que la violation du droit de l'intéressé à un procès équitable survenue au cours de l'instruction a causé à celui-ci un préjudice auquel la procédure suivie lors de la phase de jugement n'a pas permis de remédier. En premier lieu, la Cour observe que la juridiction de jugement s'est expressément référée aux déclarations que le requérant avait faites contre lui-même à la police à l'occasion de l'établissement du procès-verbal d'inspection et ultérieurement. En deuxième lieu, elle estime que les tribunaux internes n'ont pas suffisamment motivé les décisions par lesquelles ils ont rejeté les arguments du requérant tendant à faire déclarer irrecevables les déclarations en question. En troisième et dernier lieu, elle constate que la juridiction de jugement a refusé d'entendre les témoins à décharge au motif qu'ils entretenaient des liens trop étroits avec le requérant et qu'elle a écarté des débats la facture que celui-ci avait produite en vue de démontrer qu'il avait acheté le carburant. En bref, elle a fondé son verdict de culpabilité sur les aveux que l'intéressé avait faits à la police avant d'être informé de son droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination »*. Il y a donc eu lieu de condamner. Le droit de ne pas s'auto-incriminer et le droit de se taire, pour être parfaitement protégés doivent être notifiés dès le début de l'interpellation. Dans cet arrêt, le droit de ne pas s'auto-incriminer est mentionné expressément et joint au droit de garder le silence, cela démontre une corrélation entre les deux notions, bien souvent indissociables. Tant que la personne mise en cause gardera le silence, elle permettra de se protéger en parti du droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination.

152- C'est pourquoi, dans l'arrêt *Corbet et autres contre France* du 19 mars 2015¹⁷⁶, la Cour européenne des droits de l'homme confirme cette importance du droit de garder le silence pour ne pas contribuer à son auto-incrimination et en définit les contours. « *Les requérants dénoncent une violation de leur droit de se taire et de ne pas contribuer à leur propre incrimination, du droit à la présomption d'innocence et des droits de la défense résultant du fait que le rapport de la commission parlementaire chargée d'enquêter sur les causes économiques et financières de la disparition d'Air Lib a été transmis au ministère public et a servi de fondement aux poursuites pénales conduites contre eux. Ils indiquent à cet égard que convoqués devant la commission d'enquête parlementaire, ils étaient tenus de comparaître, de prêter serment, de déposer et de produire tout document requis, sous peines de sanctions pénales allant jusqu'à deux ans de prison. Ils invoquent l'article 6 §§ 1 et 2 de la Convention. (...) En l'espèce, la Cour constate tout d'abord que le refus de comparaître devant une commission parlementaire d'enquête, de prêter serment ou de répondre à ses questions (sauf à invoquer le secret professionnel), est passible d'un emprisonnement de deux ans et d'une amende de 7 500 EUR (article 6 de l'ordonnance du 17 novembre 1958 relative au fonctionnement des assemblées parlementaires), ce qui est constitutif d'une coercition (voir, mutatis mutandis, Saunders précité, § 70, et Brusco c. France, n° 1466/07, § 52, 14 octobre 2011). L'utilisation dans la procédure pénale dirigée contre les requérants des déclarations qu'ils ont faites sous cette contrainte devant la commission parlementaire d'enquête pose donc une question quant au respect de leurs droits de se taire et de ne pas contribuer à leur propre incrimination. Plus largement, la Cour estime que l'impossibilité pour les personnes appelées à comparaître devant une telle commission d'invoquer le respect de ces droits pour éviter de répondre à des questions qui pourraient les conduire à s'auto-incriminer est en soi problématique au regard de l'article 6 § 1 de la Convention. Certes, il apparaît, au vu du rapport de la commission d'enquête, que, comme le souligne le Gouvernement, le témoignage des requérants n'était pas auto-incriminant. Ce n'est cependant pas déterminant : ce qui compte, c'est l'utilisation faite au cours du procès pénal des dépositions recueillies sous la contrainte ; si elles ont été utilisées d'une manière tendant à incriminer l'intéressé, il y a violation de l'article 6 § 1 (Saunders, précité §§ 71-72). Cela étant, il faut aussi rappeler que dans l'arrêt *Gäfgen* (précité §§ 178 et 180), la Cour a jugé que l'utilisation dans un procès pénal de preuves matérielles découvertes grâce à des déclarations obtenues par des moyens*

¹⁷⁶ CEDH *Corbet et autres c/ FRANCE* du 19 mars 2015 Requêtes nos 7494/11, 7493/11 et 7989/11

contraires à l'article 3 de la Convention mais non constitutifs de torture n'affecte l'équité de la procédure que s'ils ont eu un impact sur le verdict de culpabilité ou la peine. Cela vaut a fortiori s'agissant d'éléments probants autres que l'aveu obtenu par des moyens de coercition non constitutifs de traitements contraires à l'article 3 de la Convention ».

153- En effet, dans cet arrêt, la Cour européenne des droits de l'homme vient éclairer la définition de l'auto-incrimination en soulevant plusieurs points. Tout d'abord la Cour constate qu'il ne peut être imposé à une personne mise en cause ou suspectée de répondre à des questions, elle doit pouvoir user de son droit au silence à tout moment de la procédure auquel cas, cela serait constitutif d'une coercition mettant à mal le droit de ne pas s'auto-incriminer. Toutes déclarations faites sous la contrainte est une atteinte au droit de la défense. Par la suite, la Cour vient dire que peu importe que ces déclarations soient ou non auto-incriminantes, le simple fait qu'il y ait une coercition est une atteinte au droit de ne pas s'auto-incriminer. Dès lors qu'elles ont été utilisées dans le but d'incriminer l'intéressé cela est suffisant et la violation de l'article 6§1 doit être constatée. Enfin, et cela demeure le principal apport de cet arrêt et la justification de l'absence de condamnation par la Cour, celle-ci souligne que dès lors que les déclarations, qu'elles aient été ou non effectuées sous la contrainte, n'ont pas eu d'impact sur le verdict de la culpabilité ou de la peine, il n'y a pas d'atteinte au droit de ne pas s'auto-incriminer.

154- Dans le même sens, il a été observé que le droit de ne pas s'auto-incriminer avait été limité par la Cour européenne des droits de l'homme. Elle rappelle que sa protection ne saurait raisonnablement se limiter aux aveux de méfaits ou aux remarques le mettant directement en cause¹⁷⁷. Il est nécessaire que les déclarations du mis en cause soient susceptibles d'affecter substantiellement la position de l'accusé¹⁷⁸. Ce qui compte, c'est l'utilisation faite au cours du procès pénal des dépositions recueillies sous la contrainte ; si elles ont été utilisées d'une manière tendant à incriminer l'intéressé, il y a violation de l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme¹⁷⁹. Par exemple, dans l'arrêt *Serves contre France* du 20 octobre 1997¹⁸⁰, le requérant avait été condamné au paiement d'une amende pour avoir refusé de répondre au juge d'instruction. La Cour a constaté « *une coercition de nature à vider de sa substance le droit de celui-ci de ne pas contribuer à sa propre incrimination* ». Le requérant

¹⁷⁷ CEDH *Saunders c. Royaume-Uni*, préc.

¹⁷⁸ CEDH *Chabelnik c. Ukraine*, no 16404/03, § 57, 19 février 2009

¹⁷⁹ CEDH *Saunders*. §§ 71-72. Préc.

¹⁸⁰ CEDH *Serves c. France*, 20 octobre 1997, § 46, Recueil 1997-VI

pouvait redouter que, par le biais de certains propos qu'il pouvait être amené à tenir devant le juge d'instruction, il témoigne contre lui-même. Il eût ainsi été admissible qu'il refuse de répondre à celles des questions du juge qui auraient été de nature à le pousser dans cette direction. Or il a refusé immédiatement de répondre au juge d'instruction avant que cette éventualité ne se pose. Les amendes ont été prononcées avant que le risque apparaisse. La violation de l'article 6§1 de la Convention n'a donc pas été retenue.

- 155- Cela signifie que toutes les déclarations ne sont pas protégées par le droit de ne pas s'auto-incriminer, seules celles qui peuvent avoir un impact sur la culpabilité le sont. Seulement comment vont être analysées ces déclarations ? Selon quels critères ? Il s'agit bien sûr d'une décision discrétionnaire des magistrats qui seront seuls juges de la valeur des propos tenus. Ils seront les seuls à pouvoir déterminer si les déclarations ont eu un impact sur la culpabilité ou la peine, ce qui ne semble pas suffisamment protecteur des droits de la défense. Dans le pire des cas, il apparaît nécessaire que des critères légaux soient imposés, mieux, toutes les déclarations qui ont été obtenues sous la contrainte devraient être annulées de manière unanime. Ainsi, si cet arrêt peut paraître attentatoire au droit de ne pas s'auto-incriminer et aux droits de la défense, il permettra de définir de manière toujours plus étroite ce que constitue la notion d'auto-incrimination en l'absence de base légale.
- 156- Ainsi, de ce premier point jurisprudentiel, il peut être constaté l'abondance de la jurisprudence en matière de droit de ne pas s'auto-incriminer sur le thème du droit de garder le silence. Elle a été nécessaire car en l'absence de consécration textuelle appuyant sur le thème de l'auto-incrimination, la jurisprudence a dû le construire. C'est ainsi qu'il a été constaté l'importance de la notion au travers de la nécessité d'informer toutes personnes mises en cause dans une procédure de ses droits, principalement le droit de garder le silence et le droit à l'assistance d'un avocat pour garantir le droit de ne pas s'auto-incriminer. La jurisprudence citée insiste sur la nécessité de bénéficier de ses droits tout au long de la procédure afin de garantir pleinement les droits de la défense.
- 157- Si grâce à cette jurisprudence, il est désormais plus aisé de définir les contours de l'auto-incrimination, il reste cependant problématique pour la personne mise en cause de ne pas pouvoir faire valoir ses droits au titre d'un texte précis. Cette problématique va également se rencontrer sur d'autres facettes du droit de ne pas s'auto-incriminer tel que le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination en fournissant des documents susceptibles d'être auto-incriminants.

2. Une consécration jurisprudentielle relative au droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination en fournissant des documents susceptibles d'être auto-incriminants

158- L'arrêt de principe relatif au droit de ne pas s'auto-incriminer en fournissant des documents sous la contrainte est l'arrêt Funke contre France du 25 février 1993¹⁸¹. Dans les faits, Monsieur Funke, le requérant, de nationalité allemande, né en 1925, exerçait la profession de représentant de commerce et avait son domicile à Lingolsheim dans le Bas-Rhin. Le 14 janvier 1980, trois agents des douanes et un officier de police judiciaire se présentèrent au domicile du requérant pour obtenir des « précisions sur ses avoirs à l'étranger ». Le requérant admit avoir été ou être encore titulaire de plusieurs comptes bancaires à l'étranger mais expliqua ce fait par des motifs professionnels et familiaux. Il affirma également ne détenir à son domicile aucun relevé bancaire concernant ces comptes. De 10 h 30 à 15 h, les agents des douanes procédèrent à la fouille du domicile du requérant ainsi que de ses effets personnels et découvrirent un certain nombre de relevés émanant de banques étrangères, des cartes de crédit, des carnets de chèques ainsi qu'une facture de réparation de véhicule effectuée en République Fédérale d'Allemagne et deux appareils photos. Il y eut saisie de ces documents et objets et la visite domiciliaire fit l'objet d'un procès-verbal en date du 14 janvier 1980. Les agents exigèrent, ainsi qu'il résulte dudit procès-verbal, que le requérant fournisse « *les relevés des différents comptes pour les trois années écoulées, à savoir 1977, 1978 et 1979, pour la Postsparkasse de Munich, la P.K.O. de Varsovie, la Société de Banque Suisse de Bâle, la Deutsche Bank de Kehl, ainsi que l'épargne-logement de la Württembergische Bausparkasse de Leonberg et, enfin, le portefeuille d'actions de la Deutsche Bank de Kehl...* ». Le requérant, après s'être engagé à fournir les documents, se ravisa ultérieurement et déclara le 12 février 1980 aux douanes qu'il n'était plus en mesure de les communiquer. Le 3 mai 1982, l'administration des douanes cita le requérant devant le tribunal de police de Strasbourg, aux fins de condamnation au paiement d'une amende et d'une astreinte de 50 Francs par jour jusqu'à production des relevés des comptes, avec demande de contrainte par

¹⁸¹ CEDH Funke contre France du 25 février 1993, préc. ; SURREL H., « *Conseil constitutionnel et jurisprudence de la Cour EDH* », Les nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel - n°55-56 - page 265 - Date de parution : 01/06/2017- Id: NCCC2017-55-013 - Réf : N3C 2017, n° NCCC2017-55-013, p. 265 ; DONNEDIEU DE VABRES-TRANIE L., « *La loyauté dans l'administration de la preuve, colloque loyauté et impartialité en droit des affaires* », Gazette du Palais - n°145 - page 44 - Date de parution : 24/05/2012 - Id : GP20120524008 - Gaz. Pal. 24 mai 2012, n° GP20120524008, p. 44

corps. La raison en était que le requérant refusait de communiquer les documents, contrairement à l'article 65 paragraphe 1 du Code des douanes, encourageant, de ce fait, les peines prévues à l'article 413 bis du Code des douanes, aux termes duquel les agents des douanes peuvent exiger la communication des papiers et des documents, de toute nature, relatifs aux opérations intéressant leur service. Après une longue bataille judiciaire relative à cette atteinte à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, la Cour européenne des droits de l'homme vient affirmer que contraindre la personne suspectée ou mise en cause de fournir des documents susceptibles d'être auto-incriminants est une atteinte directe au droit de ne pas s'auto-incriminer, les policiers n'ont pas à contraindre le suspect ou le mis en cause de fournir ces documents. Cet arrêt apporte de nombreux éléments sur ce qu'est le droit de ne pas s'auto-incriminer et ce qu'il englobe. Le droit de ne pas s'auto-incriminer n'est pas seulement le droit de garder le silence dès son interpellation, il englobe de nouvelles caractéristiques. Cet arrêt permet de constater l'étendu du champ d'application du droit de ne pas s'auto-incriminer en expliquant qu'il y a un autre volet au droit de ne pas s'auto-incriminer, le droit de ne pas fournir de documents auto-incriminants. Cela signifie également que le droit de ne pas s'auto-incriminer est un droit qui peut évoluer. D'où l'importance de voir naître une consécration textuelle en droit français. Notre procédure pénale ne prend déjà pas en compte le droit de ne pas être contraint de fournir tous types d'éléments susceptibles d'être auto-incriminant, que faire si un jour, la Cour européenne des droits de l'homme décide d'élargir le droit de ne pas s'auto-incriminer en liant d'autres comportements comme attentatoires à ce droit ? Il est possible qu'un jour, un autre arrêt Funke vienne éclairer le droit de ne pas s'auto-incriminer suite à une nouvelle coercition abusive de la part des autorités et que cela permettra de constater que tels ou tels comportements entrent dans le champ de l'atteinte au droit de ne pas s'auto-incriminer. Le droit français demeurera-t-il ignorant à nouveau de l'évolution des droits de l'homme ? Car aujourd'hui c'est ce qu'il fait, il refuse de prendre en compte le droit de ne pas s'auto-incriminer en refusant de le consacrer textuellement. L'arrêt Funke s'applique dans le monde entier mais ne trouve pas d'application en droit français au regard de l'absence de consécration de cette notion. Il s'agit d'une réelle difficulté procédurale car cet arrêt permet de constater qu'il peut être porté atteinte à la personne mise en cause s'il n'était pas respecté son droit de garder le silence mais depuis, les droits de la défense du mis en cause peuvent être bafoués si on le contraint de fournir des documents écrits. Ce n'est donc plus qu'au travers de la parole que le droit de ne pas s'auto-incriminer peut-être atteint mais également au travers d'un écrit et il s'agira de cette définition de l'auto-incrimination qui servira de base à l'évolution de la jurisprudence.

159- En effet, la Cour européenne des droits de l'homme *Chambaz contre Suisse* du 5 avril 2012¹⁸² illustre parfaitement cette problématique. Le requérant est né en 1954 et résidait au moment des faits aux Bermudes. Il a fait l'objet de plusieurs procédures pour soustraction d'impôts impliquant également plusieurs sociétés auxquelles il était lié. Le 10 janvier 1990, le requérant remit à la commission d'impôt et recette de district d'Aubonne sa déclaration d'impôt pour la période fiscale 1989-1990. Parmi les frais dont il demandait la déduction, figurait une note d'honoraire de la société P. SA pour la gestion de sa fortune. Par décision du 18 juin 1991, la commission d'impôt fixa le revenu imposable du requérant pour l'année fiscale 1989-1990. Elle considéra que le requérant n'avait pas déclaré l'ensemble de ses revenus, car l'évolution de sa fortune était disproportionnée par rapport au revenu annoncé. A titre de redressement, elle estima que les gains réalisés par le requérant sur un ensemble de comptes ouverts auprès de la banque S. pour le compte du requérant, et gérés par P. SA, s'élevaient en réalité à 599 309 francs suisses (CHF) par an (correspondant à 399 539 euros (EUR) environ) et qu'ils devaient être ajoutés au revenu déclaré. Le 25 juin 1991, le requérant forma deux réclamations contre la décision de la commission d'impôt du 18 juin 1991. Il adressa sa première réclamation dirigée contre l'impôt fédéral direct à la commission d'impôt, alors que la seconde réclamation, portant sur l'impôt cantonal et communal, fut remise à l'administration cantonale des impôts du canton de Vaud. Au cours de la procédure d'instruction des réclamations, la commission d'impôt demanda au requérant de produire l'ensemble des documents concernant ses relations d'affaire avec la société P. SA et les banques qui détenaient des avoirs pour le compte de celle-ci. Par décision du 17 août 1994, la commission d'impôt rejeta la réclamation dirigée contre l'impôt fédéral direct. Elle infligea au requérant une amende de 2 000 CHF (environ 1 440 EUR) au motif qu'il aurait refusé de produire l'ensemble des pièces justificatives qui lui avaient été réclamées. Par décision du 29 août 1994, l'administration cantonale des impôts rejeta la seconde réclamation dirigée contre l'impôt cantonal et communal. Elle infligea une amende au requérant de 3 000 CHF (environ 2 159 EUR) pour les mêmes motifs que la commission d'impôt. A cet égard, la Cour a rappelé dans son arrêt *Engel* que « *la Convention doit être interprétée de manière à garantir le caractère concret et effectif des droits qui y sont garantis. Elle irait à l'encontre de ce but si elle s'estimait liée par les qualifications contenues dans l'ordre juridique interne, car cela*

¹⁸² CEDH *CHAMBAZ c/ SUISSE* du 5 avril 2012 Requête 11663/04 ; <https://www.doctrine.fr/d/CEDH/HFJUD/CHAMBER/2012/CEDH001-110240>

aurait pour conséquence que l'application de l'article 6 de la Convention à certaines catégories de litiges serait subordonnée à la volonté souveraine des Etats membres »¹⁸³.

- 160- En conséquence, l'arrêt Chambaz et Engel ont permis d'établir de manière claire que fournir des documents auto-incriminants contre la volonté de la personne suspectée ou mise en cause est une atteinte au droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination. Ce sont des arrêts fondateurs car ils amènent réellement une pierre à l'édifice à l'auto-incrimination en ouvrant le champ d'application de ce droit. L'auto-incrimination n'est plus seulement le droit de garder le silence lors d'interrogatoire mais il est désormais représenté par le respect des droits de l'homme en ne pouvant être contraint de fournir des documents auto-incriminants. Ces arrêts permettent d'apporter une définition juridique de ce qu'est le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination en expliquant que nul ne doit être contraint de fournir des documents auto-incriminants contre sa volonté, une telle atteinte serait contraire au droit de ne pas s'auto-incriminer.
- 161- Ce type d'atteinte doit donc être protégé de manière effective pour que soit pleinement garantis les droits de la défense. En ce sens, la procédure pénale prévoit des mécanismes interdisant une coercition abusive telle que la provocation policière à commettre une infraction.

3. Une consécration jurisprudentielle relative à la provocation policière à commettre l'infraction

- 162- L'atteinte au droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination est protégée par une jurisprudence conséquente lorsque la provocation policière a engendré la commission d'une infraction. La Cour rappelle que l'aveu de la commission d'une infraction perpétrée après provocation ne saurait faire disparaître ni la provocation elle-même ni les effets de celle-ci¹⁸⁴. En revanche, lorsque c'est le comportement délibéré des requérants et non l'action de la police qui a été le facteur déterminant dans la perpétration des infractions, le grief des requérants est mal fondé et irrecevable¹⁸⁵.
- 163- Au Canada, la notion d'auto-incrimination a évolué par le biais de la jurisprudence de la Cour suprême sous le fondement de l'article 7 de la Charte canadienne des droits et libertés

¹⁸³ CEDH *Engel et autres c. Pays-Bas*, 8 juin 1976, § 81, série A n° 22.

¹⁸⁴ CEDH, *OPRIŞ c. ROUMANIE* du 23 juin 2015 requête 15251/07

¹⁸⁵ CEDH *Volkov et Adamskiy c. Russie* du 26 mars 2015 requêtes n° 7614/09 et 30863/10

contenant le principe de justice fondamentale. L'affaire Hebert¹⁸⁶ en est l'arrêt phare. Celui-ci traite d'un homme placé en garde à vue, qui après s'être entretenu avec son avocat avait décidé de ne pas répondre aux questions posées par les officiers de police. Il a été placé en cellule avec un agent de police banalisé qui prétendait être lui-même détenu par la police. Dans le cours de leur discussion, Monsieur Hebert a tenu des propos auto-incriminants qui l'impliquaient dans le vol qui lui était reproché. Après avoir formé un pourvoi en cassation, la Cour rappelle que « *L'article 7 de la Charte confère à une personne détenue le droit de garder le silence avant le procès et la portée de ce droit s'étend au-delà de la formulation étroite de la règle des confessions. Les règles applicables au droit de garder le silence, adoptées dans notre système juridique, comme la règle des confessions en common law et le privilège de ne pas s'incriminer, indiquent que la portée du droit pendant la détention avant le procès doit être fondée sur la notion fondamentale du droit du suspect de choisir de parler aux autorités ou de garder le silence. Cette notion, qui s'accompagne d'un souci correspondant de préserver l'intégrité du processus judiciaire et la considération dont il jouit, est compatible avec le droit à l'assistance d'un avocat et avec le droit de ne pas s'incriminer reconnus par la charte* »¹⁸⁷. La Cour considère que le droit de garder le silence est fondamental, et ce, lors de toutes les phases de la procédure. En l'espèce, il ne fait aucun doute que si le mis en cause avait su que son codétenu était en réalité un officier de police judiciaire, il n'aurait jamais livré quelconques déclarations puisqu'il avait fait le choix, lors de ses auditions, de garder le silence.

164- Partant, la Cour européenne des droits de l'homme a fait une juste application du respect du droit de ne pas s'auto-incriminer en constatant la ruse qui avait été employée par les officiers de police judiciaire. C'est ce type de comportements abusifs que la Cour souhaite maîtriser et c'est en sanctionnant ces méthodes qu'elle va contribuer à garantir pleinement les droits de la défense. La Cour européenne des droits de l'homme rappelle ici que le droit de garder le silence est un droit qui ne s'applique pas qu'aux seuls interrogatoires. Ce droit doit, au contraire, être applicable pendant toute la durée de la procédure. Les officiers de police judiciaire ou toute autorité coercitive doivent prendre conscience de l'importance de garantir ces droits tout au long de la procédure pénale. En l'espèce, la Cour relève ce caractère malveillant des forces de l'ordre ayant pour but de passer par des manœuvres frauduleuses, n'ayant pu obtenir ce qu'ils souhaitaient dans un cadre légal. En effet, ils étaient pleinement

¹⁸⁶ R. c. Hebert, 21 juin 1990, 2 R.C.S. 151

¹⁸⁷ Ibid.

conscients que lors des interrogatoires, le mis en cause avait souhaité garder le silence et plutôt que de respecter ce droit, ils ont mis en place un stratagème dans le but de contourner la procédure, la Cour ne peut donc que sanctionner ces actes.

165- Il faut bien comprendre ici à nouveau l'importance de la consécration expresse et textuelle du droit de ne pas s'auto-incriminer. Cette absence de base légale peut parfois laisser peser un sentiment de déconsidération d'un droit pouvant laisser place à des abus. En effet, même si la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et la jurisprudence étrangère, a permis de délimiter les contours du droit de ne pas s'auto-incriminer pour permettre une meilleure protection des droits de la défense, cela ne demeure pas suffisant. En droit positif, cette absence de consécration se fait davantage ressentir tellement le droit de ne pas s'auto-incriminer demeure inconnue de la procédure pénale. Une fébrilité apparaît ainsi vis à vis des justiciables qui ne peuvent demeurer protégés de la meilleure façon possible.

Paragraphe 2. Une définition oubliée par le droit français

166- En dépit de l'absence du droit de ne pas s'auto-incriminer au sein de la procédure pénale française, il sera observé que seul son corollaire, le droit de garder le silence, est présent malgré une application tumultueuse de ce droit depuis le début de sa création¹⁸⁸. Pour autant, aucun lien n'est relevé avec l'auto-incrimination. Si la jurisprudence tente de pallier cette difficulté, la consécration de ce droit demeure lente (A.), cette problématique ne peut être que comprise du fait qu'elle se heurte régulièrement à l'absence de texte se référant à la notion (B.)

A. Une consécration jurisprudentielle lente

167- En France, si la jurisprudence de la Chambre criminelle de la Cour de cassation a longtemps été riche en matière de droit de garder le silence en garde à vue, elle n'affirmera que tardivement le droit de ne pas s'auto-incriminer.

¹⁸⁸ Loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 op.cit ; Loi n° 2003-495 du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure ; CEDH, 14 octobre 2010, Brusco c/ France préc. ; MAURO C., « *Réflexions sur la garde à vue : à propos de l'arrêt Brusco c/ France de la Cour européenne des droits de l'homme du 14 octobre 2010* », Dr. pén. Décembre 2010, p. 6-9.

168- En effet, la France, depuis l'avènement de la loi du 14 avril 2011¹⁸⁹ relative à la garde à vue, est de plus en plus bienveillante à l'égard du droit de garder le silence comme peut en témoigner l'arrêt de la Chambre criminelle du 5 mars 2013¹⁹⁰. Monsieur X., conduit à la maison d'arrêt après avoir été mis en examen par un Juge d'Instruction, avait, aux termes d'un procès-verbal dressé par ceux-ci et visant la délégation du magistrat instructeur, reconnu auprès d'eux sa participation aux infractions. Le 14 mai 2012, il a déposé une requête en annulation de ce procès-verbal et de tous les actes subséquents, aux motifs que les officiers de police judiciaire avaient procédé à son audition, postérieurement à sa mise en examen, et hors la présence de son avocat, en violation des articles 114 et 152, alinéa 2, du Code de procédure pénale. En l'espèce, la Cour de cassation a retenu que *« le recueil, dans ces conditions, des propos par lesquels le mis en examen s'incriminait lui-même, avait pour effet d'é luder les droits de la défense et que les officiers de police judiciaire auraient dû se borner, constatant la volonté du mis en examen de s'exprimer plus amplement sur les faits, à en faire rapport au juge d'instruction, seul habilité à procéder à un interrogatoire dans les formes légales, la chambre de l'instruction a méconnu les textes et principe susvisés »*.

169- Cet arrêt apporte de nombreux enseignements quant à l'appréhension du droit de ne pas s'auto-incriminer. Tout d'abord la Cour insiste sur le caractère procédural et sur le cadre légal au cours duquel ces propos ont été recueillis et rappelle ainsi que le mis en examen avait fait l'objet d'un interrogatoire de première comparution ; que dans ce cadre, il avait eu la possibilité de s'exprimer ; que passer le stade de la mise en examen, seul le juge d'instruction pouvait procéder à son audition, qu'ainsi les officiers de police judiciaire ne pouvaient procéder à son audition sans lui en référer. La Cour n'a pas d'autres choix que de retenir ce type « d'interrogatoire » comme éludant les droits de la défense. En effet, accepter un tel procédé reviendrait à bafouer l'ensemble des règles régissant la procédure pénale et la sacralisation qui réside autour de l'interrogatoire de première comparution et du rôle du juge d'instruction que les officiers de police ont tenté de « spoiler ». Mais surtout, cela reviendrait à bafouer le droit à l'assistance de l'avocat lors de tout interrogatoire de la personne mise en cause. On ne peut pas savoir dans quelles conditions le mis en examen a été entendu, s'il a subi des violences ou fait l'objet de chantage pour livrer des aveux. Si la personne mise en cause n'a pas reconnu les faits reprochés devant le juge d'instruction, il est curieux que, subitement, après son interrogatoire de première comparution, il se livre à des confidences

¹⁸⁹ Loi n° 2011-392 du 14 avril 2011 relative à la garde à vue, JORF n°0089 du 15 avril 2011, page 6610

¹⁹⁰ Cass. crim. 5 mars 2013. pourvoi n°12-87087.

aux forces de l'ordre. Aucun cadre légal ne peut, dans tous les cas, valider les propos du mis en examen. Monsieur ne fait pas l'objet d'une garde à vue et ses droits ne peuvent donc lui être notifiés. Monsieur n'est pas présenté non plus devant un juge d'instruction en vue de son interrogatoire de sorte à ce que le déroulement de la procédure ne peut pas non plus lui être décrit. Monsieur ne peut bénéficier d'un avocat puisqu'aucune disposition procédurale n'encadre ce type « d'entretiens ». Ainsi, valider de telle méthode d'interrogatoire reviendrait à bafouer l'ensemble des droits de la défense et principalement le droit de ne pas s'auto-incriminer dès lors que le mis en cause ne peut se voir notifier son droit de garder le silence et son droit de bénéficier d'un avocat. Il s'agit ici encore de manœuvres frauduleuses employées par les forces de l'ordre ne craignant pas de mettre à mal l'application de la procédure pénale pour obtenir des aveux. En tout état de cause, même si la chambre criminelle de la Cour de cassation a effectivement rejeté ces déclarations, il n'en demeure pas moins que cela va avoir un impact sur la suite de la procédure. Un sentiment de culpabilité risque de naître aux yeux du juge qui va se demander si est ce que oui ou non ses propos ont été tenus sous la contrainte, ou est ce qu'il a livré des déclarations en parfaite connaissance de cause. Si le mis en examen refuse par la suite de confirmer les propos tenus devant les officiers de police judiciaire, est ce que cet évènement ne va lui porter préjudice ? Malheureusement rien ne permettra de maîtriser cet état de fait.

170- En conséquence, il peut être relevé que cet arrêt prône une réelle garantie du droit de ne pas s'auto-incriminer en assimilant les propos tenus par le mis en examen, entendu en dehors d'un cadre légal, comme des « *propos par lequel le mis en examen s'incriminait lui-même* ». Un « bémol » subsiste quant au rappel du principe qui demeure inconnu. En effet, la Cour de cassation se contente d'indiquer que le mis en cause a tenu des propos incriminants mais elle ne rappelle pas pour autant le principe en tant que tel, l'arrêt ne fait que se cacher derrière le droit de garder le silence, comme à son habitude.

171- Néanmoins, il semble qu'une évolution dans le sens d'une plus grande reconnaissance du droit de ne pas s'auto-incriminer soit effectuée avec l'arrêt de la Cour de cassation du 8 janvier 2014¹⁹¹ qui rend son arrêt au visa de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme comme susvisé : « *Vu l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et l'article préliminaire du Code de procédure pénale, ensemble le principe de loyauté des preuves,*

¹⁹¹ Cass. crim. 8 janvier 2014 pourvoi n° 13-85246.

172- *Mais attendu qu'en statuant ainsi, alors que la conjugaison des mesures de garde à vue, du placement de MM. Y... et X... dans des cellules contiguës et de la sonorisation des locaux participait d'un stratagème constituant un procédé déloyal de recherche des preuves, lequel a amené M. X... à s'incriminer lui-même au cours de sa garde à vue, la chambre de l'instruction a méconnu les textes susvisés et le principe ci-dessus énoncé* ». Pour autant, c'est bien au visa de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme qu'elle rend son arrêt et non au visa d'un texte de droit positif. Même si le terme « incriminer » apparaît dans le fil de l'arrêt c'est à nouveau grâce à l'évolution jurisprudentielle européenne que peut être consacré le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination.

173- Dans l'évolution de la jurisprudence consacrant davantage le droit de ne pas s'auto-incriminer, il faut évoquer l'arrêt de l'assemblée plénière de la Cour de Cassation du 6 mars 2015¹⁹² qui citera textuellement le principe d'auto-incrimination : « *Vu l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ainsi que les articles préliminaire et 63-1 du code de procédure pénale, ensemble le principe de loyauté des preuves et le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination ;*

174- *Attendu qu'en statuant ainsi, alors qu'au cours d'une mesure de garde à vue, le placement, durant les périodes de repos séparant les auditions, de deux personnes retenues dans des cellules contiguës préalablement sonorisées, de manière à susciter des échanges verbaux qui seraient enregistrés à leur insu pour être utilisés comme preuve, constitue un procédé déloyal d'enquête mettant en échec le droit de se taire et celui de ne pas s'incriminer soi-même et portant atteinte au droit à un procès équitable, la chambre de l'instruction a violé les textes et principes susvisés* ».

175- Il s'agit ici d'un réel apport en matière de construction du droit de ne pas s'auto-incriminer. En effet, l'assemblée plénière de la Cour de cassation assimile l'article 63-1 du Code de procédure pénale, qui reprend l'ensemble des droits devant être énoncés au gardé à vue préalablement à ses interrogatoires, à l'article 6-1 de la Convention européenne des droits de l'homme qui est censé garantir le respect des droits de la défense et, de manière assez « invisible », le droit de ne pas s'auto-incriminer. Cela signifie que le droit positif associe l'article 63-1 du Code de procédure pénale comme l'article de référence au droit de ne pas s'auto-incriminer. A défaut de pouvoir se référer à un texte légal dédié spécialement au droit de ne pas s'auto-incriminer, l'assemblée plénière se contente de le faire au visa de l'article

¹⁹² Cour de cassation, assemblée plénière du 6 mars 2015 pourvoi n° 14-84339.

relatif aux modalités du régime de la garde à vue. Il faut cependant constater l'aspect positif de cette référence, puisque l'assemblée plénière fait l'effort de trouver un texte en droit positif pour le relier au droit de ne pas s'auto-incriminer. Elle fait en sorte que le droit positif ait un repère législatif en la matière. Cependant, le constat négatif demeure dans le fait que nul ne veut créer un texte de référence pour un domaine de la procédure pénale si important. L'assemblée plénière se contente de viser un texte en l'absence de lien concret entre les droits relatifs à la garde à vue et le droit de ne pas s'auto-incriminer. Il ne faut pas tomber dans quelque chose de trop général et c'est ce que fait l'assemblée plénière en l'espèce. L'article 63-1 du Code de procédure pénale devient le « fourretout » qu'est l'article 6 paragraphe 1 de la Convention européenne des droits de l'homme. Or, le droit de ne pas s'auto-incriminer ne peut pas seulement se limiter à une référence au droit de garder le silence en garde à vue ou au droit d'être assisté par un avocat. Quid du droit de ne pas être contraint de fournir des documents susceptibles d'être auto-incriminants ? Aucune disposition du code de procédure pénale ne s'y réfère et il ne peut être fait de lien cette fois-ci avec l'article 63-1 du Code de procédure pénale. Il est vrai que la jurisprudence tente de pallier cette absence textuelle et cet effort doit être félicité, mais une consécration expresse reste attendue.

B. L'absence de texte

- 176- Si le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination semble parfaitement reconnu par la Cour européenne des droits de l'homme aujourd'hui, elle ne l'évoque pas pour autant expressément.
- 177- La question est de savoir si cette absence de consécration dévalorise le droit de ne pas s'auto-incrimination et en conséquence, les droits de la défense ? Il semble qu'en droit européen ce ne soit pas le cas dès lors que si un événement contraint une personne, quel que soit son statut, à contribuer à sa propre incrimination, l'article 6 paragraphe 1 de la Convention européenne des droits de l'homme sera systématiquement évoqué pour prôner la défense du droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination. Cependant il est certain qu'il serait plus légitime et plus protecteur de modifier l'article 6 en incluant au sein même de celui-ci « *le droit pour tout accusé de bénéficier de son droit de ne pas s'auto-incriminer comprenant le droit de ne pas être contraint de fournir des documents auto-incriminants, ni de faire des déclarations susceptibles de contribuer à sa propre incrimination* ».
- 178- En effet, l'article 6 se décompose aujourd'hui comme suit : « 1. Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un

tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle. Le jugement doit être rendu publiquement, mais l'accès de la salle d'audience peut être interdit à la presse et au public pendant la totalité ou une partie du procès dans l'intérêt de la moralité, de l'ordre public ou de la sécurité nationale dans une société démocratique, 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.

2. Toute personne accusée d'une infraction est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie.

3. Tout accusé a droit notamment à :

a) être informé, dans le plus court délai, dans une langue qu'il comprend et d'une manière détaillée, de la nature et de la cause de l'accusation portée contre lui ;

b) disposer du temps et des facilités nécessaires à la préparation de sa défense ;

c) se défendre lui-même ou avoir l'assistance d'un défenseur de son choix et, s'il n'a pas les moyens de rémunérer un défenseur, pouvoir être assisté gratuitement par un avocat d'office, lorsque les intérêts de la justice l'exigent ;

d) interroger ou faire interroger les témoins à charge et obtenir la convocation et l'interrogation des témoins à décharge dans les mêmes conditions que les témoins à charge ;

e) se faire assister gratuitement d'un interprète, s'il ne comprend pas ou ne parle pas la langue employée à l'audience ».

179- Plusieurs possibilités pourraient être évoquées pour ajouter le droit de ne pas s'auto-incriminer à cet article. De nombreuses options peuvent être envisagées pour intégrer ce droit au sein de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme au vu de la longueur du texte et la présence de trois paragraphes. Il semble que ce droit puisse être inséré soit dans l'ensemble des trois paragraphes de l'article 6 de ladite Convention. En ce qui concerne l'introduction du droit de ne pas s'auto-incriminer au sein du paragraphe 1, cela apparaît opportun car il s'agit d'un paragraphe évoquant l'ensemble des droits relatifs au procès équitable. Le droit de ne pas s'auto-incriminer étant un droit tendant à la valorisation des droits de la défense, il y trouverait sa place. Le paragraphe 1 pourrait ainsi être modifié comme suit : « *1. Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil,*

*soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle. **Le tribunal doit veiller à ce que le droit de la personne de ne pas s'auto-incriminer ait été respecté tout au long de la procédure pénale. (...)*** ». Cette place apparaît opportune car ce paragraphe évoque les droits de la personne dans le cadre du procès pénal de manière générale. Il est envisagé que la personne mise en cause soit entendue, publiquement et dans un délai raisonnable. Le paragraphe vise donc le cas de la personne entendue, donc de manière indirecte, si la personne elle-même est protégée, ses propos doivent l'être aussi. Il est donc nécessaire que ce paragraphe envisage la protection de la personne mise en face à l'auto-incrimination.

180- Toutefois, il pourrait être envisagé d'insérer le droit de ne pas s'auto-incriminer au sein de l'article 6 § 2 ou 3 de la Convention européenne des droits de l'homme.

181- En effet, lorsque l'article 6 paragraphe 2 et 3 sont observés, il peut être constaté qu'ils rappellent tous les deux des principes fondamentaux qui viennent protéger le droit de ne pas s'auto-incriminer. Ainsi, le paragraphe 2 pourrait être formulé ainsi : « 2. *Toute personne accusée d'une infraction est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie et **ce, au regard de son droit de ne pas s'auto-incriminer*** ». Il serait cependant curieux d'évoquer le droit de ne pas s'auto-incriminer au sein du paragraphe 2 dès lors que si la personne décide de s'auto-incriminer, c'est bien pour reconnaître une culpabilité et ainsi, ne plus invoquer le principe de la présomption d'innocence. Cela n'a donc pas lieu d'être. Là où en revanche cela pourrait avoir une utilité, serait le cas de la personne qui s'est auto-incriminée mais qui souhaiterait revenir sur ses aveux. Pour ne pas que cela lui porte préjudice, il doit être rappelé que jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie il bénéficie de sa présomption d'innocence. Cela permettrait de rappeler que les simples aveux d'une personne ne fondent pas matériellement la qualification d'une infraction.

182- Concernant l'article 6 paragraphe 3, une brèche est ouverte à ce jour. En effet, ce paragraphe rappelle l'ensemble des droits dont doit bénéficier l'accusé. Il serait simple d'y ajouter un « f) » : « Tout accusé à droit notamment à : « f) *bénéficiaire de son droit de ne pas s'auto-incriminer soit le droit de ne pas être contraint de fournir des documents auto-incriminants, ni de faire des déclarations susceptibles de contribuer à sa propre incrimination* ».

En définitive, il n'apparaît pas si complexe que cela et encore moins inutile de rajouter ce droit de ne pas s'auto-incriminer au sein de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme.

183- En droit positif, un problème réel se pose. La reconnaissance du droit de ne pas s'auto-incriminer n'est assimilable à aucun texte. La faible jurisprudence qui ose mentionner ce droit se contente de le faire au visa de l'article 63-1 du Code de procédure pénale, l'article

encadrant de manière générale la mesure de garde à vue : « *La personne placée en garde à vue est immédiatement informée par un officier de police judiciaire ou, sous le contrôle de celui-ci, par un agent de police judiciaire, dans une langue qu'elle comprend, le cas échéant au moyen du formulaire prévu au treizième alinéa : (...) 3° Du fait qu'elle bénéficie : (...) - du droit, lors des auditions, après avoir décliné son identité, de faire des déclarations, de répondre aux questions qui lui sont posées ou de se taire* ». Ce rapprochement ne peut être considéré comme suffisant dès lors qu'il ne peut être fait un rapprochement si « superficiel » avec ce droit. L'auto-incrimination apparaît, de manière erronée, par les profanes, comme le droit de garder le silence en garde à vue, le droit de ne pas avouer un crime, de ne pas s'avouer coupable d'une infraction. Cette difficulté est due à l'absence de consécration de la notion. Certes il a été vu que l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme y faisait référence, pour autant, il ne l'évoque pas expressément. Aujourd'hui le droit français et principalement la procédure pénale se contente de suivre les pas de l'Europe¹⁹³, or, la problématique c'est justement que l'Europe ne consacre pas suffisamment le droit de ne pas s'auto-incriminer. Ainsi, le droit positif se refuse d'évoluer en ce sens. Ainsi, l'ensemble des manuels de droit de la procédure pénale ne traite pas du droit de ne pas s'auto-incriminer¹⁹⁴ ou bien ils assimilent le droit de ne pas s'auto-incriminer au droit de garder le silence : « *Droit de ne pas s'auto-incriminer en droit interne : le droit de se taire. La loi du 15 juin 2000 avait organisé ce droit au silence de la personne impliquée (CPP, art. 63-1 ancien). Mais trouvant sans doute la formule issue de cette loi trop abrupte (« ... (la personne) a le droit de ne pas répondre aux questions qui lui seront posées par les enquêteurs* », la loi du 4 mars 2002 avait prévu que la personne gardée à vue serait informée qu'elle a « *le choix de faire des déclarations, de répondre aux questions qui lui sont posées ou de se taire* ». Le droit au silence demeure donc consacré, dans une expression plus souple qui rappelait d'abord la faculté de parler avant d'évoquer le droit au silence (CPP, art. 63-1 ancien). Estimant cette dernière formule encore trop rigoureuse, la loi du 18 mars 2003 avait cru pouvoir abroger toute obligation de notifier à la personne placée en garde à vue son droit de se taire (CPP, art. 63-1). Il n'en demeurait pas moins que même s'il n'avait pas à être notifié, ce droit était

¹⁹³ CEDH, 13 octobre 2009, Dayanan c/ Turquie, § 32, n° 7377/03, § 32 ; HENNION-JACQUET P., « *La consécration légale du statut du suspect libre* », Gazette du Palais - n°210 - page 9 - Date de parution : 29/07/2014 - Id : GPL188j1 - Réf : Gaz. Pal. 29 juill. 2014, n° 188j1, p. 9 ; DUPIC E., « *Chroniques de l'accès intégral au dossier pénal* », Gazette du Palais - n°137 - page 11 - Date de parution : 17/05/2014 - Id : GPL178y8 - Gaz. Pal. 17 mai 2014, n° 178y8, p. 1

¹⁹⁴ Absence de la notion au sein de l'index alphabétique : DESPORTES F, LAZERGES-COUSQUER L, « *Traité de procédure pénale* », op.cit., p. 413

*applicable, prévu une norme de droit interne et conventionnel. Ce sont les exigences de la Cour européenne et du Conseil constitutionnel qui ont astreint la loi du 14 avril 2010 à rétablir le droit de se taire, selon une expression proche de celle de la loi du 4 mars 2002. La cour de cassation a enregistré ces exigences. »*¹⁹⁵

- 184- Il ne peut pas être fait de comparaison entre le droit de ne pas s’auto-incriminer et le simple droit de garder le silence en garde à vue, cela ne représente qu’une partie infime de la notion comme il a pu l’être démontré en amont de cette étude. Quid des nombreuses caractéristiques de ce droit non considérées ? Quid du droit de ne pas être contraint de fournir des documents auto-incriminants ? Sur quel fondement juridique le justiciable pourrait-il être sauvegardé puisqu’aucun texte en droit positif ne le protège de cette coercition ? Ce vide juridique démontre la nécessité de créer un texte de loi relatif au droit de ne pas s’auto-incriminer ou à minima, que la notion soit reprise dans un article phare du Code de procédure pénale.
- 185- Pourquoi ne pas envisager d’insérer le principe du droit de ne pas s’auto-incriminer dans l’article préliminaire du Code de procédure pénale ? En effet, cet article, créé par la loi du 15 juin 2000¹⁹⁶ a inséré dans le Code de procédure pénale un article qui présente les principes fondamentaux de la procédure pénale française. Cette insertion est à saluer dès lors qu’il apparaît indispensable à l’interprétation d’un code de présenter des dispositions introductives, l’insertion du droit de ne pas s’auto-incriminer pourrait ainsi être envisagée.
- 186- L’avènement de l’article préliminaire a été lourdement influencé par les exigences européennes si bien que l’article a connu de nombreuses évolutions suite aux exigences de la Cour européenne des droits de l’homme. En ce sens, la comparaison entre cet article et l’article 6 de la Convention européenne des droits de l’homme est intéressante.
- 187- A titre d’illustration, il peut être observé que l’article 6 de la Convention européenne des droits de l’homme dispose :
- « 1. Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial (...)
2. Toute personne accusée d’une infraction est présumée innocente jusqu’à ce que sa culpabilité ait été légalement établie.

¹⁹⁵ GUINCHARD S. et BUISSON J., « *Manuel, Procédure pénale* », éd. LEXISNEXIS, 11e édition, 2018, p. 518

¹⁹⁶ Loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d’innocence et les droits des victimes. Publiée au JORF n° 0138 du 16 juin 2000 page 9038 texte n° 1

3. *Tout accusé a droit notamment à :*

a) *être informé, dans le plus court délai, dans une langue qu'il comprend et d'une manière détaillée, de la nature et de la cause de l'accusation portée contre lui ;*

b) *disposer du temps et des facilités nécessaires à la préparation de sa défense ;*

c) *se défendre lui-même ou avoir l'assistance d'un défenseur de son choix et, s'il n'a pas les moyens de rémunérer un défenseur, pouvoir être assisté gratuitement par un avocat d'office, lorsque les intérêts de la justice l'exigent ;*

d) *interroger ou faire interroger les témoins à charge et obtenir la convocation et l'interrogation des témoins à décharge dans les mêmes conditions que les témoins à charge ;*

e) *se faire assister gratuitement d'un interprète, s'il ne comprend pas ou ne parle pas la langue employée à l'audience. »*

188- L'article préliminaire du Code de procédure pénale dans sa création par la loi du 15 juin 2000¹⁹⁷ reprend quant à lui, sous une forme quasi-identique les mêmes principes :

« 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.

Les mesures de contraintes dont cette personne 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.

¹⁹⁷ Ibid.

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

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

- 189- Par la suite, cet article n'a eu de cesse d'évoluer¹⁹⁸ sur la même base que l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme. En effet, à titre d'exemple, la loi du 14 avril 2011¹⁹⁹, relative à la garde à vue, créée suite à la condamnation de la France par la Cour européenne des droits de l'homme, a créé un nouvel alinéa apportant de nouvelles garanties à la personne suspectée ou poursuivie : « *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* ».
- 190- Il serait ainsi opportun d'ajouter une disposition afin d'expliquer pourquoi la personne doit être protégée face aux déclarations qu'elle pourrait tenir sans l'assistance d'un avocat. A la fin de cet alinéa devrait être ajouté « *en vertu du droit de ne pas s'auto-incriminer* ». Même si certes, la problématique évoquée précédemment selon laquelle le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination n'englobe pas que les déclarations auto-incriminantes, il serait déjà noté un premier pas vers la protection des droits de la défense de la personne mise en cause ou suspectée.
- 191- Cette insertion dans le Code de procédure pénale doit attirer l'attention vis-à-vis du droit de ne pas s'auto-incriminer. La circulaire du 20 décembre 2000, présentant les dispositions de la loi du 15 juin 2000²⁰⁰, énonce que « *les juges sont appelés à tenir compte des dispositions contenues dans l'article préliminaire* ». Cela démontre que cet article a des conséquences juridiques et pourrait servir de référence aux juges pour appliquer le droit de ne pas s'auto-incriminer²⁰¹.
- 192- Il est certain que la procédure pénale française tend vers cette direction. Cela se démontre également par l'apport de la loi du 5 août 2013²⁰² qui, elle aussi, vient créer un nouvel alinéa à

¹⁹⁸ Loi n°2000-516 du 15 juin 2000, op.cit ; Loi n°2013-711 du 5 août 2013 op.cit ; Loi n°2011-392 du 14 avril 2011, op.cit

¹⁹⁹ Loi n°2011-392 du 14 avril 2011, op.cit

²⁰⁰ Loi n° 2000-516 du 15 juin 2000, op.cit

²⁰¹ HERZOG-EVANS M., « *Textes applicables et autres sources du droit de l'exécution des peines* », Chapitre 1., DALLOZ, 2016

²⁰² Loi n°2013-711 du 5 août 2013, op.cit

l'article préliminaire en se calquant sur la protection prononcée par l'article 6 de la Convention EDH en énonçant : « *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* »

- 193- Il ne fait donc nul doute que cette protection permanente de l'individu qui serait susceptible de s'auto-incriminer est de plus en plus prise en compte par la procédure pénale française mais reste encore lacunaire. L'insertion du droit de ne pas s'auto-incriminer en droit positif paraît indispensable.
- 194- Si cependant le législateur ne juge pas utile d'insérer le droit de ne pas s'auto-incriminer au sein de l'article préliminaire du Code de procédure pénale malgré le développement précédent, il serait envisageable de modifier l'article 63-1 du Code de procédure pénale en prenant exemple sur le Code de procédure pénale Espagnol. En effet, il a été dit précédemment que le droit de garder le silence lors d'interrogatoires était indépendant du droit de ne pas s'auto-incriminer, c'est pourquoi le droit pénal espagnol distingue les deux notions et ne manque pas de citer les deux pour protéger au mieux la personne interrogée. L'article 63-1 du Code de procédure pénale pourrait ainsi être rédigé comme suit :
- 195- « *La personne placée en garde à vue est immédiatement informée par un officier de police judiciaire ou, sous le contrôle de celui-ci, par un agent de police judiciaire, dans une langue qu'elle comprend, le cas échéant au moyen du formulaire prévu au treizième alinéa : (...)*
3° Du fait qu'elle bénéficie : (...)
*-du droit, lors des auditions, après avoir décliné son identité, de faire des déclarations, de répondre aux questions qui lui sont posées ou de se taire **et de ne pas contribuer à sa propre incrimination*** ».
- 196- Si les arrêts relatifs au droit de ne pas s'auto-incriminer se contentent de citer ce droit au visa de l'article 63-1 du Code de procédure pénale, il apparaît logique et judicieux que le droit de ne pas s'auto-incriminer y soit inséré textuellement pour une parfaite consécration.

CONCLUSION CHAPITRE 1.

- 197- La définition donnée à l'auto-incrimination ci-avant développée permet de comprendre qu'il s'agit d'un droit propre à l'homme. Il a la possibilité de s'auto-incriminer volontairement, en connaissance de cause, en fournissant les éléments matériels caractérisant une infraction qui lui est reprochée, comme il peut arguer de son droit de ne pas s'auto-incriminer et se protéger en gardant le silence ou en ne fournissant aucun document susceptible d'être auto-incriminant. Il s'agit donc d'une action volontaire qui ne doit être contrainte.
- 198- Cette définition a pu être encadrée grâce à l'évolution de la jurisprudence. En effet, si une consécration textuelle est présente dans certains pays étrangers, en Europe, elle ne reste que principalement jurisprudentielle. C'est seulement au travers de cette jurisprudence que le droit de ne pas s'auto incriminer acquiert une importance réelle toujours plus importante. Cependant, cette consécration, n'étant que jurisprudentielle, ne peut être que fébrile. En l'absence de reconnaissance textuelle, il ne peut pas être assuré aux justiciables une garantie certaine des droits de la défense. Il est essentiel que le droit de ne pas s'auto-incriminer dispose d'une consécration textuelle au sein même de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme qui est sa référence première.
- 199- Cette reconnaissance permettrait au droit de ne pas s'auto-incriminer d'acquérir la notion de droit autonome. En effet, à l'heure actuelle, la plupart des systèmes juridiques européens se contente de faire référence au droit de garder le silence en faisant abstraction du droit de ne pas s'auto-incriminer ou pire de mêler les deux notions. Or, ces deux droits sont différents et doivent être distingués. L'auto-incrimination ne se résume pas au simple droit de garder le silence. Une consécration textuelle expresse en droit européen et en droit positif permettrait de garantir aux personnes mises en cause et/ou suspectées une meilleure reconnaissance de leurs droits.
- 200- Cependant, pour que soit accordé à ce droit une consécration expresse en procédure pénale, il faut comprendre comment la notion est née et a évolué.

Chapitre 2. L'évolution historique de l'auto-incrimination

201- Si la notion d'auto-incrimination n'existait pas au Moyen-Âge, des exemples pouvant y être assimilés y sont pourtant apparus à cette époque et ce, notamment au travers des ordalies. En effet, ces épreuves au cours desquelles, il était décidé, en fonction de leur résultat, qui était coupable ou innocent pouvaient être assimilées à un mécanisme d'auto-incrimination dans le sens où c'est en fonction de l'état physique de la personne elle-même, en fonction de l'état dans lequel son corps allait réagir à certaines blessures, qu'allait être décidé sa culpabilité ou non. Le développement qui va suivre sur ce point permettra de constater qu'il ne s'agit pas d'auto-incrimination en tant que telle. Cependant il était opportun de traiter ce sujet car cela va permettre d'une part, de constater ce qu'est ou ce que n'est pas le droit de ne pas s'auto-incriminer et d'autre part, cela va permettre d'observer comment l'aveu a permis à l'auto-incrimination d'exister. Ce chapitre sera donc consacré à l'évolution historique de l'auto-incrimination afin que soit envisagé l'apparition réelle ou supposée du droit de ne pas s'auto-incriminer, au travers de ces épreuves (Section 1.) pour comprendre comment l'évolution de ces dernières a pu déboucher sur l'avènement de la notion d'auto-incrimination, cette fois ci au travers de la théorie des preuves légales (Section 2.)

Section 1. L'apparition erronée de l'auto-incrimination à travers le droit pénal ancien

202- Le mot est un emprunt savant au vieil anglais *ordāl*, *ordēl* (anglais moderne *ordeal*, en français *supplice*, *épreuve*) par l'intermédiaire de l'anglo-latin *ordālium*, latin médiéval *ordalium* « jugement de Dieu »¹. Il a la même racine germanique que l'allemand *Urteil* et le néerlandais *Oordeel* qui signifient *jugement*, *verdict*.²⁰³

203- Au Moyen-Âge, c'est au travers de ce jugement de Dieu qu'est rendue la justice. Cette forme de procès à caractère religieux qui consiste à soumettre un suspect à une épreuve, douloureuse voire mortelle, dont l'issue, théoriquement déterminée par une divinité, permet de conclure à la culpabilité ou à l'innocence dudit suspect a laissé place à une assimilation de la notion d'auto-incrimination, même si à l'époque, elle ne s'entend pas de cette façon. En effet, c'est

²⁰³ BARTHELEMY D., « *Dictionnaire du Moyen Âge* », s.dir. Claude Gauvard, A. de Libera et M. Zink, PUF, coll. « Quadrige », Paris, 2004 (2^e édition) (ISBN 2-13-054339-1) ; « *Diversité des ordalies médiévales* », *Revue historique*, 280 (1988), p. 3–25 ;

bien le corps de l'homme qui va déterminer sa culpabilité ou son innocence, c'est en fonction de la personne elle-même que va être décidé de son sort, il pourrait ainsi être vu une similitude avec l'auto-incrimination puisque c'est en l'état des réactions de son propre corps qu'il va être déterminé s'il est innocent ou coupable. La question qui se pose ici est donc de savoir d'où provient ou de qui provient le jugement de culpabilité pour considérer s'il y a auto-incrimination ou pas. En effet, l'auto-incrimination ne peut découler de la personne elle-même, il sera ainsi opportun de comprendre le fonctionnement des ordalies et d'analyser leur déroulement pour comprendre les similitudes avec l'auto incrimination actuelle (Paragraphe 1.) pour ensuite se pencher sur leur faiblesse et leur déclin (Paragraphe 2.)

Paragraphe 1. Le déroulement des ordalies

204- De prime abord, le déroulement des ordalies laisse place à des similitudes avec l'auto-incrimination qui pourraient laisser penser que la notion a vu le jour grâce à ces épreuves. En effet, ces épreuves tendent à obtenir de la part du patient la reconnaissance de leur propre culpabilité comme le ferait une personne qui reconnaîtrait des faits qui lui sont reprochés lors d'un interrogatoire sous la contrainte. Afin d'éclaircir tous doutes en ce sens, il est nécessaire de comprendre comment l'ensemble de ces épreuves se déroule. Il existe une grande variété d'ordalies mais toutes ne se déroulent pas dans un contexte judiciaire. Dans cette étude, seules les ordalies subies dans un contexte judiciaire seront évoquées. Dans un premier temps les ordalies unilatérales (1.) et dans un second temps, les ordalies bilatérales (2.).

205- Les ordalies sont une épreuve physique infligée au corps de l'accusé, destinées non pas à manifester la vérité de l'affaire en cause mais la pureté de celui qui a prononcé la formule de dénégation. Elles ont pour but de démontrer l'innocence ou la culpabilité²⁰⁴. Ainsi, si l'épreuve échoue, l'accusé se verra accuser de faux serment et sa culpabilité sera aussitôt démontrée. La sentence de condamnation combinera alors deux éléments, un élément réparateur et un élément répressif. Ce procédé est retrouvé dans toutes les coutumes ou législations primitives, aussi bien dans les droits cunéiformes et dans la Bible que chez les Hindous, les Grecs anciens, ou dans l'Afrique contemporaine. Elles sont appliquées pour

²⁰⁴ GAUDEMET J., « *Les ordalies au Moyen Âge : doctrine, législation et pratique canonique* », Recueil de la Société Jean-Bodin, XVII^e siècle av. J.-C. : la preuve 2, Bruxelles, 1965, p. 99–135 ; JOURDAN J., « *Ordalie, image et sermon après le concile de Latran IV* », dans Cahiers de recherches médiévales et humanistes, 2013, n° 25

toutes les catégories de crimes liées à la sexualité, les crimes crapuleux, les crimes perpétrés la nuit, et les crimes liés à la foi (personne accusée d'hérésie). Il existe deux sortes d'ordalies²⁰⁵. La première, l'ordalie unilatérale, concerne uniquement l'accusé. La deuxième, l'ordalie bilatérale, met en présence l'accusateur et l'accusé. Sa forme principale est le duel judiciaire. En occident, seront citées celles de la croix, du pain et du fromage, de l'eucharistie, connues à partir du IX^e siècle, mais les plus fréquentes se ramènent à trois, dont celle du chaudron, celle de la barre de feu brûlante et celle de l'eau froide. Leur procédure est très réglementée et passe par plusieurs étapes avant que l'accusé ne subisse la question.

A. Le déroulement des ordalies unilatérales

- 206- L'ordalie unilatérale est représenté par un rituel religieux représentant à la fois une épreuve judiciaire et en même temps une cérémonie religieuse chrétienne. La participation des prêtres était donc indispensable. Dieu était institué dans cette procédure, il était juge de la parole prononcée car si le patient mentait ce dernier ne pourrait qu'être contraint d'être puni par les dieux. Le patient pouvait être une des parties elle-même, le plaignant ou le défendeur qui défendait sa propre cause, ce qui était souvent le cas si ce n'était pas un noble. S'il s'agissait une partie noble laïque, cette partie avait son propre représentant, s'il s'agissait en revanche d'une partie ecclésiastique, car les moines pouvaient se défendre par l'ordalie, c'était un représentant des moines.
- 207- A titre d'exemple, l'ordalie du chaudron d'eau bouillante se développait comme suit²⁰⁶. Le patient était soustrait aux siens durant trois jours. Il était rasé, revêtu de vêtements de pénitent et aspergé d'eau bénite. Puis le patient était amené dans l'église pendant que l'eau était en train de chauffer. La messe était célébrée et le patient recevait la communion « au corps et au sang du christ ». Puis il prêtait serment selon la coutume. Ce qui voulait dire qu'en tant que patient il devenait celui par qui dieu manifestait son jugement. L'eau du chaudron était également bénite puis était évoqué le serment prononcé par le patient. Le patient plongeait alors la main et l'avant-bras dans le chaudron d'eau bouillante afin de retirer un anneau placé au fond. Sa main était ensuite entourée d'un bandage qui était scellé et ce bandage n'était défait et la main découverte, qu'au bout de trois jours. Le respect de la coutume tenait à ce

²⁰⁵ JACOB J., « *La parole des mains. Genèse de l'ordalie carolingienne de la croix* », Les Rites de la justice. Geste et rituels judiciaires au Moyen Âge, s.dir. C. Gauvard et R. Jacob, Le Léopard d'or, Paris, 2000.

²⁰⁶ LEMESLE B., « *conflit et justice au moyen-âge* », le nœud gordien, puf, Vendôme 2008.

que le patient ne présente sa main qu'après le respect des trois jours réglementaires. Les juges découvraient alors la main et la montraient au public, brûlée ou au contraire intacte. Cette étape était primordiale pour la partie victorieuse qui avait besoin d'une affirmation publique du résultat. Si sa main était découverte brûlée, cela faisait office d'aveu de culpabilité. Les juges considéraient qu'il avait lui-même, au travers de l'état de ses blessures, reconnu une culpabilité ou une innocence, une sorte d'auto-incrimination. Dès lors que ce jugement religieux reconnaissait le « patient » comme menteur, cela signifiait qu'il avait prêté un faux serment. « *La procédure étant alors exclusivement accusatoire, l'homme ou la femme inculpé porte le poids du délit qui lui est reproché et n'ont pas, à proprement parler, à faire l'aveu d'une culpabilité, mais bien plutôt à prendre Dieu à témoin pour qu'il produise le désaveu d'une accusation* »²⁰⁷.

208- Si ce spectacle, cette contrainte, soumise à l'homme, pouvait être assimilé à la notion d'auto-incrimination telle qu'elle est entendue aujourd'hui, il ne s'agit pas en réalité d'une auto-incrimination en tant que telle. Il faut rappeler que par principe, l'auto-incrimination est une action volontaire. Il n'y a, qu'à notre époque, et avec les moyens techniques et scientifiques qui peuvent être mis en place, qu'une auto-incrimination involontaire peut survenir. Dans le cas de l'ordalie du chaudron bouillant, il ne peut donc être question d'une auto-incrimination. Le patient n'a pas pour volonté de reconnaître une culpabilité volontairement. En effet, il faut rappeler que cette procédure a pour fonction de s'appliquer dès lors qu'il n'y a pas eu d'aveux au cours de l'enquête, donc pas d'auto-incrimination volontaire. Ainsi, si la personne se soumet à l'épreuve des ordalies c'est qu'elle ne reconnaît toujours pas sa culpabilité, il ne peut donc être question ici d'auto-incrimination volontaire. Si l'accusé avait voulu s'auto-incriminer, il lui aurait suffi d'avouer directement ses péchés, il n'y avait pas lieu de subir l'ordalie.

209- En outre, il faut ajouter le fait qu'une menace pèse sur lui. S'il ne se soumet pas à l'épreuve, il est automatiquement considéré comme coupable. Une pression est exercée sur lui qui lui empêche de pouvoir donner, ou non, son consentement. Il n'a pas le choix sauf à reconnaître sa culpabilité directement en ne participant pas à l'ordalie et dès lors s'auto-incriminer implicitement. L'exemple du chaudron bouillant ne peut donc être assimilé à la notion d'auto-incrimination.

²⁰⁷ BARTHELEMY D., « *Présence de l'aveu dans le déroulement des ordalies* », *L'aveu, Antiquité et Moyen-âge*, publications de l'école française de Rome, Saint Augustin, Cité de Dieu, 1. XIX (Bibl. nat. Paris, Fr. 22913) 195 p.

210- Dans le cas de la personne qui souhaite se soumettre volontairement à la question pour pouvoir démontrer son innocence, il ne peut s'agir non plus d'une auto-incrimination. Le patient qui veut se soumettre directement à l'ordalie pour prouver son innocence sera certes, toujours plus apprécié par ses juges que celui qui y est fébrile, il sera donc plus enclin à obtenir un résultat positif, mais cela n'a rien à voir avec le fait de s'auto-incriminer. L'auto-incrimination est le fait de reconnaître une culpabilité, de participer à la qualification d'une infraction qui est reprochée à soi-même. En l'espèce, le simple fait de vouloir participer à une ordalie ne peut être constitutif d'une auto-incrimination.

211- Il en sera de même pour l'ensemble des ordalies.

En effet, à l'inverse de l'ordalie de l'eau bouillante existe l'épreuve de l'eau froide. « *L'aqua frigida est illustrée par le « patient qui est plongé dans l'eau, les genoux et les bras liés à la poitrine, dans une pièce d'eau préalablement bénite : cet élément pur doit accueillir le patient en son sein s'il est lui-même pur ; s'il est impur, l'eau bénite doit le rejeter* ». Cette ordalie était celle qui avait la préférence de la hiérarchie ecclésiastique car elle apparaissait comme la moins cruelle de toutes. « *Quoique humiliante, immédiate quant au résultat, sinon incontestable* »²⁰⁸.

212- Il est d'ailleurs important de relever que cette épreuve est la plus christianisée des ordalies pour plusieurs points. En effet, elle était précédée d'une messe de jugement, ce qui caractérisait un symbole religieux puissant. « *Les rituels suggèrent une véritable dramatisation. Lorsque l'on veut envoyer des hommes à l'épreuve (probatio), il faut, dit une formule du Xe siècle de Saint Rémi de Reims, les mener à l'église où le prêtre chante la messe. Les mettant à part au moment de la communion, il les adjure de ne pas oser venir à l'hôtel s'ils sont coupables. Si tous se taisent, il leur donne l'Eucharistie en leur disant : « Corpus et sanguis Domini Nostri Jesus Christi sit vobis ad probationem hodie » - il affirmera en effet le cœur et la foi de l'innocent envers Dieu, comme le note l'évangile de Marc, 11, 22. L'épreuve se déroule dans un autre lieu, après la cérémonie. Une majorité de formules pour l'eau froide comporte cette allusion indirecte à une demande d'aveu au moment de la communion : si nullus hoc dixerit, ou si nullus confessus fuerit. C'est donc le sacrement de l'eucharistie plus que le jugement de Dieu qu'il importe de ne pas aborder sans*

²⁰⁸ BARTHELEMY D., « *Présence de l'aveu dans le déroulement des ordalies* », *L'aveu, Antiquité et Moyen-âge*, publications de l'école française de Rome, Saint Augustin, Cité de Dieu, 1. XIX (Bibl. nat. Paris, Fr. 22913) 196 p.

confession préalable : la norme est très générale »²⁰⁹. Le patient subit ainsi deux épreuves, une épreuve morale préalable et une épreuve physique.

- 213- Cette ordalie semble adopter le même raisonnement que la précédente, si le patient perd l'épreuve, il perd son procès, une culpabilité lui est alors imputée. Il en est de même concernant une éventuelle auto-incrimination. La notion doit être, à nouveau, écartée pour les mêmes raisons évoquées dans le cadre de l'ordalie de l'eau bouillante.
- 214- En revanche, ce qu'il est intéressant d'observer avec cette ordalie au regard de l'auto-incrimination c'est le leurre qu'elle représente. La seule raison pour laquelle l'ordalie ne pouvait pas être constitutive d'une auto-incrimination est que le patient était soumis à une culpabilité hors de contrôle. En effet, il sera observé que l'ordalie de l'eau froide était beaucoup plus favorable à la personne mise en cause, il était rare que le faux serment soit démontré à travers cette ordalie. Il était donc utile, lorsque les juges pensaient le patient sincère, de lui faire subir l'épreuve de l'eau froide plutôt que celle de l'eau bouillante. En effet, combien il y avait-il de chance qu'une brûlure enfermée pendant au moins trois jours dans un sac en cuir ne s'infecte pas ? Le patient était soumis à cette blessure qui avait plus de chance de s'infecter que l'inverse, ce dernier ne pouvait maîtriser l'évolution de la blessure. L'ordalie de l'eau bouillante ne laissait aucune chance au patient. Ainsi, lorsque les juges pensaient le patient coupable, ils choisissaient cette épreuve plutôt que celle de l'eau froide. Il n'y a aucune légitimité dans ces épreuves, puisque les juges choisissaient les modalités de l'épreuve. Dans le cadre de l'ordalie de l'eau bouillante, il arrivait que l'eau soit chauffée jusqu'à ébullition beaucoup plus fort que ne le veut la coutume. Tout dépend finalement de la température de l'eau du chaudron, si les juges pensent que celui qui va subir l'ordalie est innocent, ils ne la chauffent pas trop et s'ils pensent qu'il est coupable, ils montent la température. Ils influencent totalement le résultat. Les juges interprétaient les résultats en fonction de leur intime conviction préalable. Ils décidaient eux-mêmes s'ils voulaient qu'un des patients soit reconnu coupable ou non. La notion d'auto-incrimination se transforme alors en réelle incrimination. C'est un vrai jugement, sans possibilité préalable de pouvoir se défendre. L'épreuve des ordalies si elle pouvait être assimilée à la notion d'auto-incrimination n'en est, en réalité, pas une. « *Souvent, par des compositions intervenant avant ou pendant l'épreuve, les parties arrêtent les frais. Ceci arrive dans les causes civiles et aussi dans les causes criminelles non occultes (autre que le vol et l'empoisonnement). L'une des parties se reconnaît alors coupable, ou plus exactement se rétracte : ainsi plus d'un accusateur,*

²⁰⁹ Ibid.

*seipsum recognoscens, dit-il (dicens) ou même avoue-t-il (confessus est) avoir injustement imputé un délit à l'accusé ; la même situation peut être décrite par l'expression »se rendre comme coupable » (se culpabilem reddere). Il y a ici une sorte d'artifice de culpabilité, intervenant dans des procès où en somme, comme l'indique P. Legendre dans sa communication, le juge ne fait qu'interpréter les formes sous lesquelles les parties présentent leur débat ».*²¹⁰

- 215- Les juges, selon leur intime conviction préalable, décidaient eux-mêmes si le mis en cause devait subir l'épreuve de l'eau froide, de l'eau bouillante ou encore celle du fer rouge. Il n'y avait pas de tirage au sort ou même de choix religieux décidés par les divinités. Si un des juges voulait incriminer un des patients, il suffisait qu'il décide lui-même quelles épreuves il voulait lui faire subir, laissant le mis en cause découvrir lui-même sa culpabilité au moment même de son aveu. La seule personne qui juge si le patient a oui ou non commis un parjure est le jugeur. Ainsi, si le patient, est lui, persuadé de contribuer à sa propre incrimination en se soumettant à la torture, il s'agit en réalité d'une réelle incrimination. Il semble que la même logique soit adoptée pour l'ordalie bilatérale.

B. Le déroulement des ordalies bilatérales

- 216- La différence entre cette épreuve et la précédente est la mise en scène. Là où l'ordalie unilatérale met en présence une seule personne, l'accusé ou son champion, face au jureur, l'ordalie bilatérale oppose deux personnes, s'affrontant l'une contre l'autre. Le duel judiciaire apparaît selon certains auteurs comme « l'ordalie bilatérale par excellence »²¹¹. Ce combat, opposant l'accusateur et l'accusé, était gagné par celui qui tuait en premier son adversaire. La vérité sur les faits était alors découverte. Dans certains cas, le combat était arrêté avant si l'un d'entre eux avouait son crime et pour cause, s'auto-incriminait réellement. « *Le duel était tout à la fois une preuve, un jugement et une peine, car le vaincu était tué* »²¹².
- 217- Si le duel judiciaire était la « vedette » des ordalies bilatérales, il est opportun de la dématérialiser. En effet, il sera rapidement observé qu'il revêt une absence de rituel, contrairement aux ordalies unilatérales qui étaient, comme ci-dessus exposées, très procédurales. En outre, il sera noté une absence du caractère religieux, puisqu'en effet l'église est très peu représentée au regard de sa réticence permanente au duel judiciaire, elle ne l'a

²¹⁰ Ibid.

²¹¹ CARBASSE J-M., « *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle* », op.cit.

²¹² Ibid.

jamais cautionné. Si certains évoquent la présence de Dieu dans le rituel du duel judiciaire, en relatant que « *Dieu, croit-on ou ses anges, se tiennent aux côtés du juste qui doit nécessairement l'emporter* »²¹³, il apparaît qu'en réalité, son seul fondement religieux soit relatif au combat de David et Goliath²¹⁴, qui démontre bien que Dieu ne prête que très peu son concours à cette épreuve. En effet, contrairement aux ordalies unilatérales, la présence de Dieu caractérise tout le processus de l'épreuve, puisque le mis en cause commence par prêter serment à Dieu, certaines épreuves étant même précédées d'une messe de jugement. Il y a bien un caractère divinatoire qui entoure cette épreuve puisque seul Dieu décide ou non de la culpabilité du mis en cause. Or, le duel judiciaire n'est en réalité qu'un simple combat. La seule culpabilité de l'homme ne se fonde que sur son aveu ou sur sa mort. La partie qui gagnera le combat ne le gagnera que par sa force et son agilité, sans aucune intervention divine. Il ne peut donc y avoir de caractère auto-incriminant dans cette épreuve.

²¹⁸ L'auto-incrimination se définit aujourd'hui comme le fait de s'accuser soi-même, à tort, d'actes ou d'intentions répréhensibles. Cela incombe une action de s'imputer une faute, de se mettre en cause²¹⁵. Dans le cadre du duel judiciaire, la reconnaissance de la culpabilité se traduit par la perte du combat. Si l'accusé perd, il meurt, cela veut dire qu'il était coupable. Il est d'ailleurs mort car le Seigneur l'a puni pour ces péchés. Dans le cas où le combattant voudrait mettre fin au combat, il serait contraint de devoir avouer les faits qui lui sont reprochés. Une auto-incrimination peut alors être évoquée. En effet, soit le combattant est trop faible pour continuer le combat et perd l'épreuve, auquel cas, sa culpabilité sera démontrée et il ne pourrait être question ici d'auto-incrimination puisqu'il n'a pas lui-même participé à l'élaboration de sa propre incrimination, soit le combattant sait qu'il risque de mourir car il est trop faible pour pouvoir se battre et préfère avouer sa culpabilité en ne participant pas au

²¹³ Ibid.

²¹⁴ Le duel judiciaire, qualifié de jugement de Dieu, avait pour modèle un passage de la bible illustrant le combat de David et Goliath relatant un combat entre deux adversaires de forces inéquitables : livre de Samuel, chapitre 17, verset 33 : "David dit à Saül le roi : "Que personne ne se décourage à cause de ce Philistin. Ton serviteur ira se battre avec lui". Saül dit à David : "Tu ne peux pas aller te battre avec ce Philistin, car tu es un enfant et il est un homme de guerre dès sa jeunesse". David dit à Saül : "Ton serviteur faisait paître les brebis de son père, et quand un lion ou un ours venait en enlever une du troupeau, je courais après lui, je le frappais et j'arrachais la brebis de sa gueule ; s'il se dressait contre moi, je le saisisais par la gorge, et je le frappais, et je le tuais. C'est ainsi que ton serviteur a terrassé le lion et l'ours ; et il en sera du Philistin, de cet incirconcis comme de l'un deux, car il a insulté l'armée du Dieu vivant". David dit encore : "L'Eternel, qui m'a délivré de la griffe du lion et de la patte de l'ours, me délivrera aussi de la main de ce Philistin". Et Saül dit à David : "Va, et que l'Eternel soit avec toi".

²¹⁵ Dictionnaire Hachette, édition illustrée 2005, p. 121

combat ou en y mettant fin et reconnaître, à tort ou à raison, sa culpabilité, pour pouvoir échapper à la mort. Dans cette hypothèse, en revanche, il s'agira d'une auto-incrimination réelle. Il fait le choix de participer lui-même à son incrimination. Peu importe qu'il ait commis ou non l'infraction qui lui est reprochée, le simple fait d'avouer un crime est une auto-incrimination. *« Il n'est pas surprenant que les scénaris menant à l'aveu et les formes que prend celui-ci soit, dans leur diversité même, assez proches de ceux et de celles qui caractérisent les ordalies du feu. Tel faux accusateur confondu par la perte de sa main « injusticiam suimet devictus innotuit » ; tel combattant décidé à prendre la fuite « se canit esse reum », obtenant par là une atténuation de sentence, presque une composition. Une pression constante est exercée, avant et pendant l'affrontement armé, par les juges sur les parties, et par celles-ci l'une sur l'autre, afin qu'une déclaration du type de celles où nous avons décelé un simple artifice de culpabilité mette fin à l'escalade et ouvre la voie à une paix des braves »*²¹⁶.

219- Il est donc avéré, au travers du développement ci-dessus exposé que, si les ordalies peuvent laisser sous-entendre une assimilation à la notion d'auto-incrimination, il n'en est rien. En effet, elles ne peuvent être assimilables dans la mesure où il a été démontré que ce n'était pas en fonction de la réaction du propre corps de la personne mise en cause qu'il était déterminé s'il était coupable ou pas, mais c'est uniquement les seules manipulations des juges qui permettaient de déterminer la culpabilité ou l'innocence. Il ne s'agit pas ainsi d'une action volontaire, d'une action propre à l'homme mais d'une décision imposée. Or le principe même qui gouverne l'auto-incrimination est une action volontaire. L'homme qui s'auto-incrimine doit le faire volontairement, il doit, lui-même, contribuer à la détermination de sa culpabilité. Cela ne peut donc avoir de lien avec l'auto-incrimination puisque dès le départ, si un homme se retrouve à faire l'objet d'une ordalie c'est qu'il n'a pas été possible de déterminer qui était coupable ou innocent, la personne mise en cause n'a donc pas dès le début contribué à sa propre incrimination en s'avouant coupable. En conséquence, ces épreuves ne pouvaient être assimilées à une auto-incrimination. Ce n'est donc pas au travers des ordalies que l'auto-incrimination verra le jour.

²¹⁶ BARTHELEMY D., « *Présence de l'aveu dans le déroulement des ordalies* », *L'aveu, Antiquité et Moyen-âge*, publications de l'école française de Rome, Saint Augustin, Cité de Dieu, 1. XIX (Bibl. nat. Paris, Fr. 22913) 213 p.

Paragraphe 2. Le déclin relatif des ordalies

- 220- Après avoir constaté les différents types d'ordalies, leur déroulement et l'assimilation qui pouvait en être faite avec la notion d'auto-incrimination, il est opportun de comprendre les raisons de leur déclin qui seront expliquées au travers de l'hostilité de l'église (1.), mais surtout, en raison de leur efficacité contestée. (2.).
- 221- Si l'interdiction du concile de Latran IV en 1215 avait dû sonner le glas des ordalies par l'absence de participation des prêtres, en pratique, il aura fallu du temps pour s'en défaire. A titre d'exemple, le duel judiciaire a mis longtemps à être supprimé car il était le mode favori de la noblesse, mais la bourgeoisie et les paysans finiront par refuser les ordalies unilatérales et bilatérales car ce sont des procédés violents qui finiront par leur déplaire. En effet, la mentalité archaïque va reculer sous la pression de l'église qui n'a jamais admis ces miracles provoqués et qui condamne le serment purgatoire. Ces pratiques probatoires héritées du haut moyen âge finiront donc par disparaître. Saint-Louis, proche de l'église était hostile aux ordalies, il amorcera une évolution en 1254 et en 1248, en interdisant la preuve par bataille dans les procès civils et pénaux. « *On ne peut pas y recourir sans commettre un péché car le duel n'est pas un jugement, mais une tentation envers dieu* »²¹⁷. Malgré une opposition des règles souhaitées par Saint Louis, les nobles finiront par se lasser de ce mode de preuve et elles tomberont en désuétude. Néanmoins, une discontinuité de ces épreuves apparaîtra dans les années 1120, 1130. Paul HYAMS expliquera leur déclin au XIIe siècle, en mentionnant comme principale raison la transformation sociale²¹⁸.

A. L'hostilité de l'église

- 222- La présence des ordalies a connu une discontinuité dès le XIIème siècle, pour l'expliquer, il faut notamment se tourner vers l'église. En effet, jusqu'à la fin du XIème siècle les églises locales étaient très en retrait. A partir du XIIème siècle, les évêques accomplissaient de plus en plus de voyages à Rome, notamment pour recevoir leur investiture, et un lien étroit s'est créé entre la papauté et les églises locales. Par ce lien, l'hostilité des papes envers les ordalies

²¹⁷ D'après Guillaume de Chartres, *De vita ludovici noni*, II, 2.

²¹⁸ HYAMS P., « *Trial by ordeal : the key to proof in early common law* », on the laws and customs of england. Essays in Honor of Samuel E. Thorne, ed. M.S Arnold, Chapel-Hill, 1981, p. 100, 116.

s'est imposée et a permis le déclin des épreuves. La papauté s'est renforcée, la monarchie pontificale est devenue de plus en plus centralisée, et elle ne se satisfaisait plus d'un mode de jugement qui lui échappait.

- 223- A titre d'exemple, dans une lettre qu'il adressait à l'évêque de Côme, le Pape Alexandre 2 qualifiait les épreuves de l'eau bouillante, de l'eau froide et du fer rouge, d'inventions populaires car elles n'étaient pas étayées par une sanction canonique²¹⁹. Etienne V, quant à lui, s'opposait fermement aux ordalies en les qualifiant d'aveu extorqué, *confessionem extorqueri*. Yves de Chartres, proche de l'église et conseiller sur les cas d'ordalies, reprendra cet argument pour s'opposer à leur réalisation. Il prit appui sur les autorités et cita le pape Alexandre 2 et Étienne 5²²⁰, en faisant valoir que l'ordalie du fer chaud n'était en rien une coutume ecclésiastique. Par conséquent, elle n'était pas conforme à l'ordre épiscopal et elle n'était pas davantage établie par une autorité canonique²²¹. Il expliquait que les brûlures faites par l'utilisation des ordalies n'offraient pas toujours un argument certain et rappelait que « *les jugements occultes de dieu donnent beaucoup de coupables libérées et d'innocents condamnés* »²²². Leur efficacité apparaissait dès lors contestée.

B. L'efficacité contestée des ordalies

- 224- Pierre Le Chantre, Chanoine de Notre Dame de Paris, dénonçait au XIIème siècle les manipulations et l'inefficacité des ordalies²²³. Cette inefficacité se traduisait par des exemples portant sur de véritables erreurs judiciaires. Des accusés de vol ou de meurtres avaient subi une ordalie qui avait confirmé leur culpabilité, mais des circonstances fortuites avaient révélées plus tard leur innocence²²⁴. Parmi ces exemples, sera cité le récit de deux anglais qui avaient accompli le pèlerinage à Jérusalem. Un jour, l'un des deux choisit de faire un détour par Saint Jacques de Compostelle et laissa l'autre rentrer seul. Celui qui rentra plus tôt expliqua que le second avait choisi de faire un détour mais personne ne le cru. Il fut alors

²¹⁹ LEMESLE B., « *La postérité des lois barbares* », 2011. <halshs-00635252>

²²⁰ Ibid.

²²¹ LEMESLE B., « *Conflit et justice au moyen-âge* », le nœud gordien, puf, Vendôme 2008, p. 204.

²²² DE CHARTRES Y., ep.74, PL 162, c. 95-96

²²³ LE CHANTRE P., « *Verbum abbreviatum* », PL CCV, c. 233 et 548, 230 et 231, 546 et 547.

²²⁴ LEMESLE B., « *La preuve en justice, de l'antiquité à nos jours* », premiers jalons et mise en place d'une procédure d'enquête dans la région angevine, XIe-XIIIe siècle, les PUR, Histoire, Rennes 2, 2003, p.91.

accusé d'avoir tué son compagnon. Il nia mais dû néanmoins subir l'épreuve de l'eau froide. Malgré le choix de cette épreuve qui lui était favorable, il perdit l'épreuve et fut pendu. Quelques temps après le second pèlerin est rentré de son pèlerinage à Saint Jacques de Compostelle. Quand les juges se sont rendus comptes des conséquences que pouvaient faire naître les ordalies, l'épreuve a alors été contestée. En l'espèce, seule cette circonstance fortuite permettra de démontrer son innocence. Evidemment, ce type de récit a été multiplié à travers les territoires et l'inefficacité et la dangerosité des ordalies a fini par être démontrée. L'homme qui a subi l'épreuve de l'eau froide n'a pas réussi correctement l'épreuve et en a découlé une culpabilité parfaite or, le deuxième pèlerin est revenu par la suite et cela a bien démontré que ce type de preuve ne pouvait démontrer une culpabilité sûre et certaine. Ce résultat entraîne de lourdes conséquences en condamnant immédiatement le patient. Le fait de remettre en cause ce mode de fonctionnement atteste d'une prise de conscience face à l'inefficacité des ordalies et au besoin concret de trouver un autre mode de fonctionnement. En conséquence, la mise en œuvre des ordalies ayant été jugée inefficace, l'église a préféré s'en remettre à des enquêtes par témoins, pour lesquelles elle a défini une procédure stricte. C'est ainsi que va apparaître le réel lien avec l'auto-incrimination puisque la notion « d'aveu » va prendre de l'ampleur. Il va alors être envisagé une protection de la personne mise en cause face à ce nouveau mode de preuve. Il ne sera plus question de juger les hommes de manière « fantasque » mais de se centrer sur la mise en œuvre de preuves légales. C'est au travers de ces éléments que va naître le concept d'auto-incrimination.

Section 2. L'évolution de l'auto-incrimination à travers la théorie des preuves légales

225- Comme cela vient d'être démontré, il ne pouvait avoir de lien concret entre les ordalies et l'auto-incrimination. La notion n'est donc pas née au travers des ordalies. Cette section va ainsi avoir pour but d'analyser l'évolution de la notion d'auto-incrimination. Il faudra donc envisager la naissance de l'auto-incrimination à travers la théorie des preuves légales en expliquant tout d'abord comment cette théorie est apparue (Paragraphe 1.) pour analyser par la suite ses faiblesses (Paragraphe 2.).

Paragraphe 1. L'introduction de l'aveu dans la théorie des preuves légales

226- Il va apparaître que la notion d'auto-incrimination est née grâce à l'application de la théorie des preuves légales. En effet, la procédure pénale au XIIème siècle va devenir de plus en plus

inquisitoire. La procédure d'enquête qui va naître, suite au déclin des anciens modes de preuves, va se traduire par l'essor de vieilles preuves connues du droit romain, les preuves légales, tels que l'aveu et le témoignage. Il est mis fin aux preuves irrationnelles, dites surnaturelles pour laisser place à la notion de preuve légale. En droit romain, il appartenait à l'accusateur de prouver ce qu'il avançait contre un suspect, qui devait être considéré comme innocent tant que la preuve de sa culpabilité n'était pas faite. Le juge devait mener l'enquête en instruisant le procès à charge et à décharge. Les preuves découvertes dans le cadre de ces investigations, sur lesquelles le jugement devait se déterminer, devaient être des preuves certaines. Si le moindre doute subsistait, il devait bénéficier au mis en cause et sa culpabilité devait être écartée. L'essor de l'aveu au sein de cette théorie des preuves légales va permettre de constater les prémices de l'auto-incrimination²²⁵.

227- L'aveu va prendre une ampleur considérable dans la théorie des preuves légales. Il s'entend comme une preuve « pleine », c'est-à-dire une preuve qui ne laisse place à aucun doute. C'est pourquoi l'aveu, qui se traduit par la reconnaissance d'une culpabilité, et donc par une auto-incrimination, doit être appuyé par des indices suffisants. Ces indices étaient répertoriés selon une hiérarchie précise, allant de l'indice léger – ou « adminicule », qui ne forme même pas une demi-preuve – à l'indice indubitable, en passant par l'indice grave. L'aveu est la preuve par excellence d'un fait criminel car une confiance aveugle lui est accordée. Il est, à ce moment-là de la procédure pénale, la preuve la plus probante puisque le mis en cause va reconnaître lui-même sa culpabilité. « *Pour les docteurs du XIIIe siècle, l'aveu est la « reine des preuves », la « preuve la plus probante » - probation probatissima - pourvu toutefois qu'il soit accompagné d'indices objectifs susceptibles de l'étayer* »²²⁶.

228- Cependant, il faut bien observer les diverses interprétations qui sont données à l'aveu. En effet, il peut se traduire à travers deux attitudes.

²²⁵ AMBROISE-CASTEROT C., « *Aveu* » – septembre 2014, Répertoire de droit pénal et de procédure pénale Dalloz ; AMBROISE-CASTÉROT C., BONFILS P., « *Procédure pénale* », 2018, coll. Thémis, PUF. ; BOULOC B., « *Procédure pénale* », 26^e éd., 2017, Précis Dalloz. ; CHAMBON P., GUÉRY C., « *Droit et pratique de l'instruction préparatoire. Juge d'instruction* », 8^e éd. 2013/2014, Dalloz Action. ; CADÈNE J., « *La preuve en matière pénale* ». Essai d'une théorie générale, thèse, Montpellier, 1963. ; DÉNIZART J., « *La charge de la preuve en matière pénale* », thèse, Lille, 1956. ; GORPHE F., « *Appréciation des preuves en justice. Essai d'une méthode technique* », 1947, Sirey. ; SUSINI J., « *Enquête, interrogatoire, aveu, première partie : les racines* », RSC 1978. 693 ;

²²⁶ CARBASSE J-M., « *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle* », op.cit.

229- Il peut s'agir d'un aveu « explicite », c'est-à-dire exprimé de façon claire et précise. La personne entend avouer une action ou une omission et le fait sciemment en connaissance de cause. Le mis en cause va tout simplement reconnaître sa participation, directe ou indirecte, à l'infraction qui lui est reprochée. Il va reconnaître, au travers de la parole ou d'un écrit, avoir commis tel ou tel crime. En avouant ses péchés, non seulement sa culpabilité va être reconnue et l'infraction lui sera imputée mais les juges seront plus indulgents face à ce type d'aveux fait spontanément. Cet aveu explicite qui apparaît au XIIIème siècle est l'illustration parfaite de l'auto-incrimination, l'aveu est explicite, le mis en cause va reconnaître l'infraction qu'il a commise directement. Il va décider lui-même de sa propre culpabilité.

230- L'aveu peut également se traduire par un aveu « implicite ». Dans ce cas-là, la personne ne pas avouer clairement sa culpabilité, seule son attitude peut laisser penser qu'il est coupable des faits qui lui sont reprochés, mais la personne elle-même n'a pas entendu avouer une culpabilité. Elle n'a pas directement ou indirectement souhaité contribuer à sa propre incrimination. Il s'agit du cas où le comportement du mis en cause se traduit en une reconnaissance de culpabilité. L'accusé à qui il va être reproché la commission d'une infraction va par exemple prendre la fuite. Cette fuite va se traduire comme une confession de culpabilité. Par sa seule fuite, il confesse tacitement son implication à la commission de l'infraction. Il est alors intéressant de se demander à quel type d'auto-incrimination se comporte-t-il ? La définition actuelle de l'auto-incrimination se traduit par le fait de contribuer à la qualification d'une infraction qui est reprochée à soi-même. Or, ici, le mis en cause n'avoue pas avoir commis telle ou telle infraction, il se contente d'adopter un comportement que d'autres peuvent analyser comme une reconnaissance de culpabilité. L'accusé ne va pas reconnaître explicitement qu'il a fait ou dit quelque chose. Il ne peut donc être question d'auto-incrimination.

Il faudra donc, faute d'aveu, que le crime soit prouvé par témoin.

231- Entre le XIIème et le XVème siècle, lorsque le prévenu n'avouait pas son crime, il restait la possibilité de prouver son crime par des témoins. Le témoignage, selon la définition romaine, était considéré comme un devoir. Toute personne qui connaissait un fait criminel avait le devoir de dire ce qu'elle savait au juge. Il fallait qu'elle en soit sûre²²⁷. N'étaient certains que les témoignages directs, c'est à dire qu'il fallait avoir appris quelque chose par la vue ou

²²⁷ Sont repoussés les témoignages par ouïe dire.

l'audition directement. « *Philippe, marié et juré, dit qu'il était présent avec son père quand Robert de Sablé père de Robert, Lisiard et sa femme Hersent ont donné la terre de Freteroe à l'abbaye du Loroux et ont investi l'abbé de Foulques (...) en présence de nombreux témoins. Renaud Forragan, marié et juré, dit ce qu'il avait entendu dire par son père qui était sergent de Robert de Sablé et présent à la donation. Robert a donné Freteroe à l'abbaye du Loroux, a investi l'abbé Foulques et séparé Freteroe des autres terres (...). André de Bela, marié et juré, dit qu'il était présent quand Payen de Chemillé adjura Garin le moine pour qu'il montre la partie de Freteroe donnée au Loroux de la main de Robert et de Lisiard. Alors Garin le moine et ce même André ont fait le tour de la terre (...). Robert, prieur de Brion, par sa parole donnée, a confirmé les paroles de André de Bela. Etudes le Bau, juré, bien que malade, dit que ce qu'il savait à propos des différends qui s'étaient élevés au sujet des terres de Brion avec les seigneurs de Sablé. Il dit qu'il avait vu et entendu lorsque Robert, seigneur de Sablé, la dame Hersent, son épouse, et Lisiard, leur fils aîné, ont donné la terre de freteroe près de Brion à l'abbaye du Loroux en aumône perpétuelle, pour le salut de leur âme. Afin que tous les présents qui ont vu cet acte d'enquête réalisée comme il a été dit puissant en attester, nous apposons notre sceau à la présente page* »²²⁸.

232- Le témoin « idoine » était celui qui présentait toutes les garanties de fiabilité. Il devait être irréprochable. Son témoignage était direct et de nature telle qu'on lui faisait confiance. Un témoin fiable était quelqu'un de connu dont on pouvait répondre de son honneur. En général, les étrangers, les femmes et les personnes qui avaient déjà été condamnés n'étaient pas admis à témoigner car la justice s'en méfiait. Il était fait appel aux témoins dans le cas où l'aveu de l'accusé n'était pas obtenu. Ainsi, si l'accusé n'avouait pas son crime ou s'il n'y avait pas contre lui deux témoins « idoine » pouvant le mettre en cause, il n'y avait pas de preuve pleine et cela devait laisser planer un doute quant à la culpabilité de l'accusé. Ce doute devait naturellement profiter à l'accusé. Dans le cas où le condamné refusait d'avouer son crime et s'il n'y avait contre lui qu'un seul témoin, mais qu'il existait des indices ou des morceaux de preuve mais aucune preuve contraire, le juge tentait quand même d'obtenir son aveu. Il essayait de le faire parler en utilisant des épreuves physiques, même si les juges considéraient que c'était une activité triviale et vulgaire.

233- Deux conditions étaient posées pour mettre en œuvre la question.

²²⁸ Exemple de témoignage réalisé à la suite d'une enquête dans LEMESLE B., « *premiers jalons et mise en place d'une procédure d'enquête dans la région Angevine* » (XIe-XIIIe), « La preuve en justice de l'Antiquité à nos jours », sous la direction de B. LEMESLE, HISTOIRE, les PUR, Rennes II, 2003, p. 78.

La première, il devait s'agir d'une affaire dite « grave » qui puisse justifier l'application d'une peine de corps. Il était généralement question d'affaires criminelles telles que les meurtres, viols ou raptus.

La deuxième condition posée tenait à ce que le juge ait réuni contre le prévenu ce que le droit appelle « *des présomptions violentes ou des indices qui lui permettent d'avoir une intime conviction de culpabilité* ».

L'idée était de transformer une certitude subjective en certitude objective au sens du droit de la théorie des preuves pénales.

234- Cependant, les conditions matérielles étaient limitées. Les exécuteurs ne pouvaient laisser aucune infirmité définitive, c'est pourquoi étaient privilégiées des formes de contrainte qui étaient sensées ne pas laisser de traces définitives, le but étant d'obtenir un aveu le plus rapidement possible. Pour que l'aveu du condamné soit reconnu comme valable par le juge, il ne fallait pas que l'accusé ait avoué son crime au moment où la torture était infligée. Il fallait qu'il avoue ses crimes une première fois dans la salle de torture mais qu'ils soient réitérés une fois à l'extérieur. S'il confirmait qu'il était coupable, il était condamné mais s'il ne les répétait pas, il n'était pas possible de remettre le prévenu à la question, elle ne devait pas être réitérée et donc l'aveu ne pouvait pas être considéré comme valable. La preuve n'étant pas pleine, il fallait acquitter le prévenu. « *Les indices suffisants* » doivent former dans l'esprit des juges une quasi-certitude en certitude complète. On voit bien ici en quoi la torture judiciaire est une conséquence – paradoxale, mais terriblement logique – du système des preuves légales conçu à l'origine pour protéger le prévenu contre la subjectivité des juges : c'est justement parce qu'ils n'ont pas le droit de se fier à leur seule intime conviction qu'il leur faut un aveu « en forme » ; et c'est pour obtenir cet aveu, et transformer ainsi leur conviction subjective en certitude objective, qu'ils recourent à la question. Quelque étrange que nous paraisse aujourd'hui ce raisonnement, il faut bien reconnaître que les indices « suffisants à la torture » du ius commune, quoique inférieurs à ce que la doctrine appelait une « preuve complète » seraient considérés aujourd'hui comme très suffisants pour entraîner la conviction d'un jury d'assises et fonder une condamnation »²²⁹.

235- Une évolution procédurale est à noter au niveau de la protection des droits du mis en cause. En effet, dans le développement ci-dessus exposé il était expliqué que les juges n'hésitaient pas à mettre en œuvre la torture afin de prendre connaissance de la culpabilité ou non de l'accusé, décidant parfois bien avant Dieu de la culpabilité de certains d'entre eux. Or ici, il y

²²⁹ CARBASSE JM, « *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle* », op.cit. p.206

a une sorte de frein. La torture est mise en place mais si la procédure exigée ne permet pas du premier coup de connaître la culpabilité du mis en cause, la torture s'arrête. Cela ne changerait, en soit, pas grand-chose d'utiliser la torture une seconde fois, mais les juges de l'époque semblent prendre exemple sur les tortures mises en œuvre précédemment et se refuse à leur faire subir des souffrances une deuxième fois. Il apparaît la notion de doute, de présomption d'innocence, qui doit profiter à l'accusé. « *Il vaut mieux laisser un coupable impuni plutôt que condamner un innocent* »²³⁰. Une simple présomption de culpabilité ne suffit plus à fonder une condamnation.

236- La relaxe accordée à l'accusé impliquait également que les indices qui avaient été réunis contre le suspect disparaissent, devant être considérés comme nuls et non avenue. Mais cette prise de conscience ne sera finalement pas longtemps appliquée car à la fin du moyen âge, l'ordre public passe avant tout le reste y compris avant la présomption d'innocence elle-même. Il est décidé que « *la question* » ne purgera plus les indices et que les présomptions subsisteront contre l'accusé. Il sera donc possible de condamner l'accusé malgré tout. Seulement une différence apparaît. L'accusé sera condamné non pas à une peine ordinaire mais adoucie. Si d'apparence cela pouvait laisser penser que l'évolution des droits de la personne mise en cause reculait, en réalité il s'agissait d'une réelle évolution de la procédure pénale puisque la peine sera prononcée en fonction du degré de certitude de la preuve.

Paragraphe 2. La faiblesse du régime des preuves légales face à l'aveu

237- La cause de l'affaiblissement du régime des preuves légales fut principalement dû à l'absence totale de mécanisme protégeant le mis en cause pendant la phase d'instruction (1.) cela s'est notamment expliqué au regard de l'évolution des mécanismes protégeant le mis en cause pendant la phase de jugement (2.).

238- L'atteinte aux droits de la défense et principalement l'atteinte faite à l'aveu ont à nouveau été révélées à travers le régime des preuves à la fin de l'ancien droit. Jusqu'à la fin du XVe siècle, la procédure a été pour l'essentiel un corps de règles doctrinales et jurisprudentielles. Cette œuvre ne devait rien à la loi, les règles procédurales n'étaient pas législatives. Qu'il s'agisse de l'ordonnance de Blois, mise en place par Louis XII, la première année de son règne en 1498 afin de réformer la justice, ou de l'ordonnance de Villers-Cotterêts, seule celle de 1610

²³⁰ Ulpian, D. 48, 19, 5 pr : supra, n°33 et 39.

de Louis XIV aura un impact majeur sur la procédure pénale en reprenant les dispositions des ordonnances précédentes et en les complétant, notamment au niveau du principe du secret de la procédure criminelle. Il est vrai que l'ordonnance de Blois s'attachait à la procédure extraordinaire et qu'elle a posé en premier le principe légal du secret de la procédure. Cela signifiait que le procès extraordinaire devait se dérouler diligemment et secrètement. Les juges devaient faire en sorte qu'aucune influence extérieure ne vienne perturber le procès. Il n'avait lieu qu'en présence du seul juge et de son greffier car tous les actes de la procédure devaient être mis par écrit. Ainsi, la question de la mise en œuvre de la torture était non seulement donnée secrètement, mais se déroulait également sans la présence des avocats qui n'étaient, à l'époque, que de simple tiers.

A. L'absence totale de mécanisme protégeant le mis en cause pendant la phase d'instruction

239- La phase d'instruction était confiée à un juge unique pris au sein du siège, le juge chargé de l'instruction. Il gérait tous les actes de l'instruction, soit toute la recherche préparatoire au jugement. C'est ainsi que le juge était chargé d'entendre les témoins, de recueillir les procès-verbaux, d'assister à la torture et de recueillir les paroles des prévenus. L'atteinte à l'aveu, et par ricochet, à l'auto-incrimination, s'est traduite à l'époque dans le cadre de l'instruction préparatoire, dans un premier temps, lorsque le juge d'instruction était chargé d'entendre les témoins secrètement dans le cabinet et par la suite, lorsqu'il entendait l'accusé lui-même. Lorsque le juge décidait d'entendre les témoins, non seulement les parties étaient exclues de l'audition des témoins, aussi bien que le procureur, mais étaient exclus également d'éventuels conseils et en particulier des avocats²³¹. Le témoin était seul assisté du greffier qui notait tout ce que disait le témoin. Cela va sans dire, sans la présence d'un conseil, le témoin, seul, face au juge, risquait d'avouer rapidement ce que le juge lui demandait pour éviter toutes conséquences dommageables pour lui ou sa famille. Notamment s'il avait une intime conviction sur la culpabilité du mis en cause et qu'il n'était pas nécessaire, selon lui, de rechercher d'autre élément de preuve. Une fois que le juge d'instruction estimait qu'il en savait assez, il finissait par prendre une ordonnance ou un décret. S'il considérait que l'affaire était grave, que le suspect était vraisemblablement coupable, il pouvait prendre un décret de

²³¹ CARBASSE JM., « *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle* », op.cit., p. 207

prise de corps, c'est à dire une décision de détention préventive. L'accusé était alors interrogé par le juge d'instruction.

- 240- Un problème de droit s'est posé entre Lamoignon et Pussort, sur le fait de savoir si l'accusé devait oui non prêter serment²³². Du point de vue de la simple justice, Lamoignon expliquait que si le serment de vérité était imposé à l'accusé, il lui était interdit de garder le silence et il était obligé de mentir sous serment et donc, de commettre un parjure. Il ne lui était pas laissé d'autre choix que de s'auto incriminer. Le juriste considérait que ce n'était pas juste. Pussort y était opposé. Un débat en conseil de justice a eu lieu et Pussort l'emporta en imposant le serment. L'ordonnance ajouta que l'accusé devait être entendu seul, sans l'assistance d'un conseil ou d'un avocat. L'accusé était donc seul face au juge d'instruction et son greffier, sans conseil.
- 241- Le juge, dans son cabinet, pouvait décider naturellement du déroulement de l'interrogatoire. Non seulement il pouvait contraindre l'accusé d'avouer, mais il pouvait également faire noter à son greffier une confession de l'accusé qu'il n'aurait jamais faite. Il est certain que le greffier ne s'y serait guère opposé. Qu'il avoue son infraction ou pas, tout dépendait à nouveau de l'intime conviction du juge d'instruction. Si ce dernier pensait l'accusé non coupable et que ce dernier n'avouait pas, soit l'instruction s'en terminée là, soit le juge d'instruction continuait dans ses investigations. Si le juge d'instruction le pensait coupable, il pouvait le contraindre à avouer son crime ou il pouvait considérer, au regard de son comportement, qu'il avait avoué implicitement les infractions qui lui étaient reprochées. Dans ces cas-là, il clôturait son instruction, ayant selon lui, les éléments suffisants à la manifestation de la vérité. Tant de procédés qui ont atteint la culpabilité du mis en cause. A l'époque, aucun mécanisme n'était mis en œuvre pour garantir la protection de l'accusé, ce qui le rendait nécessairement fragile... et coupable !

²³² KRYNEN J., « *Punir les Juges ?* » 1667 : PUSSORT contre LAMOIGNON, p. 79 ; Éloge de Guillaume de LAMOIGNON, Discours de Monsieur SORBIER, Avocat Général à la Cour Royale de CAEN, prononcé à l'audience solennelle de rentrée le 3 novembre 1841 ; Lettres, Instructions et Mémoire de COLBERT, publiés d'après les ordres de l'empereur sur la proposition de son excellence, Monsieur MAGNE, ministre secrétaire d'état des finances par Pierre CLEMENT, membre de l'institut, Tome VI, Justice et Police, affaires religieuses – affaires diverses, paris, imprimerie impériale, M D C C C L X I X, p. XVIII.

B. L'évolution des mécanismes protégeant le mis en cause pendant la phase de jugement

242- L'ordonnance criminelle distinguait deux sortes de jugement, les jugements interlocutoires et les jugements définitifs.

1. Les jugements interlocutoires

243- Les jugements interlocutoires sont les jugements qui intervenaient en cours de procès. Ils portaient en général sur des questions de preuves. Lorsque l'accusé était entendu, au moment où les juges partaient délibérer, s'ils se rendaient compte qu'ils ne disposaient pas assez d'éléments, s'ils avaient encore des doutes sur la culpabilité du mis en cause, le tribunal rendait un jugement interlocutoire. Si cette pratique pouvait permettre aux juges de faire appeler de nouveaux témoins, si les derniers n'avaient pas été assez convaincants, elle permettait surtout de soumettre l'accusé à « la question ». Pussort²³³ lui-même reconnaissait qu'elle était inutile car elle ne servait qu'à arracher un aveu alors qu'il y avait déjà l'intime conviction. Mais Pussort rappelait aussi que si les témoignages étaient incomplets, la preuve l'était également²³⁴. Ainsi, si les juges étaient sûrs de la culpabilité de l'accusé, il fallait le soumettre à la question.

244- Elle était cependant règlementée de façon très stricte, puisqu'elle connaissait deux limites :

- Elle ne pouvait être ordonnée que s'il y avait des preuves considérables contre l'accusé mais incomplètes.
- Les juridictions ordinaires pouvaient condamner à la question mais ce ne pouvait être ordonné que si cela n'avait pas été confirmé en appel.

Ce système de confirmation en appel impliquait que les forces souveraines aient exercé de façon systématique une influence modératrice. Les parlements, en général, ne confirmaient pas les autorisations de la question, ils ne voulaient pas l'utiliser et c'est ainsi qu'elle est tombée en désuétude.

²³³ Des tribunaux et de la procédure du grand criminel au XVIIIe siècle jusqu'en 1789 avec des recherches sur la question ou torture par Ch. BERRIAT-SAINT-PRIX, Paris, Auguste AUBRY, rue Dauphine 16, 1859, p.59.

²³⁴ Ibid.

2. Les jugements définitifs

245- Soit la preuve était complète et les juges prononçaient une condamnation assortie d'une peine soit ils avaient un doute et dans ce cas, comme toujours, le doute devait profiter à l'accusé. En général, ces jugements n'étaient pas motivés, les juges considéraient qu'ils n'avaient pas de comptes à rendre. Si les juges étaient certains de l'innocence de l'accusé, ils relaxaient le mis en cause. Mais si les juges conservaient un doute, il y avait une absolution mitigée, une certaine réticence qui régnait. L'accusé était la plupart du temps renvoyé hors de la cour sans qu'il lui soit permis de demander des dommages et intérêts à son accusateur. A la fin du procès par les premiers juges, si la peine octroyée était une peine afflictive, corporelle, l'ordonnance criminelle instaurait la possibilité d'un appel automatique. La peine devait être confirmée par les juges supérieurs. C'est un des aspects les plus importants de l'ordonnance. L'ordonnance qui instaurait cet appel automatique ne faisait que confirmer, d'un point de vue législatif, une pratique jurisprudentielle qui s'était instaurée dans le ressort du parlement de Paris. Cela contraignait les juges inférieurs de renvoyer en appel l'examen des jugements avec peines corporelles. L'ordonnance étendait cette pratique à l'ensemble du royaume et en donnait une valeur législative. A partir de là, il a été constaté, en étudiant le contenu de ces sentences, que la jurisprudence criminelle s'est adoucie à partir du XVIIème siècle grâce au contrôle des parlements, la justice criminelle devint moins dure et moins oppressive et la réelle naissance de l'auto-incrimination a pris place.

246- En effet, s'il a pu être démontré précédemment qu'aucun mécanisme n'avait été mis en place pour protéger le mis en cause afin qu'il ne puisse contribuer à sa propre incrimination, les réformes pénales du XVIIème siècle et la révolution ont palier ces carences. Depuis les débuts de la monarchie, les états de l'ancien régime se sont réformés. Ce qui fut nouveau au XVIIIème siècle c'est ce désir de réforme qui s'est inscrit dans un contexte intellectuel nouveau, la philosophie des lumières, un contexte européen. Il y a eu en France, au XVIIIème siècle, de plus en plus de magistrats qui se sont dit éclairés, et qui, constatant les défauts de l'ancienne procédure pénale, ont souhaité faire évoluer la pratique judiciaire. Sous l'influence de ces magistrats, le Roi lui-même a pris des mesures législatives de réformes pénales. Au cours du XVIIIème siècle, lorsque les condamnations ont été prononcées, les mutilations ont disparu presque en totalité. Lorsque par exception, ce genre de supplice a été prononcé par une cour, la peine fut seulement infligée par simulacre et non plus réellement. Louis XVI, roi réformateur, avait été élevé dans l'idée de réformes, de modernisation de la monarchie. Il

décida dès son avènement, guidé par un souci de justice, de faire tout de suite des réformes et de nommer des ministres réformateurs. C'est ainsi, qu'il nomma en tant que ministre de la maison du roi, Malesherbes en 1775, afin de mettre en chantier les réformes. Il réforma alors la procédure et supprima définitivement la question, en 1780, afin que la prison devienne la peine principale, une peine à part entière.

247- Dans cette lancée de réforme, le Roi a décidé de réaffirmer le vieux principe de la présomption d'innocence en le rappelant d'une manière incidente comme une évidence. Toutes ces mesures partielles ont culminé et le roi a décidé, le 1er mai 1788, de proclamer une déclaration générale où il annonça une réforme générale de l'ordonnance criminelle. Le roi demanda à tous les français, intéressés par les questions de justice, d'adresser leurs idées, suggestions et remarques par écrit au garde des sceaux. En 1788, comme en 1789, en attendant que les propositions arrivent, le roi s'est intéressé au principe de la présomption d'innocence²³⁵. La déclaration rappelait ainsi que « *Le premier de tous les principes en matière criminelle veut qu'un accusé fut-il condamné à mort en première instance soit considéré comme innocent* »²³⁶.

248- La révolution commença au mois de juin 1789 lorsque s'est formée l'assemblée nationale constituante. Celle-ci s'est mise à rédiger la constitution mais aussi à réformer tout le système politique, administratif et judiciaire français. La réforme porta également sur le droit pénal, l'Assemblée constituante a ainsi rédigé le premier Code pénal français qui va se fonder sur de grands principes déclarés dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen dont le texte fut voté le 26 août 1789 et qui comporte un contenu pénal particulièrement riche. Elle est l'aboutissement de décennies de contestations du régime politique français par la philosophie des lumières. Ce qui est marquant dans ce texte est la contestation de l'arbitraire ; l'arbitraire en tant que caprice, injustice, décision non justifiée et irrationnelle. Au XVIII^e siècle, le mot privilège a pris le sens péjoratif de faveur injuste, un droit que rien ne justifie par rapport aux autres, une rupture de l'égalité des droits. Donc la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen rejetait aussi bien l'arbitraire que le privilège redéfinis péjorativement. Elle annonçait désormais le règne d'un nouveau régime juridique où ces notions de privilège,

²³⁵ JEANGENE VILMER JB., « *Sade Moraliste, le dévoilement de la pensée sadienne à la lumière de la réforme pénale au XVIIIe siècle* », DROZ, Bibliothèque des lumières, 96 p.

²³⁶ Louis XVI déclara à Versailles en date du 1^{er} mai 1788 « Cette formalité flétrissante n'entre jamais dans la classe des peines imposées par nos lois, elle blesse d'ailleurs ouvertement le premier de tous les principes en matière criminelle, qui veut qu'un accusé, fut-il condamné à mort en première instance, soit toujours réputé innocent aux yeux de la loi jusqu'à ce que sa sentence soit confirmée en dernier ressort ».

d'inégalité et de pouvoirs absolus n'avaient plus leur place. Tout était fondé désormais sur la loi qui serait sage et la même pour tous, n'appliquant aucune exception. La notion d'égalité juridique apparaît alors comme le soulève la doctrine. « *Fortement influencés par les idées de Beccaria et de Montesquieu, les révolutionnaires consacrèrent tout d'abord expressément le principe de la légalité des délits et des peines dans l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme de 1789, rompant ainsi radicalement avec l'ancien régime. De coutumier, le droit pénal devint donc écrit. D'arbitraire, il devint déterminé et stable. Mais sur ce point les révolutionnaires poussèrent très loin le culte de la loi, expression de la volonté générale et qui :* « *Les juges de la nation ne sont (...) que la bouche qui prononce les paroles de la loi ; des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur* ». Dominé ainsi par une conception radicale du principe de légalité, le Code pénal de 1791 institua un système de peines fixes, interdisant toute adaptation de la répression par le juge et donc toute individualisation. Par ailleurs, acquis aux thèses utilitaristes et à l'humanisme des Lumières, les révolutionnaires supprimèrent l'incrimination des comportements ne relevant que du for intérieur pour ne sanctionner que les agissements objectifs. Enfin, les peines corporelles autre que la peine de mort furent abolies et les autres peines systématiquement adoucies »²³⁷.

249. L'évolution de la procédure pénale est en réalité une révolution. Une étape est franchie en faveur de la protection du mis en cause qui doit bénéficier du doute sur sa culpabilité lorsqu'il subsiste, et qui sera protégé lorsque sa parole sera remise en cause, garantissant un droit qui naitra quelques années après au travers du système anglais, le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination.

²³⁷ DESPORTES F., LE GUNEHEC F., « *Droit Pénal Général* », 16e éd, Corpus droit privé, dirigé par Nicolas MOLFESSIS, Economica, Lonrai, p.29

CONCLUSION CHAPITRE 2.

- 250- Au regard des éléments ci-avant développés, il a pu être constaté qu'elles avaient été les différentes étapes nécessaires à la création du droit de ne pas s'auto-incriminer.
- 251- Au regard des événements qu'a connu le droit romain, le droit de ne pas s'auto-incriminer aurait pu naître au moment de la naissance de la torture. En effet, le principe même de la torture, plus précisément des ordalies, était de faire subir une épreuve à une personne qui était soupçonnée d'avoir commis un crime. S'il ne voulait pas avouer qu'il en était l'auteur mais si des éléments laissaient penser qu'il s'agissait de lui, il était soumis à la question. Une épreuve qu'il subissait seul ou contre celui qui l'accusait avait lieu publiquement. Les juges considéraient que celui qui résistait à l'épreuve était béni des dieux et par conséquent, ne pouvait pas avoir commis une infraction. Dieu avait indiqué, par le résultat de l'épreuve, si le patient était coupable ou non.
- 252- L'assimilation avec l'auto-incrimination apparaissait limpide dès lors que le patient était forcé de subir une épreuve de torture pour pouvoir démontrer sa culpabilité ou son innocence.
- 253- Néanmoins, ce développement a permis de constater que les ordalies étaient en réalité truquées. Seuls les juges décidaient du sort du mis en cause en choisissant eux-mêmes quelle épreuve le patient devait subir. S'ils le pensaient coupable, l'épreuve de l'eau chaude, auquel il était difficile de survivre était appliquée. S'il pensait le patient innocent, l'épreuve de l'eau froide, facile à réussir était mise en œuvre.
- 254- Ainsi, il ne pouvait être assimilé la notion d'auto-incrimination aux ordalies. L'auto-incrimination est le fait de contribuer volontairement à la qualification d'une infraction qui est reprochée à soi-même, en conséquence, les ordalies ne pouvaient être qualifiées d'auto-incriminantes.
- 255- A la suite du déclin des ordalies, la théorie des preuves légales est apparue et c'est bien à partir de cette révolution qu'a découlé le droit de ne pas s'auto-incriminer. En effet, l'apparition de la théorie des preuves légales a permis de mettre en exergue la notion de preuve légale en consacrant l'aveu comme reine des preuves. A partir de là, l'évolution de la procédure pénale a été aménagés de sorte à ce que cette preuve soit encadrée et protégée. C'est ainsi que des acteurs protecteurs tel que l'avocat ont pris une place significative dans le procès pénal, protégeant le mis en cause, tant pendant la phase d'enquête que pendant la phase de jugement.

256- L'évolution de ce régime permettra ainsi l'avènement des droits de la défense et, sur la scène internationale, la création du droit de ne pas s'auto-incriminer.

CONCLUSION DU TITRE 1

257- Le concept de l'auto-incrimination a été difficile à appréhender dès lors que sa définition demeure originale de par l'absence de consécration de la notion en droit positif. Il a en effet pu être constaté que le droit de ne pas s'auto-incriminer s'est construit au travers de l'évolution de la jurisprudence étrangère. En droit positif, il n'existe aucune consécration légale ni même jurisprudentielle. Si cette dernière arrive doucement sur la scène de la procédure pénale française, le droit de ne pas s'auto-incriminer est encore loin de voir le jour légalement en droit positif.

258- Le droit de ne pas s'auto-incriminer est né pour la première fois au travers de l'arrêt *Blunt c/ Park Lane Hôtel* en 1942 au Royaume-Uni²³⁸. Cependant cet arrêt n'a été que très peu commenté devant la scène internationale. Il faudra attendre l'arrêt *Miranda c/ Arizona*²³⁹ pour que le droit de ne pas s'auto-incriminer voit réellement le jour. Non seulement les États-Unis ont inséré dans l'article 5 de leur Constitution le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination mais désormais la jurisprudence cite ce droit au visa de ces arrêts. Cette étude a permis de constater qu'au travers du monde, que ce soit d'un point de vue légal ou jurisprudentiel, le droit de ne pas s'auto-incriminer est largement consacré, c'est bien au travers de ces éléments qu'a pu être donné une définition claire de la notion. C'est ainsi qu'il se définit comme le droit, pour toute personne, de ne pas apporter soi-même les éléments contribuant à la qualification d'une infraction qui lui est reprochée. Elle a donc la possibilité de garder le silence lors d'interrogatoire et de ne pas fournir de documents susceptibles d'être auto-incriminants. Le droit pénal français ne considère pas cette notion, il se contente de l'associer au droit de garder le silence lors d'interrogatoires. Si la jurisprudence commence peu à peu à citer ce principe au visa de leur décision, elle ne le fait qu'au travers de l'article 6 de la Convention Européenne des droits de l'homme. Pourtant cet article non plus ne vise pas le droit de ne pas s'auto-incriminer en tant que tel. Il s'agit d'une assimilation qui ne peut que dévaloriser les droits de la défense. C'est pourquoi il a été suggéré dans cette étude la création textuelle du droit de ne pas s'auto-incriminer tant au sein de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme que dans le Code de procédure pénale français.

²³⁸ *Blunt v Park Lane Hotel* (1942) 2 KB 253. « Une personne convoquée comme témoin peut refuser de répondre à toute question si la réponse à celle-ci pourrait, selon l'avis du juge, avoir tendance à exposer le témoin à toute accusation, pénalité ou confiscation criminelle que le juge considère comme raisonnablement susceptible d'être privilégiée ou poursuivie »

²³⁹ Cour Suprême des États-Unis, 13 juin 1966, 384 US 436

- 259- Cette absence de consécration en droit positif demeure d'autant plus étonnante que ce concept « d'auto-incrimination » a connu de nombreuses similitudes en droit romain par le biais de la torture.
- 260- En effet, il aurait pu être suggéré que le droit de ne pas s'auto-incriminer était né au travers des ordalies puisque le propre de ces épreuves était de soumettre un patient à la torture afin qu'il puisse dire au travers du résultat de l'épreuve s'il était innocent ou coupable. Dès lors que le résultat de l'ordalie était prononcé en fonction de l'état physique du patient, il aurait pu être considéré qu'il s'agissait d'une auto-incrimination.
- 261- En tout état de cause, l'ensemble de ces éléments a permis d'écarter rapidement cette assimilation dès lors qu'en réalité, le patient ne s'auto-incrimine pas mais est incriminé par les juges eux-mêmes.
- 262- Les ordalies connaîtront ainsi un déclin pour voir naître le système des preuves légales. Ce système va faire naître le droit de ne pas s'auto-incriminer. S'il n'est pas né en tant que tel en droit positif, l'ensemble des bases de la notion sont là. Le propre du droit de ne pas s'auto-incriminer est de voir la personne mise en cause ou suspectée protégée face à une coercition. Ce développement relatif à l'évolution de l'auto-incrimination à travers le système des preuves légales va permettre de comprendre comment il a été jugé utile de protéger cette personne face à la coercition et ce, au regard de l'absence totale de mécanismes protégeant le mis en cause, tant dans la phase d'instruction, que dans la phase de jugement.

Titre 2. Les manifestations de l'auto-incrimination

263- La façon la plus claire de comprendre ce qu'est l'auto-incrimination est d'en assimiler les manifestations. Des exemples théoriques et pratiques vont permettre d'analyser les cas où la personne mise en cause peut être en danger et en conséquence, là où il va être opportun de la protéger. Cela permettra également de comprendre par quels moyens légaux il sera utile de la protéger. Tout un travail autour de la preuve va être développé afin de comprendre comment la légalité de la preuve impacte sur la protection de l'auto-incrimination. Pour une meilleure clarté, il a été décidé de traiter les manifestations de l'auto-incrimination à travers deux aspects, les manifestations théoriques (Chapitre 1.) et les manifestations pratiques (Chapitre 2.)

Chapitre 1. Les manifestations théoriques de l'auto-incrimination

264- Afin de déterminer quelle est la place de l'auto-incrimination au sein du procès pénal, il faut s'attacher dans un premier temps à l'encadrement de la preuve en ce qu'elle permet de contribuer à la protection de l'auto-incrimination (Section 1.) il sera, par la suite, opportun de se pencher sur l'examen de la preuve, élément essentiel de contrôle de l'atteinte à l'auto-incrimination par la Cour européenne des droits de l'homme (Section 2.).

Section 1. L'encadrement de la preuve nécessaire à la protection du droit de ne pas s'auto-incriminer

265- La preuve est si essentielle en droit de la procédure pénale qu'il est nécessaire de l'encadrer. Il est considéré que « *La preuve consiste à démontrer non seulement l'existence d'un fait mais encore son imputation à une personne ainsi que l'intention que celle-ci avait de commettre les faits* »²⁴⁰.

266- De ce fait, il convient de s'interroger sur ce qu'il faut admettre par « preuve ». Tiré du verbe « prouver », ce terme vient du latin *probare* qui signifie vérifier, approuver, prouver. Elle est la « *démonstration de l'existence d'un fait (matérialité d'un dommage) ou d'un acte (contrat,*

²⁴⁰ GUINCHARD S. et BUISSON J., « *Manuel, Procédure pénale* », op.cit., p. 538

testament) dans les formes admises ou requises par la loi »²⁴¹. C'est un moyen de démontrer un fait, ou tout au moins d'en persuader le juge²⁴². En procédure pénale, la preuve revêt une importance toute particulière dans la mesure où elle va permettre de statuer sur la culpabilité. Elle est le point central du procès pénal.

267- Au début du XXe siècle, quatre types de preuves étaient généralement répertoriées²⁴³ :

- Il faut tout d'abord citer l'indice. Il s'agit d'une catégorie fort large car en réalité, tout peut être un indice (une trace de pneu, une attitude, un impact de balle...).
- Parmi les types de preuve, il est nécessaire d'évoquer le témoignage. Il se définit comme une « *déclaration tendant de la part de son auteur à communiquer à autrui la connaissance personnelle qu'il a (et non par oui-dire) d'un événement passé dont il affirme la véracité* »²⁴⁴. Il peut être personnel et dans ce cadre il rentrerait dans le champ d'application de l'aveu ou bien il peut être extérieur et provenir d'une personne qui a seulement vu ou entendu des éléments sans participer directement à l'infraction.
- Vient ensuite la preuve littérale, qui peut se traduire soit au travers d'écrits produits par les parties mais qui n'auront, en droit pénal, aucune force probante, soit au travers de procès-verbaux. Parmi eux, il y a ceux relatifs aux crimes ou délits²⁴⁵ qui ne valent qu'à titre de simples renseignements et ceux relatifs aux contraventions²⁴⁶ qui n'ont de valeurs probantes que s'ils sont réguliers en la forme, si l'auteur a agi dans l'exercice de ses fonctions et à rapporter sur une matière de sa compétence ce qu'il a vu, entendu, ou constaté personnellement. Ils sont distincts car ils ont une valeur probante particulière dans la mesure

²⁴¹ CORNU G., « *Vocabulaire juridique* », op.cit., p. 799.

²⁴² ALLAND D., RIALS S., « *Dictionnaire de la culture juridique* », Paris, PUF, 2003, p. 1195.

²⁴³ AMBROISE-CASTEROT C., « *Aveu* » – op.cit ; AMBROISE-CASTÉROT C., BONFILS P., « *Procédure pénale* », 2018, op.cit. ; BOULOC B., « *Procédure pénale* », op.cit. ; DÉNIZART J., « *La charge de la preuve en matière pénale* », thèse, Lille, 1956 ; BOULOC B., MATSOPOULOU H., « *Droit pénal général et procédure pénale* », 20^e éd., 2016, Intégral cours, Sirey. ; CONTE P., MAISTRE DU CHAMBON P., « *Procédure pénale* », 7^e éd., 2004, A. Colin ; PRADEL J., « *Procédure pénale* », 17^e éd., 2013, Cujas ;

²⁴⁴ CORNU G., « *Vocabulaire juridique* », op.cit, p. 1017.

²⁴⁵ Art. 430 du Code de procédure pénale

²⁴⁶ Art. 429 du Code de procédure pénale

où, au terme de l'article 537 du Code de procédure pénale, ils font foi jusqu'à preuve du contraire. La preuve contraire ne peut être rapportée que par écrit ou par témoin.

- Enfin, il sera nécessaire de se pencher à nouveau sur l'aveu en tant que preuve. C'est un acte par lequel une personne décide de s'accuser d'un fait pénalement répréhensible. Au sens général l'aveu se définit comme une « reconnaissance par un plaideur de l'exactitude d'un fait allégué contre lui, qui constitue un mode de preuve du fait avoué »²⁴⁷.

268- Au sens pénal, il se définit comme « *la reconnaissance, devant la police ou l'autorité judiciaire, par une personne soupçonnée ou poursuivie, de l'exactitude de tout ou partie des faits qui lui sont reprochés* »²⁴⁸. Cet élément de preuve étant bien sûr laissé à l'appréciation du juge par la suite sans forcément lier celui-ci.

269- Autrefois l'aveu avait une place capitale dans le procès pénal, c'est pourquoi il était recherché par tout moyen. Aujourd'hui c'est une preuve comme les autres, même s'il est recherché pour son caractère sécurisant. Pour avoir une réelle valeur probante, il doit être librement donné et l'individu ne doit subir aucune pression, ni violence qui vicierait la procédure.

270- Au sens civil, il est souvent évoqué deux aveux, l'aveu judiciaire et l'aveu extrajudiciaire. L'aveu judiciaire est celui qui « *est fait au cours de l'instance par une partie ou son fondé de pouvoirs, devant les juges ou arbitres, ou devant l'un d'eux* »²⁴⁹. C'est une déclaration par laquelle l'une des parties au procès reconnaît sa faute, une infraction ou les droits de l'autre partie²⁵⁰. « *L'aveu prouvé par procès-verbal de conciliation est considéré comme équivalent à un aveu judiciaire* »²⁵¹.

271- Quant à l'aveu extra-judiciaire, « *il est celui qui est fait hors la présence du juge ou fait en justice mais devant une autre instance* »²⁵². Cette déclaration est faite mais à l'extérieur des instances judiciaires²⁵³.

272- Depuis, cette classification a évolué puisqu'il faut désormais y ajouter les preuves scientifiques. En 1985, une méthode établie par Sir Alec John JEFFREYS²⁵⁴ a rendu possible

²⁴⁷ CORNU G., « *Vocabulaire juridique* », op.cit., p. 113.

²⁴⁸ Ibid.

²⁴⁹ Art. 1356 du code civil.

²⁵⁰ Art. 1354 du code civil. En matière civile, il a une force probante absolue. Il est irrévocable s'il est réalisé devant le juge, sauf erreur de fait.

²⁵¹ CORNU G., « *Vocabulaire juridique* », op.cit., p. 113.

²⁵² Ibid.

²⁵³ Le juge n'est en aucun cas tenu par cet aveu.

²⁵⁴ <https://www.police-scientifique.com/affaire-colin-pitchfork>

l'établissement d'une empreinte génétique d'ADN à partir d'un matériel issu du corps humain. C'est ainsi qu'à la fin du XXème siècle, la tendance change et la preuve scientifique devient un mode de preuve incontournable, allant même jusqu'à devenir la clé de voûte du procès pénal.

273- En matière de preuve pénale, le système français apparaît comme un système tant accusatoire, qu'inquisitoire.

274- La procédure pénale se rapproche du système accusatoire dans le sens où la charge de la preuve incombe à la partie poursuivante, à savoir, au Ministère public. Elle doit établir tous les éléments constitutifs de l'infraction soit, l'élément légal, matériel et moral, ainsi que l'absence de tous les éléments susceptibles de la faire disparaître. Mais il ne lui suffit pas de prouver la culpabilité du prévenu, la partie poursuivante doit également renverser la présomption d'innocence. En effet, il n'appartient pas à la personne poursuivie de démontrer son innocence. En vertu de l'adage « *In dubio pro reo* » repris par l'article 304 du Code de procédure pénale, « *le doute doit profiter à l'accusé* ». C'est ainsi que chaque personne dispose du droit de ne pas s'auto incriminer.

275- Le système français se rapproche également du système inquisitoire mais davantage en ce qu'il considère que la vérité des parties ne se suffit pas à elle seule. Les autorités et notamment les juges ont un réel devoir d'investigation, ils doivent tenter d'établir une vérité dite « objective » et ce, en recherchant personnellement la manifestation de la vérité, quelle que soit l'action ou l'inaction déployée par les parties. L'article 81 du Code de procédure pénale le confirme, 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. Il est bien constaté par le biais de cet article que le juge dispose d'un réel pouvoir d'appréciation afin de déterminer quelle est la vérité. Le Code de procédure pénale impose aux magistrats d'avoir un rôle actif dans l'établissement de la vérité, cela peut notamment se traduire par la possibilité d'ordonner un transport sur les lieux ou un supplément d'information.

276- La preuve en matière pénale repose sur deux principes incontournables nécessaires permettant une protection effective du principe d'auto incrimination en procédure pénale (Paragraphe 1.), elle sera cependant considérée comme relative dès lors que la procédure pénale permet aux particuliers de produire des preuves obtenues illégalement (Paragraphe 2.)

Paragraphe 1. Une protection effective de l'auto-incrimination

277- Cette protection se traduira à travers le principe de la liberté de la preuve (A.) ainsi qu'à travers le principe de la loyauté dans la recherche de la preuve (B.)

A. Le principe de la liberté de la preuve protectrice du droit de ne pas s'auto-incriminer

278- Contrairement au droit civil où la loi détermine les modes de preuves²⁵⁵, leur admissibilité et leur valeur probante, en droit pénal la preuve est libre. Au regard du droit communautaire, l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme qui traite du principe du contradictoire et des droits de la défense demeure silencieux quant à la preuve à proprement parlé. La Cour européenne des droits de l'homme a rappelé en 1990²⁵⁶ qu'il n'appartient pas à la convention de réglementer la matière des preuves et leurs valeurs probantes, qui relèvent du droit interne, mais qui lui revient seulement de vérifier, dans les affaires qui lui sont déférées, si les preuves ont été présentées devant les juges de façon à garantir à l'accusé un procès impartial. Aussi, la Cour européenne des droits de l'homme rappelle souvent que si l'article 6 garantit le droit à un procès équitable, il ne réglemente pas pour autant l'admissibilité des preuves en tant que telles ; matière relevant au premier chef du droit interne.

279- Au regard du droit positif, l'article 427 du Code de procédure pénale pose le principe selon lequel « *hors les cas où la loi en dispose autrement, les infractions peuvent être établies par tout mode de preuves* »²⁵⁷. La liberté dans l'admissibilité de la preuve tend à rendre plus aisée la démonstration de l'existence d'une infraction et de son imputation à une personne en laissant à celui qui a la charge de la preuve la possibilité de rapporter par tous moyens et en laissant au juge la faculté d'accepter ou de rejeter une telle démonstration. Cependant, ce principe ne signifie pas que n'importe quel procédé peut être utilisé mais qu'il existe des procédés interdits, car illégaux, et d'autres réglementés. « *La moralité doit constituer un*

²⁵⁵ LOI n° 2000-230 du 13 mars 2000 portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique, JORF n°62 du 14 mars 2000 page 3968, texte n° 1 : Les modes de preuve sont les moyens par lesquels les parties au procès peuvent prouver un acte ou un fait. Il existe 5 modes de preuve. La preuve littérale (Article 1354 du Code civil), la preuve testimoniale (1381 du Code civil), la preuve par indice (Article 1382 du Code civil), l'aveu (Article 1383 du Code civil) et le serment (Article 1384 du Code civil) ; Voir aussi., Article 9 du Code de procédure civile qui rappelle que « *il incombe à chaque partie de prouver conformément à la loi, les faits nécessaires au succès de sa prétention* ».

²⁵⁶ CEDH, Arrêt Windisch c. Autriche, 27 septembre 1990, n°12489/86

²⁵⁷ Article 427 du code de procédure pénale

élément pondérateur contre les abus. L'obligation de respecter une certaine loyauté dans la recherche de la preuve est imposée par des dispositions internationales et internes. Ces règles sont lourdes de conséquences puisque la preuve irrégulièrement obtenue produira un effet atténué ou pourra même se trouver privée de toute efficacité »²⁵⁸. Il appartiendra au juge d'apprécier souverainement la valeur des éléments de preuves régulièrement produits aux débats qui emporteront, ou non, son intime conviction.

B. Le principe de la loyauté dans la recherche de la preuve protectrice du droit de ne pas s'auto-incriminer

- 280- Si la manifestation de la vérité est essentielle, elle ne doit pas être recherchée de n'importe quelle manière. Pour cette raison, les tribunaux imposent aux autorités policières et judiciaires de respecter un principe dit de « loyauté ». Le juge, garant des droits et libertés des individus est tenu au principe de loyauté. Il ne saurait, au cours d'une enquête, usé de procédés déloyaux afin de récolter des preuves²⁵⁹. La violation de ces principes doit en conséquence être condamnée. La Cour européenne des droits de l'homme et la Cour de cassation ont toujours admis que, lorsqu'un agent de l'autorité publique provoque directement ou par le truchement d'un tiers la commission de l'infraction, les éléments de preuve issus de cette provocation soient écartés des débats et de tous les actes subséquents en découlant. Cependant, il faut distinguer la provocation à la preuve de la provocation à l'infraction.
- 281- La provocation à la preuve n'a pas pour effet de provoquer les agissements délictueux mais seulement de les constater ou d'en arrêter la continuation²⁶⁰. Les articles 706-35-1 et 706-47-3 du Code de procédure pénale autorisent les officiers de police judiciaire et agents de police judiciaire à participer à des échanges électroniques en se faisant passer pour des amateurs de contenu illicite. Dans le cadre de ces articles, les enquêteurs peuvent utiliser un pseudonyme et entrer en relation avec les personnes suspectées de commettre lesdites infractions sous la condition que les officiers agissent au cours d'une enquête ou sous-commission rogatoire et soient affectés dans un service spécialisé et spécialement habilité.

²⁵⁸ DANJAUME G., « *le principe de la liberté de la preuve en procédure pénale* » – D. 1996. 153

²⁵⁹ Dans l'arrêt de principe Wilson du 31 janvier 1888 rendu en Chambres réunies, la Cour de cassation considère qu'un juge d'instruction ne pouvait, en cachant son identité, engager une conversation téléphonique avec le suspect afin d'obtenir des éléments de preuve contre lui.

²⁶⁰ Il faut distinguer le cas de l'infiltration classique en procédure pénale (Art. 706-81 et s. du code de procédure pénale) et une forme spécifique d'infiltration en matière de mise en danger des mineurs et d'atteinte à la dignité créée par la loi du 5 mars 2007.

282- Le cas de la provocation à l'infraction est différent. Il y a provocation policière lorsque les agents impliqués ne se limitent pas à examiner passivement l'activité délictueuse mais exerce, 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 commise²⁶¹. « Si l'intervention d'agents infiltrés est admissible dans la mesure où elle est circonscrite et entourée de garanties, elle ne saurait justifier l'utilisation d'éléments recueillis à la suite d'une provocation policière : un tel procédé est susceptible de priver ab initio et définitivement l'accusé d'un procès équitable ». Il s'ensuit que la « preuve obtenue par le biais d'une provocation policière doit être écartée »²⁶². A titre d'exemple, le fait pour des policiers, dans le cadre d'un délit de trafic d'influence, de donner rendez-vous à la personne soupçonnée afin de lui donner une somme d'argent en échange de ses services²⁶³ est une situation de provocation à l'infraction. Bien que ce principe n'ait pas été cité pour prononcer la nullité du procédé il n'en demeure pas moins que ce principe est contraire au droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination. Il en est de même dans le cas où un policier utilise un tiers incitant son interlocuteur à lui transmettre des images de mineurs à caractère pornographique dans le cadre de correspondances électroniques par internet²⁶⁴. Ce type de procédé est considéré comme déloyal par la Cour de Strasbourg en ce sens qu'il porte atteinte au droit de ne pas s'auto-incriminer. Ces procédés illégaux tendent à contourner les règles prévues en conduisant des personnes à adopter un comportement qu'elles n'auraient pas adopté en l'absence de cette provocation. « En droit Allemand, le cas des « aveux suscités » fait référence à la situation dans laquelle une personne privée, à la demande d'une autorité investie du pouvoir d'instruction, obtient de l'accusé lors d'une conversation apparemment anodine, l'aveu de sa culpabilité. Le suspect ne sait naturellement pas que leur conversation est écoutée, enregistrée et que le contenu de celle-ci sera utilisé comme preuve contre lui (Joecks, Studienkommentar StPO, 2. Auflage, §136, Rn 7). C'est ainsi que furent définis les « aveux suscités » par la Grande Chambre de la Cour fédérale allemande dans un arrêt du 13 mai 1996 relatif à une écoute téléphonique réalisée par un interprète, à l'occasion d'une conversation entre un suspect et une personne privée, qui, à la demande de la police, cherchait par-là à obtenir des preuves à l'encontre du suspect. Il faut cependant souligner que le cas des « aveux suscités » ne concerne pas seulement les conversations téléphoniques, mais également, par exemple, la situation dans

²⁶¹ CEDH RAMANAUSKAS c/ LITUANIE, 5 février 2008, RCS 2008, 694.

²⁶² *ibid.*

²⁶³ Cour de cassation, Chambre criminelle, 27 fév. 1996 : bull. crim., n°93 ; JCP 96, éd. G, II-22629, note M-L RASSAT ; D. 96, p. 346, note ch. Guéry.

²⁶⁴ Cass crim. 11 mai 2006. n°05-84.837

laquelle, il est donné l'impression au suspect de pouvoir librement se confier à un tiers lors d'une suspension de l'interrogatoire, alors même que cette conversation est écoutée et enregistrée par une autorité chargée de l'instruction »²⁶⁵. Ces modes de preuves sont attentatoires aux droits de la défense et au droit de ne pas contribuer à sa propre auto-incrimination et la mise en œuvre du principe de loyauté tend à la préserver. « *Contraindre une personne à s'auto accuser est le comble de la violation des droits de la défense puisque la personne mise en cause devient son propre accusateur. Un tel procédé est donc prohibé (...) Il faut bien comprendre que, sauf à empêcher pratiquement toute enquête pénale, le droit de ne pas s'auto-incriminer ne fait pas obstacle à ce que les agents d'investigation obtiennent des éléments de preuve provenant d'une personne mise en cause même contre sa volonté. Il s'oppose seulement à ce que celle-ci soit tenue de collaborer en fournissant elle-même ces éléments* »²⁶⁶. Toutefois, l'atteinte au droit de ne pas s'auto-incriminer ne sera pas protégée dans le cas où la preuve sera constituée par un particulier.

Paragraphe 2. Une protection relative de l'auto-incrimination

283- Si l'auto-incrimination peut parfois paraître protégée, il s'avère que cette protection n'est que relative. Cela sera constaté au travers de l'application de la loi par les particuliers, qui ne dispose pas des mêmes droits que tous, pouvant ainsi porter atteinte au droit de ne pas s'auto-incriminer (A), mais aussi, il sera observé que cette protection apparaît relative au regard de l'absence de protection légale qui entoure la personne mise en cause (B).

A. La preuve constituée par un particulier attentatoire au droit de ne pas s'auto-incriminer

284- Dans les années 1990 est survenue une série d'arrêts et notamment un arrêt de la Chambre criminelle de la Cour de cassation du 15 juin 1993²⁶⁷ qui démontre que le principe de loyauté de la preuve ne contraint que les autorités judiciaires et non les personnes privées agissant à

²⁶⁵ Gless, *Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz. Grosskommentar*, §§ 112-150, BD 4, 26 Auflage, zu § 136 a ; MASFAYON O., « *Les aveux surpris ou la preuve obtenue par l'auto-incrimination involontaire du suspect* », Soumis le 30/06/2009 par Olivier Leclerc dans MBDE / Droit du procès et de la preuve judiciaire.

²⁶⁶ DESPORTES F, LAZERGES-COUSQUER L, « *Traité de procédure pénale* », op.cit., p. 413

²⁶⁷ Cass crim. 15 juin 1993, n° de pourvoi : 92-82509

titre personnel. Les particuliers sont parfois amenés à se préconstituer la preuve de l'infraction dont ils se prétendent victimes et la Chambre criminelle tranche systématiquement en faveur de l'admission de ces procédés²⁶⁸ et *a fortiori* si cela est pour rapporter la preuve de sa défense²⁶⁹. « *Aucune disposition légale ne permet aux juges répressifs d'écarter les moyens de preuve produits par les parties au seul motif qu'ils auraient été obtenus de façon illicite ou déloyale. Il leur appartient seulement, en application de l'article 427 du Code de procédure pénale, d'en apprécier la valeur probante* »²⁷⁰. Ainsi, sauf à ce qu'un particulier n'agisse en concertation avec les agents de l'autorité publique, que le procédé utilisé vicie la recherche de la vérité ou qu'il porte atteinte à l'intégrité physique ou psychique de la personne, aucune garantie ne permet de protéger le droit de ne pas s'auto-incriminer en pareille circonstance. C'est ainsi qu'un arrêt de la Chambre criminelle de la Cour de cassation en date du 31 janvier 2012 indique que « *Pour rejeter le moyen de nullité pris du versement au dossier des enregistrements de conversations privées réalisés par le maître d'hôtel de Mme Y... à l'insu de celle-ci et de ses interlocuteurs, dont ses avocats, et des pièces subséquentes, l'arrêt relève notamment que ne peut être annulé un document, versé en procédure, qui est produit par un particulier, constitue une pièce à conviction et ne procède, dans sa confection, d'aucune intervention, directe ou indirecte, d'une autorité publique ; que les juges ajoutent qu'il en va également ainsi de la transcription de conversations échangées entre un avocat et un client, l'argumentation prise, d'une part, des dispositions de l'article 100-5 du Code de procédure pénale, applicables aux seules interceptions de correspondances ordonnées par une autorité publique et, d'autre part, de l'article 66-5 de la loi du 31 décembre 1971, relatif aux documents couverts par le secret professionnel de l'avocat, étant inopérante ;*

285- *Attendu qu'en se déterminant ainsi, 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 Code de procédure pénale, et comme tels, susceptibles d'être annulés, mais des moyens de preuve qui peuvent être discutés contradictoirement, et que la transcription de ces enregistrements, qui a pour seul objet d'en matérialiser le contenu, ne peut davantage donner lieu à annulation* »²⁷¹. Il s'agira en

²⁶⁸ Cass crim. 23 juillet 1992 n° 92-82.721, D.1993.206, obs. J. Pradel

²⁶⁹ Cass crim 27 janvier 2010, n° pourvoi 09-83.395

²⁷⁰ Cass. crim. 15 juin 1993, B. n°136, Gaz. Pal. 1994, 2, p. 489 : production d'un film montrant un salarié voler dans la caisse.

²⁷¹ Arrêt n° 497 du 31 janvier 2012 (11-85.464) - Cour de cassation - Chambre criminelle : En l'espèce, la fille de Liliane BETTENCOURT avait déposé une plainte auprès du procureur de la République de Nanterre pour des faits d'abus de faiblesse dont sa mère était, selon elle,

l'espèce d'une auto-incrimination involontaire dans la mesure où la personne enregistrée l'est non seulement contre son gré, mais surtout, en l'absence de connaissance de cause. L'impact n'en est pas pour autant moins important. Cette « largesse » empêchant d'écarter les moyens de preuve obtenus de manière illicite pose une difficulté sur la protection du droit de ne pas s'auto-incriminer²⁷².

286- Cela ne semble cependant pourtant pas être l'avis du magistrat Claude Guéry, qui indique que : « *Il n'y a (...) rien d'illogique à considérer que le même acte soit différemment qualifié selon qu'il est mis en œuvre ou non par les forces de police* », car « *le système mis en œuvre par une personne privée est un système de défense (...) qui ne peut faire l'objet d'une annulation, ne constituant pas un acte d'instruction mais pouvant valoir comme simple renseignement ouvert à débat contradictoire. La mise en place par les services de police d'un système du même type est en revanche un acte d'enquête ou un acte d'instruction qui doit être effectué en conformité avec la législation, et cela même si c'est un particulier qui a prié les policiers d'agir* »²⁷³.

287- Tout d'abord, il apparaît nécessaire de relever l'aspect contradictoire qui découle de ce principe dès lors que le droit de ne pas s'auto-incriminer est négligé par l'application d'un principe qui autorise des preuves obtenus de manière illégale.

288- En outre, il est nécessaire de rappeler que ce type de procédés est considéré comme ayant un caractère déloyal en matière civile plaçant le justiciable en matière pénale sur un niveau inégal comparé au justiciable civil. En effet, la doctrine rappelle que : « *La Cour de cassation a par ailleurs circonscrit ce principe de liberté de la preuve à la seule matière pénale. Se fondant sur les articles 9 du Code de procédure civile et 6 ou 8 de la Convention EDH, les chambres civiles refusent la production d'enregistrements audio ou vidéo réalisés à l'insu des*

victime de la part des membres de son entourage. Dans le cadre de sa plainte, celle-ci a communiqué des enregistrements, un courrier de son avocat à un huissier de justice attestant qu'elle avait un intérêt à faire retranscrire les enregistrements réalisés par le Maître d'hôtel de Madame Bettencourt contenus sur ces supports, ainsi qu'une liasse de feuillets sur lesquels étaient dactylographiés les propos échangés entre sa mère et d'autre personne telle que son avocat.

²⁷² Cass. crim., 13 juin 2001, n° 00-85580, NP : Procédures 2001, n° 202, obs. Buisson J. – Cass. crim., 31 janv. 2007, n° 06-82383 : Bull. crim., n° 27 ; D. 2007, p. 1821, obs. Caron D. et Ménotti S ; Cass. crim., 19 janv. 1999, n° 98-83787 : Bull. crim., n° 9 ; Dr. pén. 1999, comm. 24, obs. Marsat C. ; Cass. crim., 31 janv. 2012, n° 11-85464 : Rev. pénit. 2012, p. 157, obs. Ambroise-Castérot C. ; Cass. crim., 11 mai 2004, n° 03-85521 : Bull. crim., n° 117 ; Dr. pén. 2004, comm. 122, note Maron A. ; Cass. crim., 14 avr. 2015, n° 14-88515 : Bull. crim., n° 83. ; Cass. crim., 14 avr. 2015, n° 14-87914 : Bull. crim., n° 87

²⁷³ GUÉRY C., in, D. 1996, p. 346, obs..

personnes en raison de leur caractère déloyal. Une assemblée plénière a, au visa des articles 9 du Code de procédure civile, 6, § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales et du principe de loyauté dans l'administration de la preuve, jugé que l'enregistrement d'une conversation téléphonique réalisé à l'insu de l'auteur des propos tenus constitue un procédé déloyal rendant irrecevable sa production à titre de preuve.»²⁷⁴ Pourquoi un enregistrement établi dans les mêmes conditions, à savoir, de manière illégale, car sans le consentement de la personne entendue, serait recevable en matière pénale et irrecevable en matière civile ? La personne entendue dans le cadre de cet enregistrement est pourtant manipulée dans les deux cas. C'est à cause de ce type de manipulations qu'il risque d'être mis en cause. Si la matière civile estime ces procédés illégaux, c'est qu'il y a une atteinte qui est relevée. Encore une fois, il apparaît qu'au prétexte d'une « bonne administration de la justice » les droits de la défense soient mis à mal. Cela transparaît dans une partie de la doctrine²⁷⁵. En effet, cette absence de légitimité et d'égalité entre les justiciables a d'ailleurs fait l'objet d'une question prioritaire de constitutionnalité : « L'article 427 du Code de procédure pénale, qui dispose que, hors les cas où la loi en dispose autrement, les infractions peuvent être établies par tout mode de preuve, et les articles 3, 10, al. 2, et 497, 3° du Code de procédure pénale, qui ne prévoient aucune disposition spécifique concernant les règles de preuves applicables dans le cas où la juridiction pénale est amenée à statuer sur la seule action civile, sont-ils contraires au principe d'égalité devant la Loi qui découle de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen, au respect de la présomption d'innocence affirmé à l'article 9 de la Déclaration et au principe de garantie des droits affirmé à l'article 16 de la Déclaration, en tant qu'ils excluent l'application des règles de preuve propres au droit civil, plus protectrices, dans le cas où un litige, quoiqu'exclusivement civil, se trouve porté devant une juridiction pénale ? ». La Chambre criminelle a répondu qu'il n'y a pas lieu à renvoi au motif d'une absence de caractère sérieux de la question, « dès lors que la distinction du régime de

²⁷⁴ LAVIELLE B., « Entre exigence de loyauté et principe de proportionnalité, la preuve pénale en liberté surveillée ? » Gazette du Palais : 24/10/2017 - Gaz. Pal. 24 oct. 2017, n° 305n7, p. 77. Voir aussi : Cass. 2° civ., 7 oct. 2004, n° 03-12653 : Bull. civ. II, n° 447 ; AJ pénal 2005, p. 30, obs. Enderlin C.-S. – Cass. soc., 20 nov. 1991, n° 88-43120 : Bull. civ. V, n° 519 ; D. 1992, p. 73, concl. Chauvy Y. – Cass. com., 13 oct. 2009, n° 08-19525 ; Cass. ass. plén., 7 janv. 2011, n° 09-14316 et 09-14667 : Bull. ass. plén., n° 1 ; D. 2011, p. 618, obs. Vigneau V. ; v. également Ascensi L., « Retour sur le principe de loyauté des preuves », AJ pénal, 2012, p. 346.

²⁷⁵ LAVIELLE B., « Entre exigence de loyauté et principe de proportionnalité, la preuve pénale en liberté surveillée ? », op.cit.

la preuve en matière civile et en matière pénale et la différence de traitement qui pourrait en résulter entre le prévenu définitivement relaxé et dont la faute civile est envisagée par le juge pénal saisi en appel par la seule partie civile et celui dont la responsabilité est envisagée devant le juge civil, est justifiée au regard de la spécificité de l'action civile engagée par une victime devant le juge répressif, dont le bien-fondé ne peut être apprécié qu'au regard de l'objet et dans la limite de la poursuite ».

- 289- Force est de constater que cela cause un préjudice à la personne qui fait l'objet d'une procédure pénale suite à un élément de preuve obtenu par un procédé illégal.
- 290- Pourtant, à ce jour, aucune raison procédurale, ni aucune utilité juridique n'impose de maintenir ce principe obsolète. Il faudrait faire du principe de loyauté, un principe général. Il est nécessaire de faire du principe de loyauté un principe applicable de la même manière par tous et pour tous. En effet, aujourd'hui la preuve est trop absente du Code de procédure pénale ce qui ne permet pas d'assurer une réelle protection à la personne mise en cause. Il est nécessaire de consacrer textuellement le principe de la preuve et de mettre un terme aux manœuvres des parties privées non soumises aux exigences de loyauté. Aucune preuve obtenue de manière déloyale ne devrait pouvoir être produite en justice. En autorisant ce type de procédés tant en droit interne qu'en droit européen, le droit atteint la protection réelle du droit de ne pas s'auto-incriminer, dévalorisant l'ensemble des droits de la défense. Sa protection devrait être garantie en mettant un terme à l'application du principe de liberté de la preuve du particulier. Une fois de plus, cela démontre bien les lacunes qui demeurent autour de principes qui ne sont pas consacrés dans la procédure pénale en droit national. Laisser les parties privées pouvoir fournir des modes de preuve obtenue de manière illégale tend à reconnaître qu'il vaut mieux laisser le juge apprécier une preuve illégale fournie par une personne pour pouvoir en incriminer. La charge de la preuve qui appartient à la partie poursuivante semble presque être renversée au regard de tant de pouvoir laissé aux parties privées.

B. L'absence de protection légale attentatoire au droit de ne pas s'auto-incriminer

- 291- L'absence de protection réelle du droit de ne pas s'auto-incriminer est d'autant plus caractérisé dans le fait que le principe de loyauté, fondamental dans la procédure pénale française, ne figure ni dans l'article préliminaire du Code de procédure pénale, ni dans le code

lui-même.²⁷⁶ « Au cours des débats ayant précédé l'adoption de la loi du 15 juin 2000 les parlementaires avaient pourtant songé à l'y inscrire. S'ils y ont renoncé, c'est que la loyauté est un peu comme ces images que l'on aperçoit clairement de loin et qui se brouillent quand on les approche. La loyauté se présente en effet à priori comme une notion a-juridique, située dans une zone grise entre légalité - qui est d'ailleurs le sens originel du mot - et morale. On adhère de manière immédiate et spontanée à sa nécessité plus facilement qu'on ne la démontre. Cette notion chevaleresque pourrait même paraître incongrue dans un procès qui n'est pas tout à fait un combat singulier. Elle n'apparaît nulle part dans les déclarations internationales de droits et la Cour européenne des droits de l'homme qui, on l'a dit, n'entend pas se mêler de juger les règles relatives à la recevabilité des preuves n'y fait pas allusion. Pour elle, la question de la loyauté est absorbée dans celle plus vaste de l'équité du procès »²⁷⁷. L'absence de considération de ces principes semble être le même en matière de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. En effet, l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme relatif au principe du contradictoire et au droit de la défense demeure silencieux quant à la preuve à proprement parlé. La Cour européenne des droits de l'homme rappelle souvent que « si l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme garantit le droit à un procès équitable, il ne réglemente pas pour autant l'admissibilité des preuves en tant que telle, matière qui dès lors relève au premier chef du droit interne. Il n'appartient pas à la Cour de se prononcer, par principe, sur la recevabilité de certaines sortes d'éléments de preuve, par exemple des éléments obtenus de manière illégale, ou encore sur la culpabilité du requérant (a) présentée dans l'ensemble un caractère équitable »²⁷⁸. En définitive, ce principe de loyauté ressemble au droit de ne pas s'auto-incriminer ; ils ont valeur de principe supérieur, tout le monde le sait, mais légalement, aucune légitimité ne lui est conférée. Ce raisonnement ne peut permettre une valorisation des droits de la défense de la personne mise en cause ou suspectée.

Section 2. L'examen de la preuve

292- Le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination est intimement lié à la notion de preuve et plus particulièrement aux modes d'obtention des preuves. L'examen de la preuve

²⁷⁶ COUV RAT P. et GIUDICELLI-DELAG E G., RCS 2001, p.146

²⁷⁷ DESPORTES F, LAZERGES-COUSQUER L, « *Traité de procédure pénale* », op.cit., p. 395

²⁷⁸ CEDH Khan C/ Royaume-Uni, 12 mai 2000, § 6 et 7.

par toutes juridictions doit être protecteur de ce droit. La Cour européenne des droits de l'homme « *doit examiner si la procédure, y compris la manière dont les éléments de preuve ont été recueillis, a été équitable dans son ensemble, ce qui implique l'examen de « l'illégalité » en question et, dans le cas où se trouve en cause la violation d'un autre droit* »²⁷⁹.

293- Ainsi, il pourrait être pensé que le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination peut être revendiqué de manière automatique dès lors que des preuves, utilisées dans un procès pénal, ont été obtenues par la contrainte, en violation d'autres articles de la Convention européenne des droits de l'homme, tels que l'article 3 relatif à l'interdiction de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants ou l'article 8 relatif au droit au respect de la vie privée et familiale. Cela ne s'applique cependant pas de manière aussi générale. La jurisprudence est venue préciser cela.

294- A titre d'exemple, l'arrêt « Gäfgen »²⁸⁰ apporte une pierre à l'édifice en la matière en expliquant quelles sont les limites de l'examen de la preuve démontrant également que cette protection n'est pas si générale que cela : « *la répression de l'emploi de méthodes d'enquête transgressant l'article 3 et la protection effective des individus contre de telles méthodes peuvent donc elles aussi exiger en principe d'exclure l'utilisation au procès des preuves matérielles rassemblées au moyen d'une violation de l'article 3, même si ces preuves ont un lien plus ténu avec la violation de l'article 3 que celles extorquées directement grâce à une violation de cet article. Sinon, l'ensemble du procès est inéquitable. La Cour européenne des droits de l'homme estime cependant que l'équité d'un procès pénal et la sauvegarde effective de l'interdiction absolue énoncée à l'article 3 dans ce contexte ne se trouvent en jeu que s'il est démontré que la violation de l'article 3 a influé sur l'issue de la procédure dirigée contre l'accusée, autrement dit à eu un impact sur le verdict de culpabilité ou la peine* »²⁸¹ Cet arrêt dénote une application dès plus particulière du respect des droits de l'homme puisque la Cour européenne des droits de l'homme considère que la gravité ne repose pas sur le simple fait que des éléments de culpabilité ait été établis avec l'emploi de méthode d'enquête transgressant l'article 3 mais bien la finalité de l'obtention de ces preuves. La Cour européenne des droits de l'homme ne se contente que de regarder les conséquences finales

²⁷⁹ Ibid. (Voir notamment CEDH, Khan c. Royaume-Uni, n°35394/97, § 34, CEDH 2000-V, P-G. et J.H. c. Royaume-Uni, n°44787/98, § 76, CEDH 2001-IX, et Allan c. Royaume-Uni, n°48539/99, § 42, CEDH 2002-IX).

²⁸⁰ CEDH, GAFGEN c. ALLEMAGNE, 1er juin 2010, requête n°22978/05, § 164.

²⁸¹ Ibid. § 148

sans regarder l'atteinte préalable : « Dans l'arrêt *Gäfgen*²⁸², pour déterminer si l'obtention de preuves au mépris de l'article 3 a privé le procès, dans son ensemble, du caractère équitable prôné par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, la Cour européenne des droits de l'homme examine toutes les circonstances de la cause et regarde en particulier si les droits de la défense ont été respectés, si les preuves obtenues en violation d'un article de la Convention européenne des droits de l'homme ont influé sur le verdict de culpabilité ou la peine de l'accusé. Elle recherche donc le lien de causalité entre la non-exclusion des preuves litigieuses, obtenues par des méthodes prohibées, et le verdict de culpabilité ou la peine. La Cour européenne des droits de l'homme a en l'espèce conclu à la non-violation du droit de ne pas s'incriminer soi-même et donc à la non-violation des droits de la défense et du droit plus général du requérant à un procès équitable »²⁸³. Pourtant, il apparaît nécessaire que tous éléments, obtenus de quelque manière que ce soit, en lien direct ou indirect, avec l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme, soient écartés des débats, peu importe s'ils ont ou non contribué à l'auto-incrimination de la personne mise en cause. Il est question de respect des droits de la défense applicable de manière générale.

295. En ce qui concerne l'analyse de l'examen de la preuve vis-à-vis des différentes atteintes relevées à l'encontre de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, la jurisprudence va établir des critères d'examen de la preuve sur lesquels il sera désormais nécessaire de se fonder pour analyser la recevabilité d'un élément de preuve. Dans l'arrêt *Bykov*²⁸⁴, la Cour européenne des droits de l'homme, après avoir « examiné les garanties ayant entouré l'appréciation de l'admissibilité et de la fiabilité des éléments de preuve en question, la nature et le degré de contrainte alléguée et l'utilisation faite des éléments obtenus au moyen de l'opération secrète, la Cour européenne des droits de l'homme estime que la procédure conduite dans l'affaire du requérant, considérée dans son ensemble, n'a pas méconnu les exigences d'un procès équitable »²⁸⁵. Cet arrêt est fondateur car c'est lui qui va donner les critères d'admissibilité de la preuve qui seront analysés par la suite tels que la nature et le degré de la coercition (Paragraphe 1.), le poids de l'intérêt public et la poursuite de l'infraction en question et à la sanction de son auteur (Paragraphe 2.) et l'existence de

²⁸² Ibid, § 164.

²⁸³ SAURON JL., CHARTIER A., avec la collaboration de REGUER-PETIT L., « *Les droits protégés par la convention européenne des droits de l'homme* », Gualino, extenso éditions, MAYENNE, juin 2014, p.181.

²⁸⁴ CEDH, *Bykov c. Russie*, requête n°4378/02 du 10 mars 2009, § 104.

²⁸⁵ Ibid.

garanties appropriées dans la procédure et l'utilisation faite des éléments ainsi obtenus (paragraphe 3.).

- 296- Certains auteurs ont également eu l'occasion de statuer sur l'importance de l'examen de la preuve en relevant que : « *Quant aux preuves obtenues au mépris de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, relatif au droit au respect de la vie privée et familiale, la Cour européenne des droits de l'homme déroule les critères précédemment énumérés assurant le respect du droit de ne pas s'auto incriminer soi-même : la nature et le degré de la coercition, l'existence de garanties appropriées dans la procédure et l'utilisation qui est faite des éléments ainsi obtenus* ». ²⁸⁶
- 297- Cela va servir de base à la jurisprudence car désormais, le cadre est posé. Les critères d'appréciation sont identifiés et la Cour européenne des droits de l'homme sait désormais comment elle doit examiner la preuve.
- 298- La Cour européenne des droits de l'homme rappelle néanmoins que l'admissibilité des preuves n'est pas directement réglementée par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme. Il en va de même pour l'admissibilité des preuves obtenues illégalement. Elle ne se prononce sur les modes d'obtention de preuves que dans le cadre de l'examen du caractère équitable de la procédure dans son ensemble. Pour examiner si le droit de ne pas s'auto incriminer n'a pas été méconnu, la Cour examine « *tour à tour les facteurs suivants : la nature et le degré de la coercition employée pour l'obtention des éléments de preuve ; le poids de l'intérêt public et la poursuite de l'infraction en question et à la sanction de son auteur ; l'existence de garanties appropriées dans la procédure et l'utilisation faite des éléments ainsi obtenus* » ²⁸⁷.
- 299- Il apparaît donc opportun, compte tenu de l'apport de la doctrine et de la jurisprudence, d'analyser les différents critères essentiels à l'examen de la preuve.

Paragraphe 1. La nature et le degré de la coercition

- 300- Le droit de ne pas s'auto incriminer est bafoué dès lors que « *dans une affaire pénale, l'accusation cherche à fonder son argumentation sans recourir à des éléments de preuves*

²⁸⁶ SAURON JL., CHARTIER A., avec la collaboration de REGUER-PETIT L., « *Les droits protégés par la convention européenne des droits de l'homme* », Gualino, extenso éditions, MAYENNE, juin 2014, p.182.

²⁸⁷ Ibid.

obtenus par la contrainte ou les pressions, au mépris de la volonté de l'accusé »²⁸⁸ et ainsi obtenir des éléments de la part de la personne mise en cause qui n'aurait pas été obtenus sans cet état de contrainte. La coercition correspond au fait de contraindre quelqu'un de faire quelque chose. Cela n'aurait pas été réalisé par son seul et propre consentement. Elle peut s'exercer de manière physique, financière ou psychologique. A titre d'exemple, le fait d'encourir une peine d'emprisonnement et une peine d'amende pour refuser de comparaître devant une commission parlementaire d'enquête, de prêter serment ou de répondre à ses questions, est constitutif d'une coercition²⁸⁹. Ce critère apparaît être le critère principal dans la mesure où il va permettre, non seulement de déterminer si l'auto accusation de la personne mise en cause résulte bien de son propre fait ou d'une coercition exercée par les autorités publiques, mais cela va permettre également de déterminer dans quelle mesure cette coercition a été exercée. La Cour européenne des droits de l'homme va, au travers de sa jurisprudence, définir ce qu'elle entend par coercition au sens de l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'homme : « *La Cour rappelle également que le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination et le droit de garder le silence ont notamment pour but de protéger l'accusé contre une coercition abusive de la part des autorités et ainsi d'éviter les erreurs judiciaires et d'atteindre les buts de l'article 6. Pour rechercher si une procédure a anéanti la substance même du droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination, la Cour doit examiner la nature et le degré de la coercition, l'existence de garanties appropriées dans la procédure et l'utilisation qui est faite des éléments ainsi obtenus* »²⁹⁰. La Cour européenne des droits de l'homme s'attache donc à la nature et le degré de coercition, c'est-à-dire à quel degré d'abus il y aura une atteinte à l'auto-incrimination reconnue. Elle vérifie qu'elle a été l'utilisation des éléments obtenus et quel a été l'impact engendré sur l'auto-incrimination. Elle sous-entend d'ailleurs que c'est elle, de façon discrétionnaire, qui sera la seule à pouvoir juger de ce degré de coercition et si l'impact de l'utilisation des éléments mettant en cause la personne entendue a été abusive ou non. Elle sera donc seul juge, sûrement au regard de la jurisprudence, d'une qualification d'atteinte à l'auto-incrimination. A titre d'exemple, dans l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme *Bykov c/ Russie*²⁹¹, le requérant, Anatoliy Petrovich BYKOV, se plaint notamment de l'utilisation d'un enregistrement dissimulé comme preuve à charge dans le cadre d'une

²⁸⁸ CEDH, *Jalloh c. Allemagne*, requête n°54810/00 du 11 juillet 2006, § 105.

²⁸⁹ CEDH, 19 mars 2015, *Corbet et autres c. France*, requêtes n° 7494/11, 7493/11 et 7989/11, §34

²⁹⁰ CEDH, 10 mars 2009, *Bykov c. Russie*, requête n° 4378/02, § 102

²⁹¹ *Ibid.*

procédure pénale intentée contre lui ainsi que la durée de sa détention préventive : « *La Cour rappelle que l'article 6 garantit le droit à un procès équitable, dans son ensemble, et ne règlemente pas, en tant que telle, la question de la recevabilité des preuves, fussent-elles illégales, en droit interne. A cet égard, elle relève que Monsieur BYKOV a eu la possibilité de dénoncer les méthodes employées par la police, au cours des débats contradictoires, aussi bien en première instance qu'en appel. Il a pu donc soutenir que les preuves présentées contre lui avaient été recueillies illégalement et que l'enregistrement litigieux avait été mal interprété. Les juridictions internes se sont penchées sur chacun de ses arguments en détail et les ont rejetés point par point par des décisions motivées. Par ailleurs, la Cour souligne que les déclarations du requérant, enregistrées de manière subreptice, n'avaient pas été faites sous une quelconque forme de contrainte ; n'avaient pas été prises en compte directement par les juridictions internes, qui s'étaient plutôt fondées sur l'expertise à laquelle avait été soumis l'enregistrement ; et étaient enfin corroborées par une série de preuves matérielles. Par conséquent, la Cour considère que les droits de la défense du requérant et son droit à ne pas s'incriminer lui-même ont été respectés et que, dès lors, il n'y a pas eu violation de l'article 6§1* ». En l'occurrence, en l'espèce, la Cour s'est prononcée uniquement sur la nature et le degré de coercition exercée, rejetant toute forme d'illégalité du procédé utilisé. Elle considère qu'en l'absence de contrainte il ne pouvait y avoir de violation de l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'homme. Elle semble donc rattacher exclusivement la notion de coercition à la notion de violation.

301- Dans l'arrêt *Allan C/ Royaume-Uni*²⁹², la Cour européenne des droits de l'homme aborde la coercition de manière différente. Dans cet arrêt, le requérant dénonce le recours à un dispositif de surveillance audio et vidéo secret placé dans sa cellule dans la zone de visite de la prison et sur un codétenu, ainsi que l'utilisation à son procès pour meurtre d'éléments recueillis de la sorte. « *En l'espèce, la Cour note que lors de ses interrogatoires par la police à la suite de son arrestation, le requérant s'est invariablement prévalu de son droit de garder le silence, sur les conseils de son solicitor. H., qui était depuis longtemps un informateur de la police, fut placé dans la cellule de l'intéressé au commissariat de Stretford puis dans la même prison dans l'intention précise d'obtenir de l'intéressé des informations qui l'impliqueraient dans les infractions dont on le soupçonnait. Les preuves produites au procès de l'intéressé ont montré que la police avait préparé H. et l'avait chargé de « tirer [du requérant] tout ce qu'il*

²⁹² CEDH, *ALLAN c. ROYAUME-UNI*, 5 novembre 2002, 48539/99

pourrait». Contrairement à ce qui s'était passé dans l'affaire Khan, les aveux que le requérant aurait livrés à H., et qui constituèrent l'élément principal ou déterminant à charge à son procès, ne furent pas des déclarations spontanées et non provoquées que le requérant aurait formulées de son plein gré, mais ont été suscitées par l'interrogatoire insistant de H. qui, comme le lui avait demandé la police, a orienté leurs conversations sur le meurtre dans des conditions qui peuvent passer comme équivalant en fait à un interrogatoire, sans les garanties dont s'accompagnerait un interrogatoire de police formel, parmi lesquelles la présence d'un avocat et la mise en garde habituelle. Certes, aucune relation particulière n'existait entre H. et le requérant et aucun élément témoignant d'une coercition directe n'a été mis en évidence ; la Cour estime néanmoins que l'intéressé a subi une pression psychologique qui a affaibli le « caractère volontaire » de ce qu'il a prétendument révélé à H. : il était soupçonné dans une affaire de meurtre, se trouvait en détention et sous la pression directe de la police lors d'interrogatoires sur le meurtre et il pouvait se laisser aller à se confier à H., avec lequel il partagea une cellule quelques semaines. Partant, les informations recueillies grâce à l'intervention de H. peuvent passer pour avoir été obtenues contre le gré du requérant et l'utilisation qui en a été faite au procès a porté atteinte au droit de l'intéressé de garder le silence et de ne pas contribuer à sa propre incrimination ». La Cour européenne des droits de l'homme apporte un élément important sur la nature et le degré de la coercition en indiquant que le type d'interrogatoire vicié qu'a subi Monsieur H. correspondait à un interrogatoire qui aurait dû nécessiter la présence d'un avocat. C'est en précisant des éléments de ce type que la Cour européenne des droits de l'homme précise le cadre de la nature et du degré de coercition. Elle assimile la coercition au fait que la personne entendue aurait dû bénéficier de ce droit d'être assisté par un avocat. Ainsi, la coercition demeure dès lors que tout interrogatoire a lieu sans la présence d'un conseil puisqu'il ne pourra lui conseiller de faire des déclarations, de répondre aux questions ou bien de garder le silence. En l'espèce, Monsieur H. a été manipulé et c'est pourquoi elle précise « que l'intéressé a subi une pression psychologique qui a affaibli le « caractère volontaire ». Sans ces manœuvres, il aurait continué de garder le silence, comme il l'avait fait lors de ses précédents interrogatoires. Cela rejoint l'influence que le droit européen a émise sur la procédure pénale française²⁹³.

302- Pour conclure à la violation de l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'homme, la Cour ne se penche pas sur le procédé déloyal utilisé qui consistait à mettre en place des enregistrements audio et vidéo contre son gré mais sur le fait que le suspect, qui

²⁹³ CEDH, 13 octobre 2009, Dayanan c/ Turquie, § 32, n° 7377/03, § 32.

avait décidé de garder le silence lors de ses interrogatoires, s'est vu contraint de faire des déclarations à cause d'une pression psychologique subie par les autorités publiques. A nouveau, elle rejette toute analyse du procédé déloyal ou non de la mise en place d'un enregistrement mais se fonde uniquement sur le caractère coercitif qu'aurait subi le mis en cause au travers de ses déclarations spontanées.

303- A nouveau la Cour européenne des droits de l'homme, dans le célèbre arrêt *Saunders c/ Royaume-Uni*²⁹⁴, va préciser la façon dont elle analyse la nature de l'examen et le degré de coercition en relevant qu'elle doit seulement rechercher si « *l'emploi que l'accusation a fait des déclarations obtenues du requérant par les inspecteurs a porté une atteinte injustifiable à ce droit. Elle doit examiner cette question à la lumière de toutes les circonstances de la cause. Elle déterminera en particulier si des pressions ont été exercées sur l'intéressé pour qu'il dépose et si l'utilisation dans son procès de ces éléments s'est heurtée aux principes fondamentaux d'un procès équitable inhérents à l'article 6 par. 1 (art. 6-1), dont le droit en question est une composante* »²⁹⁵. Cet arrêt apporte une précision qui apparaît contraire au droit de ne pas s'auto-incriminer et *a fortiori*, aux droits de la défense. En effet, la Cour européenne des droits de l'homme explique qu'il faut seulement regarder quel est l'impact de la coercition sur les déclarations de la personne mise en cause. Il est nécessaire qu'il y ait une atteinte injustifiable. Or le simple fait qu'il y ait une coercition abusive devrait suffire à faire annuler les déclarations portées. C'est le caractère abusif qu'il faut sanctionner en l'espèce. Il ne faut pas seulement s'attacher à la finalité. En l'espèce, la Cour européenne des droits de l'homme a relevé que l'accusation avait fait un large usage des déclarations et ce, d'une manière qui tendait à incriminer le requérant. La violation a donc été retenue avec seize voix contre quatre.

304- La difficulté que pose cette jurisprudence est ce sentiment de compromis avec lequel agit la Cour européenne des droits de l'homme. Il faut sans cesse ménager les droits de la défense en expliquant que s'il y a une coercition abusive, il faut la sanctionner, mais d'un autre côté il faut aussi privilégier le bon déroulement des enquêtes en annulant seulement les déclarations faites sous la contrainte qui ont eu un impact sur l'auto-incrimination. Il s'agit donc d'un constat tendant à la dévalorisation des droits de la défense.

²⁹⁴ CEDH, *Saunders c/ ROYAUME-UNI*, préc., § 68

²⁹⁵ CEDH, 17 décembre 1996, *Saunders c. Royaume-Uni*, requête n° 19187/91, § 69

Paragraphe 2. Le poids de l'intérêt public et la poursuite de l'infraction en question et à la sanction de son auteur

305- Comme l'explique Max Weber, dès lors que, « *dans une société, la légitimité du pouvoir repose sur la raison, les citoyens n'acceptent de se soumettre aux décisions des gouvernants que parce qu'ils les jugent conformes à l'intérêt de tous et de chacun* »²⁹⁶. La notion « *d'intérêt public* » est pour la première fois apparu dans l'arrêt Jalloh c/ Allemagne²⁹⁷ qui a permis de faire naître un nouveau critère d'examen de la preuve par la Cour européenne des droits de l'homme afin de déterminer s'il y avait violation du droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination : « *le poids de l'intérêt public à la poursuite de l'infraction en question et à la sanction de son auteur* »²⁹⁸. Lorsque la Cour va restreindre l'exercice de certains principes, droits ou libertés protégées, en l'occurrence, le droit de ne pas s'auto-incriminer, elle doit justifier son action par la poursuite d'un objectif d'intérêt général. Si dans les affaires Saunders²⁹⁹ et Heaney & McGuinness³⁰⁰, la Cour affirmait que l'intérêt public ne saurait être invoqué pour justifier le recours à des réponses obtenues sous la contrainte, la question s'est fortement posée dans l'arrêt O'Halloran³⁰¹ et Francis c/ Royaume- Uni³⁰².

²⁹⁶ WEBER M., « *Le savant et le politique* », UGE, 1963, spéc. p. 102 et s.

²⁹⁷ CEDH, Jalloh c. Allemagne, requête n°54810/00 du 11 juillet 2006, §117

²⁹⁸ CEDH, Jalloh c. Allemagne, requête n°54810/00 du 11 juillet 2006, §117

²⁹⁹ CEDH, Saunders c/ ROYAUME-UNI, préc., § 68

³⁰⁰ CEDH, Heaney & McGuinness C/ Ireland, 21 décembre 2000, requête n° 34720/97

³⁰¹ *Dans cette affaire, A l'origine de l'affaire se trouvent deux requêtes (nos 15809/02 et 25624/02) dirigées contre le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et dont deux ressortissants de cet Etat, MM. Gerard O'Halloran et Idris Richard Francis (« les requérants »), ont saisi la Cour respectivement le 3 avril 2002 et le 15 novembre 2001 en vertu de l'article 34 de la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales (« la Convention »). M. O'Halloran alléguait qu'il avait été condamné uniquement ou principalement en raison de la déclaration qu'il avait été contraint de fournir sous peine de se voir infliger une sanction similaire à celle punissant l'infraction proprement dite. M. Francis se plaignait que le fait d'avoir été obligé de donner une preuve qu'il avait commis l'infraction dont il était soupçonné avait emporté violation de son droit de ne pas s'incriminer lui-même. Tous deux invoquaient l'article 6 §§ 1 et 2 de la Convention. Monsieur O'Halloran et Monsieur Français avaient été indépendamment l'un de l'autre, photographiés, par un radar de contrôle alors qu'il roulait au dessus de la vitesse autorisée. Ils recevaient respectivement un courrier du service de police chargé du suivi des contrôles radar écrivait les informant qu'il était prévu d'engager des poursuites contre le conducteur pour excès de vitesse et qu'ils avaient été désigné comme le conducteur du véhicule au moment de l'infraction a été commise et êtes dans l'obligation légale. Monsieur O'Halloran confirmait qu'il était bien le conducteur du véhicule. Monsieur Français gardait le silence et décidait de ne pas contribuer à sa propre incrimination.*

306- Dans cette affaire, Monsieur O'Halloran et Monsieur Francis saisissaient la Cour européenne des droits de l'homme au motif qu'ils avaient été amenés par la contrainte à fournir des éléments de preuve les incriminant, au mépris de leur droit de garder le silence et de ne pas s'incriminer eux-mêmes comme le prévoit l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme. Outre l'aspect relatif au droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination en tant que tel, la question s'est posée de savoir ce qu'il en était du critère relatif à l'intérêt public retenu dans cet arrêt. Dans le commentaire de l'arrêt O'Halloran³⁰³, le Juge MYJER donne son avis sur ce nouveau critère en énonçant « *J'admets que, eu égard en particulier à ce nouveau critère introduit dans l'arrêt Jalloh, le présent arrêt puisse passer pour le prolongement juridique de cet arrêt. Toutefois, à mon avis, l'arrêt adopté aujourd'hui montre aussi ce qui peut arriver s'il est permis au « poids de l'intérêt public » de jouer un rôle lorsqu'il s'agit de déterminer s'il faut protéger ou non le droit de garder le silence. Il est clair que je ne partage pas l'avis de la majorité à cet égard. Etant donné que, aux paragraphes 35 et 36 de l'arrêt, la majorité admet à juste titre que (le volet pénal de) l'article 6 trouve à s'appliquer en l'espèce (ce qui est conforme au raisonnement suivi dans l'arrêt Öztürk c. Allemagne (21 février 1984, série A n^o 73)), elle aurait selon moi également dû admettre que le droit de garder le silence doit être respecté. Or tel n'est pas le cas dans le système britannique, où l'article 172 de la loi sur la circulation routière dispose que, lorsque le conducteur d'un véhicule est soupçonné d'une infraction, le gardien de ce véhicule (ou toute autre personne) doit fournir des informations sur l'identité du conducteur même lorsqu'il était lui-même au volant, et le gardien qui ne communique pas ces informations est réputé coupable d'une infraction* »³⁰⁴. Cette décision permet de constater l'atteinte réelle au principe du droit de ne pas s'auto-incriminer. La Cour a considéré que l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme n'était pas applicable à l'article 172 de la loi de 1988 aux motifs d'une part, que le texte impose de fournir le nom et l'adresse complets de la personne qui conduisait au moment et au lieu indiqué. S'il refuse de fournir des informations dans les 28 jours à compter de la réception du présent avis, il s'expose à des poursuites. C'est à dire que la Cour semble partir du principe que dès lors qu'un texte prévoit une obligation de faire quelque chose, si la personne n'obtempère pas, elle ne pourra pas bénéficier de son droit de ne

³⁰² CEDH, 29 juin 2007, *O'Halloran et Francis c. Royaume-Uni*, requêtes n° 15809/02 et n° 25624/02

³⁰³ Ibid.

³⁰⁴ CEDH, 29 juin 2007, *O'Halloran et Francis c. Royaume-Uni*, requêtes n° 15809/02 et n° 25624/02 - Opinion dissidente du juge MYJER - Traduction - p. 37

pas contribuer à sa propre incrimination, et en conséquence, ne pourra pas appliquer ses droits fondamentaux. D'autre part, la Cour considère que le critère « d'intérêt public » en matière d'infractions mineures, comme c'est le cas en l'espèce, est suffisamment grand pour justifier que l'on limite le droit de ne pas s'incriminer soi-même. Ce type de raisonnement ne peut être qu'une atteinte au droit de ne pas s'auto-incriminer dévalorisant les droits de la défense du mis en cause qui « snobe » totalement le droit de garder le silence.

Paragraphe 3. L'existence de garanties appropriées dans la procédure et l'utilisation faite des éléments ainsi obtenus

307- Le critère relatif à l'existence de garanties appropriées dans la procédure et l'utilisation faite des éléments ainsi obtenus tend, comme la jurisprudence Gäfgen³⁰⁵ l'expose, à prendre la mesure de la violation du droit de ne pas participer à sa propre incrimination. Il contrôle quelle est la portée de la violation sur l'issue du procès, tant sur la culpabilité que sur la peine. Le but est de savoir si l'auto-incrimination faite par le mis en cause, de quelque manière que ce soit, a été le support exclusif de la condamnation. Afin de vérifier que le droit de ne pas s'auto-incriminer pas été bafoué, « *il y a lieu de se demander en particulier si le requérant a eu la possibilité de contester l'authenticité des preuves et de s'opposer à leur utilisation. Il faut également prendre en compte la qualité des preuves et notamment vérifier si les circonstances dans lesquelles elles ont été obtenues jettent le doute sur leur crédibilité ou leur exactitude. Si un problème d'équité ne se pose pas nécessairement lorsque la preuve obtenue n'est pas corroborée par d'autres éléments, il faut noter que lorsqu'elle est très solide et ne prête à aucun doute, le besoin d'autres éléments à l'appui devient moindre*³⁰⁶. A ce propos, la Cour EDH attache de l'importance au point de savoir si l'élément de preuve en question a exercé une influence décisive sur l'issue de l'action pénale »³⁰⁷. L'arrêt Corbet et autres contre France³⁰⁸ éclaire la jurisprudence sur le fait de savoir dans quelle mesure l'atteinte au

³⁰⁵ CEDH, GAFGEN c. ALLEMAGNE, préc., § 164.

³⁰⁶ Voir notamment Khan précité, §§ 35 et 37 ; Allan, précité, § 43, et Jalloh, précité § 96.

³⁰⁷ Gäfgen c. Allemagne, préc., § 90

³⁰⁸ *A l'origine de l'affaire se trouvent trois requêtes (n°7493/11, 7494/11), Jean Charles CORBET (requête 7494/11) et Christian PARIS (requête n°7989/11), ont saisi la Cour les 22 et 28 décembre 2010 en vertu de l'article 34 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Invoquant l'article 6§1 et 2 de la Convention EDH, les requérants se plaignaient essentiellement d'une violation de leur droit de se taire et de ne pas contribuer à leur propre incrimination, du droit à la présomption d'innocence et des droits de la défense, résultant du fait qu'un rapport d'une commission d'enquête*

droit de ne pas s'auto-incriminer viole juridiquement ce droit au sens de la Cour européenne des droits de l'homme. « Certes, il apparaît, au vu du rapport de la commission d'enquête, que, comme le souligne le Gouvernement, le témoignage des requérants n'était pas incriminant. Ce n'est cependant pas déterminant : ce qui compte, c'est l'utilisation faite au cours du procédé pénal des dépositions recueillis sous la contrainte ; si elles ont été utilisées d'une manière tendant à incriminer l'intéressé, il y a violation de l'article 6§1. Cela étant il faut aussi rappeler que dans l'arrêt *Gafgën*³⁰⁹, la Cour a jugé que l'utilisation dans un procès pénal de preuves matérielles découvertes grâce à des déclarations obtenues par des moyens contraires à l'article 3 de la Convention mais non constitutifs de torture n'affecte l'équité de la procédure que s'ils ont eu un impact sur le verdict de culpabilité ou la peine »³¹⁰. La Cour ne se penche pas sur le caractère auto-incriminant des déclarations mais l'usage qui en a été fait. La Cour déclarera la demande des requérants irrecevable au motif qu'ils n'ont pas permis d'établir dans quelle mesure l'utilisation des déclarations qu'ils avaient faites devant la commission d'enquête de l'Assemblée nationale avait eu un impact sur le verdict de culpabilité ou les peines prononcées. Cela signifie qu'il peut y avoir une atteinte à l'auto-incrimination, mais qu'en fonction des conséquences qui peut en découler, les sanctions ne seront pas identiques. Il semble qu'il y ait une réelle dévalorisation des droits de la défense en l'espèce. Il apparaît impératif que ce principe d'auto-incrimination soit garanti pleinement pour que les droits de la défense le soient également. Une pareille application de la jurisprudence ne peut pas assurer aux mis en cause un respect intacte de leurs droits. Le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination doit être un principe d'application stricte, le seul fait de contraindre une personne à fournir des documents auto-incriminants ou de déclarer des éléments susceptibles d'être auto-incriminants devrait suffire à écarter ces éléments des débats ainsi que tous les actes subséquents en découlant. Or la jurisprudence ne fait qu'une protection partielle du droit de ne pas s'auto-incriminer en expliquant que la contrainte abusive exercée par une autorité doit avoir un impact sur le verdict de la culpabilité ou de la peine. Il y a vraisemblablement une volonté de protéger ce droit de ne pas s'auto-incriminer mais le chemin est encore long.

parlementaire avait été transmis au ministère public et avait servi de fondement aux poursuites pénales conduites contre eux. Dans cette affaire, les requérants dénonçaient une violation de leur droit de ne pas s'auto incriminer dans la mesure où il leur était imposé de comparaître, de prêter serment, de déposer et de produire tout documents pouvant les conduire à s'auto incriminer.

³⁰⁹ CEDH arrêt *Gafgën*, préc.

³¹⁰ CEDH, 19 mars 2015, *Corbet et autres c. France*, requêtes n° 7494/11, 7493/11 et 7989/11, §34

CONCLUSION CHAPITRE 1.

- 308- L'étude de ce chapitre porte principalement sur le lien entre la preuve et l'auto-incrimination.
- 309- La preuve est un élément essentiel de la procédure pénale. S'il n'existe pas de hiérarchie entre elles, compte tenu de l'existence du principe essentiel de l'égalité des preuves, l'aveu demeure une preuve recherchée avant tout. Au regard des diverses atteintes qu'a connu l'aveu, la procédure pénale française a mis en place deux principes permettant de garantir à la personne suspectée ou mise en cause une meilleure protection des droits de la défense. A titre d'exemple, le principe de la liberté de la preuve. Ce principe rappelle que la preuve est libre en droit pénal tant qu'elle est loyale. Il ne saurait être utilisé de procédés déloyaux pour obtenir des preuves. C'est ainsi que se distingue la provocation à la preuve et la provocation à l'infraction, pénalement sanctionnée, qui est une atteinte au droit de ne pas s'auto-incriminer. Si cette protection tend à la valorisation des droits de la défense, l'étude des preuves a également permis de constater que certains cas venaient affaiblir les droits de la défense, tels que la liberté de la preuve, illégale ou non, constituée par un particulier. Cette absence de protection légale du mis en cause ou de la personne suspectée ne peut pas pleinement garantir ses droits de la défense et le droit de ne pas s'auto-incriminer ne peut pas être assuré.
- 310- Cette illégalité, en dehors du cas du particulier, est contrôlée par la Cour européenne des droits de l'homme qui, pour constater si l'atteinte à l'auto-incrimination est avérée ou non, se fonde sur trois critères :
- La nature et le degré de la coercition
 - Le poids de l'intérêt public et la poursuite de l'infraction en question et à la sanction de son auteur.
 - L'existence de garanties appropriées dans la procédure et l'utilisation faite des éléments ainsi obtenus.
- 311- Ainsi, le droit de ne pas s'auto-incriminer pourra être revendiqué dès lors que des preuves, utilisées dans un procès pénal, ont été obtenues par la contrainte, en violation des articles de la Convention européenne des droits de l'homme.

Chapitre 2. Les manifestations pratiques de l'auto-incrimination

312- Les manifestations théoriques développées permettent de constater l'importance qui résidait autour de la preuve et la nécessité qu'elle soit encadré, pour protéger le droit de ne pas s'auto-incriminer. Il est désormais nécessaire d'observer par la suite les manifestations pratiques de l'auto-incrimination car cela va permettre de constater que dès le début de la procédure, la personne soupçonnée y est confrontée. En effet, qu'il s'agisse de l'audition libre ou de la garde à vue, de l'interrogatoire de première comparution ou d'une comparution devant un Tribunal Correctionnel, la personne mise en cause est sans cesse enclin à pouvoir s'auto-incriminer. Il est ainsi nécessaire que soit exercée une protection de manière large et continue. Cela semble de plus en plus être réalisé au regard des évolutions de la procédure pénale³¹¹ (Section 1.). Ainsi, il apparaît nécessaire que, si l'évolution de la procédure pénale grandit, la protection doit être davantage efficace. Cela se traduira notamment par la présence de l'avocat tout au long des interrogatoires et ce, afin de démontrer la valorisation des droits de la défense du mis en cause ou du suspect (Section 2.).

Section 1. Les investigations relatives à l'auto-incrimination

313- Pour parfaitement comprendre comment se manifeste l'auto-incrimination au sein de la procédure pénale française, il est nécessaire de développer les investigations relatives à l'auto-incrimination à travers deux phases : le droit de ne pas s'auto-incriminer pendant l'enquête et le droit de ne pas s'auto-incriminer après l'enquête.

314- La procédure avant l'enquête se traduit par l'ensemble des investigations qui vont être réalisées avant la comparution de la personne mise en cause devant un juge d'instruction ou directement devant un tribunal. Il faut entendre par là les auditions réalisées dans le cadre de l'audition libre ou de la garde à vue. Les manifestations de l'auto-incrimination seront alors développées lors de ces mesures où il sera abordé la consécration tumultueuse du droit de se taire (Paragraphe 1.). Par la suite, il sera nécessaire de développer les mêmes éléments mais

³¹¹ Loi n°2014-535 du 27 mai 2014 portant transposition de la directive 2012/13/UE du Parlement européen et du Conseil, du 22 mai 2012, relative au droit à l'information dans le cadre de la procédure pénale publiée au JORF n°0123 du 28 mai 2014 page 8864 texte n°2 ; PRIOU ALIBERT L., « *De la notification du droit de se taire lors de l'audience correctionnelle* », Cass. Crim., 8 juillet 2015, FS-P+B+I, n° 14-85.699, Dalloz Actualités 29 juillet 2015 ; Voir : Cass.crim., Audience publique du 05 décembre 2017, N° de pourvoi : 16-86279

cette fois ci, après l'enquête. Il faut associer cette période à la phase d'instruction où les investigations demeurent, mais cette fois ci sous l'égide d'un juge d'instruction. Il faudra, ici encore, anticiper tout risque d'atteinte au droit de ne pas s'auto-incriminer en analysant l'ensemble des garanties qui sont mises en œuvre dans le code de procédure pénale pour pallier ces risques. Cette phase comprendra également le procès lui-même. Il est nécessaire que cette période soit développée tenant les apports récents de la loi vis-à-vis du droit de ne pas s'auto-incriminer³¹².

Paragraphe 1. Le droit de ne pas s'auto incriminer pendant l'enquête

315- Durant toutes les phases de la procédure pénale, la personne suspectée à la possibilité de se mettre en cause elle-même et de s'auto-incriminer, il est donc nécessaire d'analyser ces phases pour observer comment protéger cette personne face à l'auto-incrimination. La première phase est celle de la garde à vue. Il va être observé comment, dans le cadre de cette mesure de rétention, la personne entendue peut être en permanence confrontée à un risque d'atteinte à sa propre incrimination (A). Il sera ainsi observé que de nombreux moyens procéduraux ont été mis en place pour protéger le gardé à vue face à toutes coercitions abusives³¹³. Cette protection a été efficace au vu de l'évolution législative récente³¹⁴ qui a étendu de manière conséquente, plusieurs droits à la personne entendue dans le cadre de l'audition libre (B). Cette procédure disposant désormais de l'obligation de prévenir la personne entendue qu'elle a le droit de se taire et de bénéficier de l'assistance d'un avocat sera développée afin de comprendre comment la procédure pénale tend vers plus de responsabilisation tenant la prise en compte toujours plus présente du droit de ne pas s'auto-incriminer.

A. Le droit de ne pas s'auto-incriminer au cours de la garde à vue

316- Dans le cadre de la garde à vue, la personne entendue a un fort risque de s'auto-incriminer tenant les contours de la mesure de rétention. Elle est définie comme une mesure de contrainte qui a permis de faire prendre conscience au législateur- La garde à vue est définie à l'article

³¹² PRIOU ALIBERT L., « *De la notification du droit de se taire lors de l'audience correctionnelle* », Cass. Crim., 8 juillet 2015, FS-P+B+I, n° 14-85.699, Dalloz Actualités 29 juillet 2015

³¹³ Loi du 14 juillet 2011, op.cit.

³¹⁴ Loi du 17 mai 2014, op.cit.

62-2 du Code de procédure pénale comme une « *mesure de contrainte décidée par un officier de police judiciaire, sous le contrôle de l'autorité judiciaire, par laquelle une personne à l'encontre de laquelle il existe une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis ou tenté de commettre un crime ou un délit puni d'une peine d'emprisonnement est maintenue à la disposition des enquêteurs* ».

317- Historiquement, la garde à vue n'était pas prévue par le Code d'instruction criminelle de 1808 bien qu'elle soit apparue en réalité sous l'empire de ce code de manière illégale. Il faudra attendre l'entrée en vigueur du Code de procédure pénale pour voir apparaître une certaine base réglementaire avec la promulgation du titre préliminaire et du livre 1er par la loi du 31 décembre 1957³¹⁵. Le Code de procédure pénale va se manifester par deux impératifs qui sont la sécurité et la liberté, se faisant l'écho des revendications des idéaux de la nécessité de garantir une procédure digne (sincérité des preuves, pas d'aveu forcé, pas de recours aux narcotiques). Il a trois objectifs principaux : renforcer la liberté individuelle, renforcer l'autorité des magistrats et renforcer l'efficacité de la procédure pénale. Dans le cadre de ce code, la garde à vue va évoluer.

318- Elle était définie comme une mesure de contrainte par les articles 63, 63 et 77 du Code de procédure pénale applicable tant aux personnes suspectées qu'aux simples témoins. Ces articles encadraient la mesure en prévoyant notamment la durée de la mesure et en instaurant quelques garanties élémentaires tels que le principe d'une audition de la personne par le parquet avant prolongation en cas d'enquête préliminaire, la possibilité d'examen médical, l'obligation de préciser par procès-verbal les temps d'audition et de repos, soit tant d'élément qui montre un investissement de la part du législateur de garantir certains droits de la défense. Cependant, rien n'était contrôlé. Cette absence de cadre et de contrôle a laissé la France être condamnée dans l'affaire TOMASI³¹⁶. Les lois du 4 janvier et 24 août 1993³¹⁷ vont donc intervenir et réformer de façon importante le domaine de la garde à vue, faisant de celle-ci une mesure, créatrice de droit. Sont instaurés des droits qui, sur le fond, ne seront jamais remis en cause. À titre d'exemple, la loi du 24 août 1993³¹⁸ va renforcer le droit des individus en excluant la mesure pour le « simple témoin » créant ainsi en parallèle l'audition libre. En effet,

³¹⁵ LOI n° 57-1426 du 31 décembre 1957

³¹⁶ Arrêt CEDH TOMASI c/ France, Requête n° 12850/87 du 27 août 1992, série A, n°241-A

³¹⁷ LOI n°93-2 du 4 janvier 1993 portant réforme de la procédure pénale

³¹⁸ Loi n°93-1027 du 24 août 1993 relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée d'accueil et de séjours des étrangers en France

les critiques émanant de la Cour européenne des droits de l'homme prohibant toute privation de liberté d'une personne non suspectée ont conduit le législateur à encadrer plus strictement le domaine personnel de la garde à vue. La réforme met également en œuvre l'entrée de l'avocat en garde à vue, l'obligation pour l'officier de police judiciaire, décidant un placement en garde à vue, d'aviser le magistrat de la mise en œuvre de la mesure et l'obligation de présenter la personne au magistrat avant toute décision de prolongation par celui-ci. Quid du droit de se taire ?

1. La consécration tumultueuse du droit de se taire

- 319- La question du droit de se taire au cours de la garde à vue fut pendant ces dernières années l'objet d'une brûlante médiatisation juridique tant sur le plan européen que sur le plan interne et ce, relativement au droit de ne pas s'auto-incriminer.
- 320- En effet, en France, le droit de garder le silence a été introduit par loi du 15 juin 2000³¹⁹ en indiquant au sein de l'article 63-1 du Code de procédure pénale que : « *La personne gardée à vue est également immédiatement informée qu'elle a le droit de ne pas répondre aux questions qui lui seront posées par les enquêteurs* ».
- 321- Cette réforme avait été diversement accueillie par la doctrine. Certains y voyant une véritable révolution juridique en déduisant un droit au silence par imitation au 5e amendement de la Constitution des États-Unis d'Amérique³²⁰ selon lequel : « *nul ne sera tenu de répondre à l'accusation de crime capital ou autrement infamant, si ce n'est sur la dénonciation ou sur la poursuite émanant d'un grand jury* ».
- 322- D'autres y portaient un regard beaucoup plus critique, comme Bernard BOULOC pour qui « *La loi a une curieuse conception de l'interrogatoire qui doit être accepté par la personne* »³²¹. Quant à Michèle Laure RASSAT, elle concevait cette information comme une « *absurdité* » (...) « *dès lors que la personne convoquée peut toujours être contrainte de venir et qu'on définit la garde à vue comme un procédé d'interrogatoire, donner au gardé à vue*

³¹⁹ LOI n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes, JORF n°138 du 16 juin 2000 page 9038

³²⁰ GUINCHARD S. et BUISSON J., « *Procédures pénales* », Dalloz 2ème éd. 2002, n°477 et 532-4.

³²¹ BOULOC B., « *La durée des procédures : un délai enfin raisonnable ?* », RSC 2001, p.62.

l'avertissement qu'il peut se taire est incohérent avec l'architecture générale de la mesure et au surplus inutile (...). Le rappeler ici est une formule de bonne conscience »³²².

323- Si la loi du 15 juin 2000³²³ a inséré cette possibilité au sein de l'article 63-1 du Code de procédure pénale, il est tout à fait remarquable de constater que le droit de garder le silence n'est pas évoqué expressément. Les diverses questions qui doivent être posées ici est de savoir d'une part si le fait de ne pas répondre aux questions et le droit de se taire ont le même impact sur la personne entendue ? D'autre part pourquoi le droit de se taire ou de garder le silence n'est pas employé de manière claire. En effet, le texte se contente d'indiquer que la personne a le droit de ne pas répondre aux questions qui lui sont posées. En réalité, il apparaît que cette formulation n'est pas anodine, la simple formule selon laquelle toute personne entendue lors des interrogatoires a le droit de se taire était aussi simple comme formulation que celle qui a été utilisée. C'est comme si le législateur incitait la personne gardé à vue à formuler des déclarations. La personne a le droit de ne pas répondre aux questions, mais il serait plus judicieux qu'elle y réponde, c'est comme cela que cet article apparaît. L'article précise d'ailleurs « aux enquêteurs », comme si la personne devait être obligée de répondre aux questions d'une autre autorité. Cette « fourberie » est d'ailleurs ressentie au regard de l'absence d'explication qui pourrait être fournie à la personne gardé à vue après cette information. EN effet, il faudrait *a minima* que lui soit expliqué pourquoi il a le droit de ne pas répondre aux questions, quel est le but de cet ajout, sans cela, il y a, en effet, un problème d'incohérence.

324- Suite à ces critiques, le texte fut finalement reformulé par la loi du 4 mars 2002³²⁴ afin de ne plus mettre l'accent sur une obligation considérée par les enquêteurs comme une « incitation à se taire ». La nouvelle formule apparaissait alors comme « *la personne gardée à vue est immédiatement informée qu'elle a le choix de faire des déclarations, de répondre aux questions qui lui seront posées ou de se taire* ». Mais cette formulation laissait sceptique quant à l'utilité même d'un tel texte, de ce fait il fut abrogé par la loi du 18 mars 2003³²⁵, le vidant de toute substance car nul ne peut exercer un droit dont il ignore l'existence. Ce droit existait toujours, mais implicitement. Le suspect n'avait aucune obligation de parler ou de dire

³²² RASSAT M-L., « *Traité de procédure pénale* », PUF collection droits fondamentaux, 3èrè éd. 2017. p.555, n° 349

³²³ Loi du 15 juin 2000, op.cit.

³²⁴ LOI n°2002-307 du 4 mars 2002 complétant la loi n°2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes.

³²⁵ Loi n° 2003-495 du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure

la vérité et ne pouvait y être contraint. La possibilité de se taire lui était offerte mais l'obligation de le notifier au gardé à vue n'était cependant pas de rigueur. L'éloignement des principes de la Convention européenne des droits de l'homme apparaissait alors comme certain, affaiblissant le droit de se taire et de ne pas s'auto-incriminer. Alors que la jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis oblige la police, sur le fondement du 5ème amendement, d'informer le suspect en termes clairs et sans équivoque qu'il a le droit de rester silencieux³²⁶, en France, des décisions judiciaires annulent des procédures où l'intéressé n'avait pas été averti du droit de se taire³²⁷. Ainsi, il apparaît et cela est confirmé par la doctrine³²⁸ que l'influence dont va faire l'objet la France n'est pas seulement européenne mais bien mondiale et plus particulièrement américaine³²⁹. Cette influence est d'ailleurs ancienne lorsqu'on observe le basculement de la procédure pénale française, de type inquisitoire, soit secrète, écrite et non contradictoire, une procédure centrée sur les interrogatoire et la recherche de l'aveu, vers une procédure plus accusatoire comme l'est la procédure américaine, soit une justice publique, orale et contradictoire où tout est débattu devant un juge arbitre qui écoute les parties avant de trancher. Ce basculement va s'opérer comme l'évoque la doctrine au regard de « *l'image d'une société marquée par l'esprit de conquête, valorisant les élites, caractérisée par une grande adaptabilité, en bref, d'une société tournée vers la modernité* »³³⁰. Il ne peut être contesté que l'évolution de la procédure pénale française vers une meilleure valorisation des droits de la défense a été inspirée de la procédure pénale

³²⁶ Par la suite cette dernière, consciente de mettre en péril la bonne fin de nombreuses enquêtes, a réduit la portée de cette obligation à l'hypothèse où un véritable interrogatoire serait envisagé par l'enquêteur. Ainsi, selon un arrêt *Miranda c / Arizona* du 13 juin 1966, les déclarations spontanées de la personne impliquées n'auraient donc pas à être précédées par cette avertissement

³²⁷ FOURNIE F., « *Faut-il garder le silence ?* », CA Agen, 18 févr. 2010, D. 2010. p.1850.

³²⁸ AYAT M., « *Le silence prend la parole : la percée du droit de se taire en droit pénal comparé et en droit pénal international* », Archives de politique criminelle, 2002/1, n°24, éd. A. Pédone, p. 27 ; BOISSON M., « *Miranda v. Arizona ou le vacarme du droit au silence* », Droit du procès et droit de la preuve judiciaire, <https://blogs.parisnanterre.fr/content/miranda-v-arizona-ou-le-vacarme-du-droit-au-silence-par-m%C3%A9linda-e-boisson>

³²⁹ AUDIT B., MAGENDIE J-C., « *L'américanisation du droit ou la création d'un mythe* », p. 13 ; CADIET L., « *L'hypothèse de l'américanisation de la justice française* », p. 89 ; CEDRAS J., « *L'hypothèse de l'américanisation du droit pénal français* », idem, p. 149 ; VAN KERCHOVE M., « *La place du droit pénal dans la société contemporaine* », n° spécial Rev. sc. crim., 2000, Éclatement et recomposition du droit pénal, p. 5 ; PRADEL J., « *La procédure pénale française à l'aube du troisième millénaire* », D. 2000, doct. p. 1

³³⁰ KRIEGK J-F., « *L'américanisation de la justice, prisme d'un nouvel ordre symbolique en matière pénale ?* », Gazette du palais, n°099 - page 2, 09/04/2005.

américaine. Celle-ci a toujours apporté de manière claire une influence en ce qui concerne les contours de la présomption d'innocence et ce, dans le but de renforcer les droits de la défense.

325- En tout état de cause, de manière générale et cela dans de nombreux domaines, le droit pénal américain a souvent eu une influence sur la procédure pénale française³³¹, ce fut le cas en matière d'individualisation de la peine³³², au niveau de la contractualisation de la peine³³³ ou de l'indemnisation des victimes³³⁴ et ce fut bien évidemment le cas dans le cadre de la prise en compte du droit de ne pas s'auto-incriminer au sein de la procédure pénale. En effet, il est ressenti une influence américaine et ce, incontestablement au travers de l'arrêt Miranda³³⁵ qui a permis de constater la nécessité de disposer d'un avocat lors de tout interrogatoire. Il y a eu une réelle prise de conscience qui a découlé de cet arrêt en faveur de l'importance que cela pouvait avoir sur les droits de la défense. Il ne faut plus seulement prendre en compte les intérêts de la justice, mais les intérêts du justiciable. Cette influence américaine a d'ailleurs perduré à travers l'Europe avec les arrêts Saunders³³⁶ et Funke³³⁷ démontrant l'intérêt pour toutes personnes interrogées de bénéficier du droit de se taire avant tout interrogatoire et de ne pas être contraint de fournir des documents susceptibles d'être auto-incriminants. Cette consécration des droits de la défense mis en avant par l'arrêt Miranda sans quoi, le droit de ne pas s'auto-incriminer n'aurait pas pris autant d'ampleur sur la scène pénale européenne. Ainsi, cela ayant eu un impact au niveau de la Cour européenne des droits de l'homme. Cette répercutions a agi sur la procédure pénale française qui, aujourd'hui poursuit son chemin législatif vers une reconnaissance du droit de ne pas s'auto-incriminer. C'est ainsi que la Cour européenne des droits de l'homme a estimé et ce, de manière répétée, que l'absence de notification à la personne gardée à vue de son droit de garder le silence constitue une violation de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme. En conséquence, le procès-verbal de garde à vue et les actes subséquents doivent être annulés. Ceci a été confirmé par

³³¹ KRIEGK J-F., « *L'américanisation de la justice, prisme d'un nouvel ordre symbolique en matière pénale ?* », op.cit. ;

³³² FOGEL D., « *Le débat américain sur la politique de sentencing* », Archives de politique criminelle, 1982, p. 8.

³³³ Articles 41-1 et suivants du Code de procédure pénale. Cette qualification a été refusée à la composition pénale dans un premier temps : VOLF J. ? « *La composition pénale : un essai manqué* », Gaz. Pal., Rec. 2000, doct. p. 559 ; BONIFASSI S., DELHOMME M., « *Le phénomène d'attraction du droit américain* », Gaz. Pal. du 7 décembre 2003.

³³⁴ CADIET L., « *Faits et méfaits de l'idéologie de réparation, Le juge entre deux millénaires* », mélanges offerts à P. Drai, D. 2000, p. 507.

³³⁵ Arrêt Miranda : Cour Suprême des États-Unis, préc.

³³⁶ Arrêt Saunders c. Royaume Uni, préc.

³³⁷ Arrêt Funke c. France, préc.

l'arrêt Brusco c. France rendu par la Cour européenne des droits de l'homme le 14 octobre 2010³³⁸ où la France a été condamnée pour violation du droit de se taire et de ne pas contribuer à sa propre auto-incrimination. Il est soutenu ici que le droit au silence fait partie des droits de la défense, il est au cœur du procès équitable.

- 326- L'incompatibilité du régime juridique de la garde à vue, telle qu'elle était appliquée, avec les principes fondamentaux³³⁹ rendait nécessaire la modification des dispositions du Code de procédure pénale. Le Conseil constitutionnel a donc été saisi le 1er juin 2010³⁴⁰ et le 11 juin 2010³⁴¹ par la Cour de cassation d'une question prioritaire de constitutionnalité, relative aux dispositions régissant la garde à vue.
- 327- Le Conseil constitutionnel a décidé le 30 juillet 2010³⁴² que les articles 62, 63, 63-1 et 77 du Code de procédure pénale et les alinéas 1er à 6 de son article 63-4 étaient contraires à la Constitution et que la déclaration d'inconstitutionnalité de l'article 1er prenait effet le 1er juillet 2011 dans les conditions fixées au considérant « 30 ». Le Conseil constitutionnel a considéré que « *L'article 63-4 du Code de procédure pénale ne permet pas à la personne ainsi interrogée, alors qu'elle est retenue contre sa volonté, de bénéficier de l'assistance effective d'un avocat ; qu'une telle restriction aux droits de la défense est imposée de façon générale, sans considération des circonstances particulières susceptibles de la justifier, pour rassembler ou conserver les preuves ou assurer la protection des personnes ; qu'au demeurant, la personne gardée à vue ne reçoit pas la notification de son droit de garder le silence* ».
- 328- En l'état, le Conseil constitutionnel va considérer que la façon dont été menés les interrogatoires avant la condamnation de la France étaient attentatoires aux droits de la défense. Le fait d'être interrogé, alors que la personne entendue est retenue contre sa volonté ne devrait pas pouvoir faire l'objet d'un interrogatoire sans pouvoir bénéficier de l'assistance effective d'un avocat. Il n'est plus question d'un entretien de trente minutes avant le commencement des auditions. Le Conseil constitutionnel explique que désormais, la présence du Conseil doit être permanente. Qu'en outre, ne pas prévenir la personne gardée à vue qu'elle a le droit de garder le silence est une restriction des droits de la défense. Le Conseil

³³⁸ CEDH, 14 octobre 2010, Brusco c/ France ; Cristina Mauro, Réflexions sur la garde à vue : à propos de l'arrêt Brusco c/ France de la Cour européenne des droits de l'homme du 14 octobre 2010, Dr. pén. Décembre 2010, p. 6-9.

³³⁹ Condamnation de la France avec l'arrêt de la CEDH du 14 octobre 2010, Brusco c/ France).

³⁴⁰ Arrêt n°12030 du 31 mai 2010

³⁴¹ Arrêts n°12041-12042-12043-12046-12047-12050-12051-12052-12054 du 4 juin 2010

³⁴² Décision n° 2010-14/22 QPC du 30 juillet 2010

constitutionnel aurait même pu aller plus loin en expliquant l'intérêt pour un gardé à vue que lui soit notifié le droit de garder le silence et l'impact que ses propos pourraient avoir sur son auto-incrimination.

- 329- Il était donc devenu obligatoire pour le législateur d'intervenir face à la mesure la plus impactante de la procédure pénale, puisqu'elle rompait tout lien avec les droits de la défense.
- 330- Par trois arrêts du 19 octobre 2010³⁴³ la chambre criminelle de la Cour de Cassation apporte sa pierre à l'édifice en affirmant que « *sauf exceptions justifiées par des raisons impérieuses*³⁴⁴ *tenant aux circonstances particulières de l'espèce (...) toute personne soupçonnée d'avoir commis une infraction doit, dès le début de la garde à vue, être informée de son droit de se taire (...)* ».
- 331- C'est ainsi que le 14 avril 2011³⁴⁵, le législateur accordera un statut exclusif au droit de garder le silence au sein du Code de procédure pénale, rendant la législation française conforme aux exigences européennes et en provoquant une réelle rupture avec la procédure antérieure. En effet, jusqu'à cette loi, la garde à vue ne faisait ni l'objet d'une définition légale, ni l'objet d'un encadrement précis quant aux motifs la rendant légale.
- 332- Dans quatre arrêts rendus le 15 avril 2011³⁴⁶, l'assemblée plénière de la Cour de Cassation après avoir rappelé que « *les États adhérents à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales sont tenus de respecter les décisions de la Cour européenne des droits de l'homme, sans attendre d'être attaqués devant elle ni d'avoir modifié leur législation* », a décidé d'une application immédiate du droit à l'assistance d'un avocat et de la notification du droit de se taire. Les droits garantis par la Convention devant

³⁴³ Arrêt n°5699 du 19 octobre 2010 (10-82.902) - chambre criminelle ; Arrêt n°5700 du 19 octobre 2010 (10-82.306) - chambre criminelle ; Arrêt n°5701 du 10 octobre 2010 (10-82.051) - chambre criminelle.

³⁴⁴ Par circonstances particulières, la jurisprudence entend par exemple la circonstance insurmontable d'ébriété comme le démontre l'arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation en date 3 avril 1995, bull. crim. n°140 ou la nécessité d'un interprète (civ. 2e, 4 juill. 2002 : Bull. civ. II, n°154.) ou encore le délai de route entre le lieu de rétention douanière et le service de police chargé de la garde à vue subséquente (Cass crim. 26 novembre 2008 : Dr. pénal 2009. Chron. 8, obs. Lesclous.)

³⁴⁵ Loi n° 2011-1862 du 13 décembre 2011 relative à la répartition des contentieux et à l'allègement de certaines procédures juridictionnelles, JORF n°0289 du 14 décembre 2011 page 21105

³⁴⁶ Arrêts du 15 avril 2011 n° P 10- 17.049, F 10-30.313, J 10-30.316 et D 10-30.242 ; Communiqué de la Première présidence relatif aux arrêts 589, 590, 591 et 592 du 15 avril 2011 rendus par l'assemblée plénière de la Cour de cassation sur la régularité de mesures de garde à vue

être effectifs et concrets, le principe de sécurité juridique et les nécessités d'une bonne administration de la justice ne peuvent être invoqués pour priver un justiciable de son droit à un procès équitable. Le droit de ne pas s'auto incriminer posait un réel problème puisqu'il n'était pas garanti. Alors que les droits de la défense sont protégés par la Cour européenne des droits de l'homme et que celle-ci est influente sur la procédure pénale française, il était évident que le législateur allait pallier cette lacune. Le législateur a donc été contraint, sous la pression de la Cour européenne, du Conseil Constitutionnel et de la Cour de Cassation, de reconstruire le droit de la garde à vue dans le sens de la conformité avec les droits fondamentaux reconnus aux individus. Il apparaît alors un net progrès du point de vue des droits reconnus à la personne gardée à vue, dans le sillage des précédentes réformes.

333- La personne placée en garde à vue jouit désormais du droit de se taire malgré les débats qui ont pu avoir lieu autour de la notification de ce droit à l'intéressé et ce, dans le respect de son droit de ne pas s'auto-incriminer.

334- L'article 63-1 (3°) du Code de procédure pénale, donne désormais la possibilité au gardé à vue « *lors des auditions, après avoir décliné son identité, de faire des déclarations, de répondre aux questions qui lui sont posées ou de se taire* ». L'individu ne doit, à aucun moment, être contraint de répondre aux questions de la police judiciaire sous la menace de sanction. Cependant, si cela a été une réelle révolution procédurale, il ne faut pas oublier que le droit de se taire et le droit de ne pas s'auto-incriminer sont des droits différents. Ainsi, il faut rappeler que c'est seulement le droit de se taire qui est consacré dans le Code de procédure pénale et non le droit de ne pas s'auto-incriminer.

2. Les difficultés d'application pratique du droit de se taire

335- Quoi que posé, l'application pratique du droit de se taire présente des difficultés. En effet, s'il est vrai que le droit de ne pas s'auto incriminer est protégé par la sanction des violations des dispositions de fond ou de formes régissant la garde à vue qui peut aussi bien affecter la procédure elle-même que les auteurs des irrégularités cela ne suffit pas à assurer une protection effective au mis en cause.

336- En ce sens, il se peut que la sanction prononcée soit la nullité de l'acte vicié et éventuellement des actes subséquents, ce qui garantit le respect des droits de la personne et assure une bonne administration de la justice. A titre d'exemple, l'arrêt de la chambre criminelle de la Cour de

cassation a rappelé le 17 janvier 2012³⁴⁷, que « *n'est pas fondé à se prévaloir de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme le prévenu qui a librement renoncé, lors de sa garde à vue débutée le 7 décembre 2010, à l'assistance d'un avocat. En revanche, il y a violation de l'article 6 paragraphe 3 s'il n'a pas été informé, dès le début de la mesure, de son droit de se taire* ».

- 337- Dans le même sens, par l'arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation du 5 mars 2013³⁴⁸, où un délinquant était en train d'être conduit à la maison d'arrêt par deux officiers de police judiciaire, auxquels le juge d'instruction avait, le même jour, délivré une commission rogatoire aux fins de poursuivre les investigations. Monsieur X. s'est, aux termes d'un procès-verbal dressé par ceux-ci et visant la délégation du magistrat instructeur, livré à des confidences auprès d'eux sur sa participation aux infractions et le déroulement des faits ; « *Mais attendu qu'en prononçant ainsi, alors que le recueil, dans ces conditions, des propos par lesquels le mis en examen s'incriminait lui-même, avait pour effet d'éluder les droits de la défense et que les officiers de police judiciaire auraient dû se borner, constatant la volonté du mis en examen de s'exprimer plus amplement sur les faits, à en faire rapport au juge d'instruction, seul habilité à procéder à un interrogatoire dans les formes légales, la chambre de l'instruction a méconnu les textes et principe susvisés* ». La nullité apparaît ainsi comme la sanction des irrégularités de la garde à vue protecteur de l'auto incrimination
- 338- Cependant, ce droit ne demeure pas assez protégé dans la mesure où même si la notion du droit de se taire est pleinement consacrée dans le Code de procédure pénale, rien ne fait référence au « *droit de ne pas s'auto incriminer* », alors même que le droit de garder le silence est l'une de ses composantes essentielles. Si le mis en cause sait que le fait de garder le silence est un droit dont il bénéficie, il ne sait pas pour autant clairement que ce droit lui permet de ne pas contribuer à sa propre incrimination. La notion d'auto-incrimination n'est donc pas consacrée expressément à travers la notion du droit de se taire.
- 339- Cette absence de consécration se traduit aussi par la faible importance qu'est donné au droit de se taire au sein même du Code de procédure pénale. En effet, il ne figure pas dans un article spécifique du Code de procédure pénale, il est mentionné au milieu des dispositions encadrant la garde à vue, mais n'a pas l'opportunité de disposer de son propre article comme c'est le cas pour l'examen médical ou le droit de faire prévenir un proche et son employeur³⁴⁹. En outre seul l'article 63-1 du Code de procédure pénale prévoit qu'après avoir décliné son

³⁴⁷ Cass. crim. 17 janvier 2012, F-P+B, n°11-86.797

³⁴⁸ Cass. crim. 5 mars 2013, n° pourvoi : 12-87087

³⁴⁹ Voir article 63-2 et 63-3 du Code de procédure pénale

identité, l'intéressé a le choix de « *faire des déclarations, de répondre aux questions qui lui sont posées ou de se taire* », si ce droit doit obligatoirement être notifié au gardé à vue sous peine de nullité, il doit simplement être notifié en début de garde à vue. Il n'est donc pas obligatoire que lui soit notifié lors de chaque prolongation. Si le risque d'auto incrimination demeure à chaque instant de la garde à vue il l'est a fortiori quand ce droit ne lui ait pas réitéré. Pourtant, il sera simple de mentionner dans le Code de procédure pénale que ce droit doit lui être notifié lors de chaque début de nouvelle audition et que ce droit s'applique pendant toute la mesure. Si certes, le gardé à vue a le droit de bénéficier de ce droit tout au long de la mesure, cela ne lui ai pas pour autant expliqué.

- 340- Il faut ici se souvenir des erreurs du passé, il a déjà été reproché au législateur, concernant le droit de se taire, d'avoir mis en place un droit sans devoir pour autant le préciser au gardé à vue³⁵⁰, ici encore, la même erreur est commise, il devrait être précisé au garde à vue qu'il a la possibilité de se taire à tout moment de la mesure. Comment le gardé à vue peut-il savoir, s'il décide de répondre aux questions, qu'au milieu de la procédure il peut toujours bénéficier de son droit de garder le silence. Si le mis en cause décide de répondre aux questions, rien ne lui permet de savoir qu'il peut à tout moment se taire.
- 341- Sur ce point aucune amélioration ne semble être prévue. Il n'est donc pas étonnant, compte tenu de la faible attention qu'est donnée au droit de se taire, que le droit de ne pas s'auto-incriminer ne soit pas davantage consacré.

B. Le droit de ne pas s'auto-incriminer au cours de l'audition libre

- 342- A la différence de la garde à vue, l'audition libre³⁵¹ est une mesure pénale qui permet aux officiers de police judiciaire d'entendre une personne soupçonnée d'une infraction sans nécessairement la placer en garde à vue. Si l'audition libre apparaît comme une mesure moins contraignante que la garde à vue, il ne faut pas se leurrer ni oublier que les conséquences de cette mesure peuvent être égales et ce, justement en l'absence de protection.

³⁵⁰ Loi n° 2003-495 du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure

³⁵¹ Les règles générales relatives à l'audition des personnes pendant l'enquête figurent, s'agissant de l'enquête de flagrance, aux articles 62 et 65, et, s'agissant de l'enquête préliminaire, à l'article 78 du Code de procédure pénale, lequel renvoie largement aux dispositions précédentes.

1. L'absence de protection de la personne librement entendue.

- 343- La loi du 4 janvier 1993³⁵² a créé une mesure pénale permettant aux officiers de police judiciaire de pouvoir convoquer une personne afin de procéder à son audition. Sa création semblait résulter de la volonté de réduire le nombre de garde à vue en limitant le champ d'application de celle-ci. Une difficulté prévisible s'est néanmoins déclarée, son résultat conduisait inévitablement à empêcher l'application des garanties reconnues par la loi aux personnes gardées à vue.
- 344- Le texte précisait : « *Les personnes à l'encontre desquelles n'existent pas d'indices faisant présumer qu'elles ont commis ou tenté de commettre une infraction ne peuvent être retenues que le temps strictement nécessaire à leur audition* ». Cependant, si au cours des auditions, il apparaissait qu'il existait des indices laissant présumer que la personne avait commis ou tenté de commettre une infraction, celle-ci pouvait se voir placer sous le régime de la garde à vue.
- 345- « *Dans le cas où au cours de l'audition du témoin, il apparaît qu'il existe à l'encontre de celui-ci des raisons plausibles de le soupçonner d'avoir commis l'infraction objet des investigations, les enquêteurs ont une option. Si l'intéressé est maintenu sous la contrainte à leur disposition, ils sont tenus de le placer en garde à vue (v. art. 62, al. 2 et 78 al 3. - infra, n°2531). Dans le cas inverse - s'il demeure librement à leur disposition - il ne leur est pas nécessaire de prendre une telle mesure. Mais en ce cas, il résulte d'une réserve d'interprétation formulée par le Conseil constitutionnel saisi d'une QPC dirigée, notamment, contre les dispositions de l'article 62 du Code de procédure pénale, que la personne suspecte doit être informée de la nature et de la date de l'infraction qu'on la soupçonne d'avoir commise et de son droit de quitter à tout moment les locaux de la police ou de gendarmerie* »³⁵³. Cependant, aucun droit ni même l'éventualité de cette nouvelle mesure n'était pourtant notifiée au « suspect libre ».
- 346- La loi du 14 avril 2011³⁵⁴ a tenté d'éclairer cette situation juridique opaque. « *S'il apparaît, au cours de l'audition de la personne, qu'il existe des raisons plausibles de soupçonner qu'elle a*

³⁵² Loi n°93-2 du 4 janvier 1993 - art. 16 JORF 5 janvier 1993 en vigueur le 1er mars 1993

³⁵³ Déc. n°2011-191/194/195/196/197 QPC, 18 nov. 2011, cons. 20 - rappr. déc. n°2012-257 QPC, 18 juin 2012, cons. 8 et 9, dans le cas où la personne suspecte a été conduite par la force devant l'OPJ - V. supra, n°487.

³⁵⁴ Loi n°2011-392 du 14 avril 2011 relative à la garde à vue, JORF n°0089 du 15 avril 2011, page 6610.

commis ou tenté de commettre un crime ou un délit puni d'une peine d'emprisonnement, elle ne peut être maintenue sous la contrainte à la disposition des enquêteurs que sous le régime de la garde à vue. Son placement en garde à vue lui est alors notifié dans les conditions prévues à l'article 63 du Code de procédure pénale »³⁵⁵. Malgré un effort sur le fait que le suspect est désormais au courant que s'il existe des éléments à charge contre lui, il est possible qu'il soit placé sous le régime de la garde à vue, la loi est muette sur la notification des droits.

347- *« On perd souvent de vue que la Convention européenne des droits de l'homme parle de « tout accusé », pour fixer le domaine du droit de l'assistance d'un avocat, ce qui implique que pour bénéficier de l'assistance d'un avocat, point n'est besoin d'être arrêté ou de subir une mesure de contrainte. Cette question risque donc de valoir un jour une condamnation de la France à Strasbourg si l'on veut bien observer que la jurisprudence européenne étend cette obligation d'assistance « dès les premiers interrogatoires de police » même si le suspect ne fait l'objet d'aucune restriction restrictive ou privative de liberté au titre de la procédure en cours comme il vient d'être précisé et qu'elle conditionne les restrictions à ce droit pour des raisons « impérieuses » et non plus « valables ».³⁵⁶ Ces juristes l'avaient anticipé, la procédure pénale devait faire évoluer les droits de l'audition libre. Il fallait créer un statut des personnes suspectées lors de l'enquête³⁵⁷. Une première tentative a été effectuée afin de savoir si l'article 78 du Code de procédure pénale relatif à l'audition libre était contraire à la constitution en ce qu'une personne suspectée d'avoir commis une contravention est tenue de comparaître devant un officier de police judiciaire qui peut l'entendre sans limitation de durée et sans que lui soit notifié son droit de garder le silence et donc de ne pas s'auto-incriminer, ce qui est de nature à restreindre les droits de la défense. La Cour de cassation dans son arrêt de la chambre criminelle du 11 avril 2012³⁵⁸ a décidé qu'il y avait lieu de renvoyer au Conseil constitutionnel la question prioritaire de constitutionnalité ; Le Conseil constitutionnel, saisi dans les conditions prévues à l'article 61-1 de la Constitution, par la société OLANO CARLA et M. Eric P., relative à la conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit de l'article 78 du Code de procédure pénale a décidé dans sa décision n° 2012-257 QPC du 18*

³⁵⁵ Article 78 du Code de procédure pénale en vigueur du 1er juin 2011 au 2 juin 2014.

³⁵⁶ GUINCHARD S., BUISSON J., Manuel, « *Procédure pénale* », éd. LEXISNEXIS, op.cit., p. 538

³⁵⁷ Il faut néanmoins préciser qu'il est possible de soulever une nullité de procédure dès lors que la personne auditionnée par les officiers de police judiciaire dans le cadre de l'audition libre disposait déjà d'éléments pour pouvoir directement le placer en garde à vue.

³⁵⁸ Cass. Crim., 11 avril 2012, n° 2167

juin 2012³⁵⁹, que « sous la réserve énoncée au considérant 9, le premier alinéa de l'article 78 du code de procédure pénale est conforme à la Constitution. Le surplus de l'article 78 du code de procédure pénale est conforme à la Constitution ».

348- « Le respect des droits de la défense exige qu'une personne à l'encontre de laquelle il apparaît, avant son audition ou au cours de celle-ci, qu'il existe des raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis ou tenté de commettre une infraction, ne puisse être entendue ou continuer à être entendue librement par les enquêteurs que si elle a été informée de la nature et de la date de l'infraction qu'on la soupçonne d'avoir commise et de son droit de quitter à tout moment les locaux de police ou de gendarmerie ; que, sous réserve applicable aux auditions réalisées postérieurement à la publication de la présente décision, les dispositions du premier alinéa de l'article 78 du code de procédure pénale ne méconnaissent pas les droits de la défense ». Cette décision a été confirmée par l'arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation du 3 avril 2013³⁶⁰ en énonçant que « Justifie sa décision, sans violer l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, une cour d'appel qui rejette l'exception de nullité d'un prévenu, soupçonné d'avoir commis une contravention aux règles relatives à la durée du travail dans les transports routiers, des lors que la notification du droit de se taire et de ne pas s'accuser n'est pas reconnue qu'aux personnes placées en garde à vue ou faisant l'objet d'une mesure de rétention douanière ». Il n'y a pas lieu de notifier le droit de se taire au début de la mesure de l'audition libre. Le Conseil constitutionnel précise que la Cour européenne des droits de l'homme ne s'applique pas aux mesures pénales dans lesquelles il n'existe aucune raison de soupçonner qu'une personne a commis ou tenté de commettre une infraction. Il explique que des lors qu'il n'est pas exercé une mesure de contrainte sur la personne physique, le droit de se taire n'a pas à être signifié puisque la personne n'est pas en mesure de s'auto incriminer. Dès lors que la personne mise en cause se sent suspectée ou contraint, cette dernière a la possibilité de mettre fin volontairement à la mesure de l'audition libre. Ainsi, elle a directement l'occasion de ne pas s'auto incriminer. Si des « raisons plausibles » apparaissent au cours de l'audition libre, l'officier de police judiciaire devra procéder à la mise en œuvre de la garde à vue et de ce fait procéder immédiatement à la notification au gardé à vue de son droit de se taire afin de garantir le respect du droit de ne pas s'auto incriminer. La décision du Conseil constitutionnel était donc très claire, dès lors que la personne n'est pas en mesure de s'auto-incriminer, son droit de se taire n'a pas à lui être notifié. Le régime de l'audition libre ne bénéficiait donc pas de toutes les garanties qui

³⁵⁹ Décision n° 2012-257 QPC du 18 juin 2012

³⁶⁰ Cass. Crim., 3 avril 2013, n°11-87333

s'imposent. L'arrêt de la Chambre criminelle est apparu en retrait du mouvement européen qui, en parallèle, non seulement pose dans les arrêts *Salduz*³⁶¹ et *Dayanan*³⁶² les bases européennes de la protection du suspect, mais fixe une directive 2012/13/UE du 22 mai 2012 relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales.

349- Il faudra attendre l'avènement de la loi du 27 mai 2014³⁶³ portant transposition de cette directive³⁶⁴ avec la création de l'article 61-1 du Code de procédure pénale pour que certains droits garantissant les droits de la défense du mis en cause soient notifiés :

« La personne à l'égard de laquelle il existe des raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis ou tenté de commettre une infraction ne peut être entendue librement sur ces faits qu'après avoir été informée :

1° De la qualification, de la date et du lieu présumés de l'infraction qu'elle est soupçonnée d'avoir commise ou tenté de commettre ;

2° Du droit de quitter à tout moment les locaux où elle est entendue ;

3° Le cas échéant, du droit d'être assistée par un interprète ;

4° Du droit de faire des déclarations, de répondre aux questions qui lui sont posées ou de se taire ;

5° Si l'infraction pour laquelle elle est entendue est un crime ou un délit puni d'une peine d'emprisonnement, du droit d'être assistée au cours de son audition ou de sa confrontation, selon les modalités prévues aux articles 63-4-3 et 63-4-4, par un avocat choisi par elle ou, à sa demande, désigné d'office par le bâtonnier de l'ordre des avocats ; elle est informée que les frais seront à sa charge sauf si elle remplit les conditions d'accès à l'aide juridictionnelle, qui

³⁶¹ CEDH GC, 27 novembre 2008, *Salduz c/ Turquie*, § 52, n° 36391/02.

³⁶² CEDH, 13 octobre 2009, *Dayanan c/ Turquie*, § 32, n° 7377/03, § 32.

³⁶³ Loi n°2014-535 du 27 mai 2014 portant transposition de la directive 2012/13/UE du Parlement européen et du Conseil, du 22 mai 2012, relative au droit à l'information dans le cadre de la procédure pénale.

³⁶⁴ Loi n°2014-535 du 27 mai 2014 portant transposition de la directive 2012/13/UE du Parlement européen et du Conseil, du 22 mai 2012, relative au droit à l'information dans le cadre de la procédure pénale.

lui sont rappelées par tout moyen ; elle peut accepter expressément de poursuivre l'audition hors la présence de son avocat ;

6° De la possibilité de bénéficier, le cas échéant gratuitement, de conseils juridiques dans une structure d'accès au droit ».

« L'intervention de l'avocat, telle qu'elle résulte de ces différents textes, vise à renforcer l'effectivité des droits reconnus au suspect, tel que celui de prendre connaissance des faits qui lui sont reprochés et de choisir éventuellement de se taire pour ne pas s'auto-incriminer »³⁶⁵.

- 350- Il est ici nécessaire de se pencher sur l'analyse du 4^e de l'article précité puisqu'il est en lien direct avec le droit de ne pas s'auto-incriminer.
- 351- Le législateur a fait le choix de ne pas revenir au texte mentionné au travers de la loi du 15 juin 2000³⁶⁶ ce qui démontre bien les lacunes qui entouraient l'article 63-1 du Code de procédure pénale. Du « droit de ne pas répondre aux questions qui lui seront posées par les enquêteurs », l'article prévoit désormais « le droit de faire des déclarations, de répondre aux questions qui lui sont posées ou de se taire ». Il s'agit d'un réel bouleversement qui démontre que le fait de ne pas répondre aux questions n'étaient pas assez protecteur des droits de la défense, bien que ce ne soit toujours pas le cas tenant l'absence d'explication au gardé à vue des contours du droit de se taire. Car désormais, en effet, il est question de « droit de se taire », le terme est enfin posé. Il sera observé que ce terme a été préféré au « droit de garder le silence » alors que ce dernier avait une connotation plus forte. Le terme « silence » laisse place à une sensation de réflexion, d'apesanteur, comme si le silence pouvait lui permettre de réfléchir avant de parler. Cela ne semble pas avoir été privilégié par le législateur peut être en raison de cette explication. Le droit de se taire ayant une connotation plus directive, il a été privilégié.
- 352- Outre l'aspect purement analytique des termes, il sera observé sur le fond qu'il est laissé au gardé à vue plus de choix quant à l'expression de sa défense. C'est-à-dire qu'il a désormais la possibilité de faire des déclarations, de répondre aux questions ou de se taire. La possibilité de faire des déclarations signifie que, dès le début d'un interrogatoire, il peut faire une déclaration à propos des faits qui concernent ce pourquoi il est entendu, sans qu'aucune

³⁶⁵ JANSON O., « *Le contradictoire dans l'enquête préliminaire : l'apport de la loi du 3 juin 2016* » USM, le nouveau pouvoir judiciaire, septembre 2016, n°416

³⁶⁶ Loi du 15 juin 2000, op.cit.

question ne lui soit posée. Ce peut être bénéfique, notamment dans le cadre de l'interrogatoire de première comparution où la personne mise en cause a passé plus de 48 heures en garde à vue, qu'elle s'est déjà expliquée, qu'elle est épuisée et qu'elle ne peut plus répondre à des questions et préfère ne dire qu'un simple résumé des faits. Cela peut aussi être bénéfique lorsque la personne qui est interrogée ne veut pas froisser le magistrat en gardant le silence mais préfère voir le dossier pénal avant de répondre à nouveau aux questions. La personne entendue à également la possibilité bien sûr de répondre simplement aux questions des enquêteurs ou bien de ne rien dire. Est-ce que l'apparition de ces trois options au sein de la procédure pénale est suffisante pour que la protection des droits de la défense soit assurée ? Il apparaît que cela reste encore lacunaire. En effet, tant qu'aucune explication ne sera fournie à la personne gardée à vue autour de la signification de ce droit est absente, le mis en cause ne pourra voir ses droits valorisés. Il est important également qu'il soit fait une distinction entre le droit de se taire et le droit de ne pas s'auto-incriminer, le législateur aurait pu aller encore plus loin et insérer le principe de ne pas contribuer à sa propre incrimination à la suite du droit de se taire, tout comme il aurait pu ajouter que les propos qui sont tenus dans le cadre d'un interrogatoire peuvent avoir un impact sur la suite de la procédure.

353- Il sera néanmoins observé que le législateur a permis la création d'un véritable statut de la personne à l'égard de laquelle « *il existe des raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis ou tenté de commettre une infraction* ». Cette personne peut désormais être entendue librement et pourra se voir notifier plusieurs droits tels que la connaissance des dates et lieux des faits reprochés et de leur qualification, le droit de quitter les locaux d'enquête, le droit à un interprète, le droit de se taire et le droit à un avocat si un emprisonnement est encouru³⁶⁷. Comme cela peut être constaté, cet article traduit désormais la possibilité pendant toutes les phases de la procédure pénale de pouvoir bénéficier du droit de se taire et de bénéficier de l'assistance d'un avocat et ce, avant tout interrogatoire. Il s'agit là d'une réelle révolution en

³⁶⁷ MESA R., « *Retour sur le droit de se taire* », Gazette du Palais - n°39 - page 17 Date de parution : 08/11/2016, Id : GPL279e3, Gaz. Pal. 8 nov. 2016, n° 279e3, p. 17. Voir aussi : CEDH, 4^e sect., 13 sept. 2016, n° 50541/08, Ibrahim et a. c/ France Cass. crim., 6 sept. 2016, n° 16-83907, ECLI:FR:CCASS:2016:CR04322, M. X, M. Guérin, prés. ; SCP Waquet, Farge et Hazan, av. (rejet pourvoi c/ CA Rennes, 17 mai 2016) Cass. crim., 28 juin 2016, n° 15-84032, ECLI:FR:CCASS:2016:CR02954, M. X. (rejet pourvoi c/ CA Paris, 9 juin 2015), M. Guérin, prés. ; SCP Spinosi et Sureau, av. Cass. crim., 24 mai 2016, n° 15-82516, ECLI:FR:CCASS:2016:CR02192, Laphal Industrie (cassation CA Aix-en-Provence, 23 févr. 2015), M. Guérin, prés. ; SCP Waquet, Farge et Hazan, av.

procédure pénale qui se confortait dans une situation hybride ou une personne pouvait être entendue, risquait de s'auto-incriminer pour autant mais sans que jamais des droits essentiels tels que les droits de la défense ne lui soient notifiés. Il est évident que le législateur a tardé pour mettre en place de telles garanties qu'il faut cependant aujourd'hui saluer. Ces droits visent à protéger toutes personnes, quel que soit son statut d'une auto-incrimination. La présence de l'avocat pourra lui permettre de maîtriser ses propos et surtout d'en mesurer les conséquences.

- 354- Si de prime abord, l'audition libre paraît moins « effrayante » que la mesure de garde à vue, il ne faut pas pour autant oublier qu'elle peut à tout moment basculer sur une mesure coercitive. Il ne faut pas se fier à la durée, ni même parfois à l'absence de formalisme quant à la convocation pour une audition dans le cadre de ce type d'audition. Il ne faut pas minimiser une procédure pénale dès lors que des propos sont retranscrits sur un procès-verbal et versés à la procédure. La notification du droit de se taire et la mise en place de l'avocat lors de tout interrogatoire était indispensable et cela est salutaire pour le respect du droit de ne pas s'auto-incriminer.

2. La nécessité de protection de la personne librement entendue

- 355- Comme cela a pu être constaté, l'auto-incrimination peut être présente lors de l'ensemble des phases de la procédure. Il a été vu que la mesure de garde à vue était l'une des premières étapes où la personne interrogée pouvait être amenée à faire des déclarations susceptibles d'être auto-incriminantes. Évidemment, cette crainte doit être ressentie lors de toutes les phases où un interrogatoire prend place, à fortiori si les autorités sont présentes et peuvent exercer à son encontre une forte pression. Il était donc nécessaire de protéger la personne entendue dans le cadre de l'audition libre. En effet, depuis la loi du 27 mai 2014³⁶⁸, le législateur a prévu que le suspect libre dispose désormais obligatoirement de la notification de son droit de se taire et de bénéficier de l'assistance d'un avocat lors des interrogatoires. (a). Cette mesure permet d'assurer une meilleure protection à la personne entendue et ce, dans l'ensemble des phases de l'enquête. Dans le même sens, il sera observé les différentes mesures qui ont été mises en place afin d'assurer une protection des droits de la défense vis-à-vis du droit de ne pas s'auto-incriminer. Il faut ici faire référence à l'obligation, avant tout interrogatoire, que les questions posées soient formulées en amont de l'interrogatoire et non

³⁶⁸ Loi n°2014-535 du 27 mai 2014, op.cit.

pas improvisées au cours de l'audition (b.) cela impose aux enquêteurs de bien délimiter les questions aux seules infractions reprochées. Enfin, l'absence de serment de la personne entendue sera évoquée afin d'assurer la protection du suspect libre face à une auto-incrimination (c.)

a. La notification des droits au suspect libre

356- En effet, lorsque la création de l'audition libre a été envisagée, cela a fait l'objet de nombreuses critiques. Pour certains³⁶⁹, créer l'audition libre revenait à créer une zone de non droit en ouvrant la possibilité aux officiers de police judiciaire d'entendre une personne à laquelle on va expliquer qu'elle peut être entendue librement sans passer par le régime de la garde à vue et donc, sans passer par la partie protectrice de la garde à vue, soit l'absence d'avocat et ce, le « temps nécessaire ». Pourtant, il faut avancer vers un système dans lequel, comme le dit très clairement la Cour européenne des droits de l'homme, chaque fois qu'une personne est privée de sa liberté elle doit pouvoir bénéficier de la présence de son avocat et cet avocat doit être en mesure de la défendre de manière effective, c'est à dire d'avoir accès au dossier et aux éléments qui sont retenus contre elle et de l'assister à l'occasion de ses interrogatoires. Là où cette mesure portait nécessairement atteinte au droit de ne pas s'auto-incriminer était lors des déclarations du mis en cause sans que le régime de la garde à vue soit appliqué, et donc sans que le mis en cause n'est vu son droit de garder le silence notifié. Le mis en cause va prendre le risque de déclarer des éléments qui pourraient le mettre en cause sans le savoir. Il faut savoir qu'en pratique, l'audition libre et le régime de la garde à vue sont totalement différents. Si le cadre de la garde à vue permet très rapidement de comprendre qu'une infraction vous est reprochée et que des suites judiciaires peuvent être engagées, ce n'est pas le cas de la mesure de l'audition libre. La personne se voit généralement notifiée la mesure d'audition libre par convocation dans sa boîte aux lettres ou tout simplement par téléphone, alors que la mise en œuvre de la garde à vue peut être très brutale. Dans le cadre de la mise en place de l'audition libre, la personne auditionnée ne va pas sentir le danger de certaines de ses déclarations et à des moments où il serait nécessaire qu'il garde le silence, il peut contribuer à son auto incrimination sans le savoir. La difficulté réside dans le fait que les déclarations faites par la personne entendue sont notifiées sur un procès-verbal. Ainsi, si la mesure de garde à vue prend place parce que les déclarations qu'il a faite sous le régime de

³⁶⁹ Interview du Bâtonnier de l'Ordre des avocats de Toulouse le 15 décembre 2010, François AXISA

l'audition libre ont permis de constater des éléments laissant penser qu'il a commis ou tenté de commettre une infraction, les déclarations faites lors de l'audition libre seront figées et définitives. Il était donc nécessaire que lui soit immédiatement notifié son droit de garder le silence dès le début de l'audition libre et évidemment, que la personne puisse bénéficier de l'assistance d'un avocat.

b. La formulation écrite des questions posées

357- Un élément est aussi intéressant à remarquer concernant la protection du droit de ne pas s'auto-incriminer lors de l'audition libre.

358- L'article 429 alinéa 2 issu de la loi du 15 juin 2000³⁷⁰ rappelle que « *tout procès-verbal d'interrogatoire ou d'audition doit comporter les questions auxquelles il est répondu* ».

359- « *Cette exigence a pour objet de préserver les droits des parties en faisant apparaître la démarche intellectuelle de l'enquêteur. Il s'agit de s'assurer du contenu ou si la formulation des questions n'est pas de nature à piéger la personne concernée à susciter ses réponses ou à altérer la spontanéité et la sincérité de celles-ci* »³⁷¹. Cependant en pratique, cette réalité est loin d'exister pour la bonne est simple raison que la réponse à certaines questions entraîne nécessairement la venue de nouvelles questions sans compter les questions que l'officier de police judiciaire aurait oublié de noter au préalable. Il est évident que celui-ci ne va pas auditionner à nouveau la personne si la question ne faisait pas partie initialement des questions à poser. C'est d'ailleurs en ce sens que la Chambre criminelle de la Cour de cassation a rappelé que l'absence de question écrite préalablement n'avait pas d'incidence sur le droit des parties³⁷².

³⁷⁰ Loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes. Publiée au JORF n° 0138 du 16 juin 2000 page 9038 texte n° 1

³⁷¹ F. DESPORTES et L. LAZERGES-COUSQUET, « *traité de procédure pénale* », op.cit., p. 1571

³⁷² Cass. crim., 21 sept. 2005, AJP 2006, p. 127 - 27 mai 2008, B. n°132 - Circ. CRIM 00-13 F1, 4 déc. 2000, § 4.1.

c. L'absence de serment de la personne entendue

360- Dans la continuité des droits tendant à protéger le droit de ne pas s'auto-incriminer, il faut constater l'absence de prestation de serment de la personne entendue. Pendant les auditions, cette dernière n'a pas à prêter serment selon les dispositions de l'article 103 du Code de procédure pénale. Ainsi, aucune poursuite pour faux témoignages ne peut être engagée car la personne n'a pas à contribuer à sa propre auto incrimination³⁷³. Elle a la possibilité de mentir, comme de dire la vérité, tout comme elle peut garder le silence ou répondre aux questions qui lui sont posées.

Paragraphe 2. Le droit de ne pas s'auto-incriminer après l'enquête

361- S'il a pu être constaté que toute personne pouvait s'auto-incriminer en amont de l'enquête et principalement lors des interrogatoires devant les officiers de police judiciaire, il faut rappeler que la personne mise en cause peut également faire l'objet d'interrogatoires après l'enquête, et ainsi, s'auto-incriminer de la même façon mais cette fois ci, devant le juge d'instruction (A.). Dans le même sens, la phase du procès pénal sera bien évidemment évoquée et ce, au regard de la nouvelle loi du 27 mai 2014 qui prévoit désormais une protection plus accrue du prévenu devant la juridiction pénale qui dispose désormais de l'obligation que lui soit notifiée son droit de se taire pendant l'ensemble de son procès, qu'il s'agisse du fond, ou de sa personnalité (B.)

A. Le droit de ne pas s'auto-incriminer au cours de l'instruction

362- Au cours de l'information judiciaire, les manifestations pratiques de l'auto-incrimination sont nombreuses.

363- De manière générale, une instruction est la phase du procès selon laquelle une enquête est menée par un juge d'instruction. En procédure pénale, « *l'instruction dite préparatoire est la phase du procès pénal³⁷⁴ au cours de laquelle le magistrat instructeur procède aux recherches tendant à identifier l'auteur de l'infraction, à éclairer sa personnalité, à établir*

³⁷³ Article 434-13 du Code de procédure pénale.

³⁷⁴ *Une instruction en procédure pénale est obligatoire en matière de crime, facultative en matière de délit et exceptionnelle en matière contraventionnelle.*

les circonstances et les conséquences de cette infraction, afin de décider de la suite à donner à l'action publique »³⁷⁵. A l'issue de l'interrogatoire de première comparution au cours duquel le juge d'instruction va entendre la personne, le juge va lui notifier soit sa mise en examen, soit son placement sous le statut de témoin assisté. Le juge d'instruction ne peut procéder à la mise en examen d'une personne ou à son placement sous le statut de témoin assisté qu'après avoir entendu ses observations à l'issue de l'interrogatoire de première comparution³⁷⁶.

364- Depuis la loi du 27 mai 2014³⁷⁷, lors de sa première audition par le juge d'instruction, l'article 116 du Code de procédure pénale prévoit que « *La personne est informée qu'elle a le droit de se taire, de faire des déclarations, soit d'être interrogée. Mention de cet avertissement est faite au procès-verbal. L'accord pour être interrogé ne peut être donné qu'en présence d'un avocat. L'avocat de la personne peut également présenter ses observations au juge d'instruction* ». En effet, depuis la création de cette loi, une nouvelle garantie du droit de ne pas s'auto incriminer voit le jour puisqu'elle permet à la personne entendue de pouvoir garder le silence lors du premier interrogatoire de première comparution. Cet élément a une importance majeure car stratégiquement, elle permet au mis en cause de ne pas s'auto incriminer. A titre d'exemple, en fonction des déclarations de la personne en garde à vue et de sa reconnaissance ou non de l'infraction, lorsqu'une personne a été préalablement placée en garde à vue puis déférée devant un juge d'instruction par la suite, il est parfois stratégique de ne faire que de brèves déclarations en expliquant au juge qu'au regard de l'épreuve morale et physique de la garde à vue, il est difficile pour la personne de pouvoir à nouveau être entendue devant un juge. L'avantage stratégique est de pouvoir prendre connaissance, dans les détails, de l'entier dossier pénal dont les avocats n'ont pas la possibilité d'accéder lors de la garde à vue. Cela évite au mis en cause de faire des déclarations qui pourrait lui porter préjudice par la suite. Il vaut mieux connaître les tenants et les aboutissants du dossier pour pouvoir répondre aux questions dans un sens ou dans un autre mais en lien avec les éléments du dossier.

365- En revanche, cette loi³⁷⁸ laisse place à une protection lacunaire en ce qui concerne les autres interrogatoires de la personne placées sous le statut de mis en examen ou témoin assisté. En effet, la loi du 27 mai 2014, venant soi-disant apporter de meilleures garanties à la personne

³⁷⁵ CORNU G., « *Vocabulaire juridique* », op.cit., p. 557

³⁷⁶ Article 116 du Code de procédure pénale

³⁷⁷ Loi n°2014-535 du 27 mai 2014, op.cit.

³⁷⁸ Loi n°2014-535 du 27 mai 2014, op.cit

entendue lors de son interrogatoire de première comparution est en réalité très exhaustive puisqu'elle limite sa protection à ce seul interrogatoire et non les suivants. Si d'apparence cela paraîtrait logique que le droit de se taire s'applique à tous les entretiens confrontant le mis en cause avec le juge d'instruction, il n'en est rien et le juge en a parfaitement conscience puisqu'il ne lui réitérera pas ses droits évoqués lors de l'interrogatoire de première comparution. Le juge considère qu'il n'a pas à lui notifier son droit de garder le silence lors des interrogatoires suivants ou confrontations car la loi ne le prévoit pas. Si certes, son avocat pourra, en amont, lui conseiller de ne pas répondre aux questions lors des auditions à venir, son droit de ne pas contribuer à sa propre auto-incrimination sera bafoué, mettant à mal les droits de la défense de la personne entendue.

B. Le droit de ne pas s'auto-incriminer au cours du procès pénal

366- Cette même loi du 27 mai 2014³⁷⁹ a également prévu la possibilité pour la personne qui comparait devant une juridiction telle qu'un Tribunal correctionnel ou une Cour d'assises de pouvoir se taire, de faire de déclarations ou de répondre aux questions.

367- Certains avantages sont à relever. La comparution immédiate est une bonne illustration d'une manifestation pratique du droit de ne pas s'auto-incriminer. « *Instituée en 1983 et modifiée depuis cette date à de très nombreuses reprises, est prévue par les articles 395 et suivants du Code de procédure pénale. Elle consiste à faire comparaître immédiatement devant un tribunal correctionnel une personne à laquelle le ministère public vient de notifier les faits qui lui sont reprochés (...) De manière générale, le parquet choisit ce mode de poursuite lorsqu'il trouve opportun qu'une réponse pénale ferme et immédiate soit apportée à des faits de nature délictuelle* »³⁸⁰. Si cette comparution peut être brutale, elle semble néanmoins garantir le droit de ne pas s'auto-incriminer. Cette possibilité de jugement permet au prévenu de ne pas être jugé immédiatement. « *Lorsque le tribunal est saisi en application des articles 395 et 396, troisième alinéa, le président constate l'identité du prévenu, son avocat ayant été avisé. Il avertit le prévenu qu'il ne peut être jugé le jour même qu'avec son accord ; toutefois, cet accord ne peut être recueilli qu'en présence de son accord ou si, celui-ci n'est pas*

³⁷⁹ Ibid.

³⁸⁰ F. DESPORTES et L. LAZERGES-COUSQUET, « *traité de procédure pénale* », op.cit., p. 798

présent, d'un avocat désigné d'office sur sa demande par le bâtonnier »³⁸¹. La difficulté lors d'une comparution immédiate c'est la rapidité avec laquelle la procédure se passe. Le prévenu a été interpellé le plus souvent dans les jours qui ont précédé, il a été placé en garde à vue rapidement et c'est suite à cette mesure que le prévenu a été présenté devant un Tribunal correctionnel. L'avocat a donc très peu de temps pour préparer sa défense. Dans les cas où le prévenu reconnaît l'infraction qui lui est reproché il est parfois stratégique qu'il soit jugé immédiatement, mais il arrive que le dossier soit volumineux, que l'infraction ne soit pas reconnue et/ou que la qualification de l'infraction ne soit pas certaine. Dans ce cas de figure, il est nécessaire de renvoyer cette affaire à une date ultérieure.

368- *Il arrive aussi, que cela déplaît ou non, qu'il soit conseillé au prévenu de renvoyer l'affaire à une date ultérieure en fonction de qui préside le Tribunal correctionnel...*

369- *« Si le prévenu ne consent pas à être jugé séance tenante ou si l'affaire ne paraît pas en état d'être jugée, le tribunal, après avoir recueilli les observations des parties et de leur avocat, renvoie à une prochaine audience qui doit avoir lieu dans un délai qui ne peut être inférieur à deux semaines, sauf renonciation expresse du prévenu, ni supérieur à six semaines.*

370- *Lorsque la peine encourue est supérieure à sept ans d'emprisonnement, le prévenu, informé de l'étendue de ses droits, peut demander que l'affaire soit renvoyée à une audience qui devra avoir lieu dans un délai qui ne peut être inférieur à deux mois, sans être supérieur à quatre mois.*

371- *Dans le cas prévu par le présent article, le prévenu ou son avocat peut demander au tribunal d'ordonner tout acte d'information qu'il estime nécessaire à la manifestation de la vérité relatif aux faits reprochés ou à la personnalité de l'intéressé. Le tribunal qui refuse de faire doit à cette demande doit rendre un jugement motivé »³⁸².*

372- En matière de criminalité organisée, l'article 706-106 du Code de procédure pénale prévoit que :

« Lorsque, au cours de l'enquête, il a été fait application des dispositions des articles 706-80 à 706-95, la personne qui est déférée devant le procureur de la République en application des dispositions de l'article 393 a le droit à la désignation d'un avocat. Celui-ci peut consulter sur le champ le dossier et communiquer librement avec elle, conformément aux dispositions des deuxième et troisième alinéas de l'article 393. La personne comparait alors en présence de son avocat devant le procureur de la République qui, après avoir entendu ses déclarations

³⁸¹ Article 397 du Code de procédure pénale.

³⁸² Article 397-1 du Code de procédure pénale

et les observations de son avocat, soit procède comme il est dit aux articles 394 à 396, soit requiert l'ouverture d'une information.

Si le procureur de la République saisit le tribunal correctionnel selon la procédure de comparution immédiate, les dispositions du deuxième alinéa de l'article 397-1 permettant au prévenu de demander le renvoi de l'affaire à une audience qui devra avoir lieu dans un délai qui ne peut être inférieur à deux mois sans être supérieur à quatre mois sont applicables, qu'elle que soit la peine encourue ». Selon la circulaire du 8 novembre 2002³⁸³, cette disposition, a « pour objet de permettre au prévenu de disposer d'un délai plus long pour préparer sa défense, compte tenu de l'importance de la peine encourue ». Ces dispositions du Code de procédure pénale sont protectrices du droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination et tendent à la valorisation des droits de la défense dans le sens où le prévenu va avoir le temps de préparer sa défense correctement et d'apporter les éléments de personnalité nécessaires.

373- En revanche, certains inconvénients sont à déplorer. Dans le cas de la convocation par procès-verbal ou de la convocation par officier de police judiciaire, il se peut qu'utiliser un temps pour préparer sa défense ou refuser de se taire soit défavorable au mis en cause.

374- A titre d'exemple, dans le cadre de la convocation par procès-verbal il est prévu que « *La procédure de convocation par procès-verbal, prévue par l'article 394 du CPP, consiste, pour le procureur de la République, à faire déférer la personne mise en cause devant lui, le plus souvent à l'issue de sa garde à vue, afin de lui notifier les charges qui sont retenues contre elle et la date d'audience à laquelle elle devra comparaître. Cette procédure est issue de la loi du 6 août 1975 qui instaura la procédure de « rendez-vous judiciaire »³⁸⁴. Il faut savoir que dans ce type de cas, un choix de disposer d'un délai pour préparer sa défense n'est pas proposé à la personne qui comparet devant un Tribunal correctionnel. En effet dès lors que cette procédure prévoit une audience bien ultérieure à la garde à vue, il n'est pas nécessaire de solliciter un temps pour préparer sa défense puisque la personne mise en cause aura eu le temps de réunir les éléments nécessaires entre la garde à vue et l'audience pour préparer son jugement. Ainsi il n'apparaît pas opportun de garder le silence dans ce type de procédure, au contraire cela pourrait desservir au mis en cause qui, alors qu'il a eu du temps pour préparer*

³⁸³ Circulaire du 8 novembre 2002 : CRIM-02-16-E8-08.11.02

³⁸⁴ F. DESPORTES et L. LAZERGES-COUSQUET, « *traité de procédure pénale* », op.cit., 806 p.

sa défense se mure dans un silence. L'absence de remise en question sur la culpabilité tant convoitée par les magistrats risquent de lui porter préjudice et ce, en ce qui concernera sa sanction pénale.

375- Dans le cadre de la convocation par officier de police judiciaire : « *Prévue par l'article 390-1 du CPP, issu de la loi n°85-1407 du 30 décembre 1985, la convocation par officier ou agent de police judiciaire, couramment appelée « COPJ », est aujourd'hui le mode de poursuite le plus utilisé. Environ 40% des saisines du tribunal correctionnel sont effectuées selon ce mode. Il s'agit d'une convocation en justice notifiée le plus souvent par un officier de police judiciaire ou un agent de police judiciaire, sur instructions du procureur de la République. En règle générale, elle est utilisée dans le cadre du traitement en temps réel pour poursuivre à l'issue de leur garde à vue les auteurs de vols simples, de violences volontaires ou de délits de conduite d'un véhicule sous l'empire d'un état alcoolique* »³⁸⁵.

376- Qu'il s'agisse de l'une ou l'autre des procédures, il n'est pas judicieux de garder le silence, même si la loi du 27 mai 2014³⁸⁶ en donne la possibilité au prévenu, ou de solliciter le renvoi de l'affaire. Les magistrats savent que le prévenu a eu le temps de préparer sa défense en prenant connaissance du dossier, en réunissant les documents nécessaires (contrat de travail, bulletins de salaires, livret de famille...), il n'y a donc aucune raison de garder le silence. Dans ce cas le fait de se taire lors de l'instruction du dossier risquera, même si ce droit lui est offert, de porter préjudice au prévenu. Le juge se fera sa propre opinion de son silence et risque d'observer une certaine mauvaise foi. Il est alors question « *d'assimilation rapide à une culpabilité avérée* »³⁸⁷.

377- Certains auteurs relèvent en ce sens que « *Le droit de se taire n'est pas un droit absolu. On ne saurait donc dire que la décision d'un prévenu de se taire d'un bout à l'autre de la procédure pénale devrait nécessairement être dépourvue d'incidences une fois que le juge du fond tentera d'apprécier les éléments à charge (...)* Pour rechercher si le fait de tirer de son silence des conclusions défavorables à l'accusé enfreint l'article 6, il faut tenir compte de l'ensemble des circonstances, eu égard en particulier aux cas où l'on peut procéder à des déductions au poids que les juridictions nationales leur ont accordé en appréciant les

³⁸⁵ F. DESPORTES et L. LAZERGES-COUSQUET, « *traité de procédure pénale* », op.cit., 797 p.

³⁸⁶ Loi n°2014-535 du 27 mai 2014, op.cit.

³⁸⁷ CEDH, Murray c/ Royaume-Uni, 8 févr. 1996,; Rev. sc. crim. 1997, p.476, obs. R. Koering-Joulin

éléments de preuve et le degré de coercition inhérent à la situation »³⁸⁸. La doctrine rejoint donc la nécessité de considérer le droit de se taire comme un droit absolu pour ne plus que le silence ait une influence sur le devenir de la peine. Pour ce faire, il faut consacrer textuellement le droit de ne pas s'auto-incriminer au sein de la procédure pénale. Bien sûr il ne faut pas se leurrer sur l'impact qu'aura le fait pour un prévenu de garder le silence tout au long de son procès pénal, il est certain que cela aura toujours des conséquences, mais juridiquement, ce droit sera reconnu. Ce n'est pas qu'une simple reconnaissance vis-à-vis de la justice, ce serait l'aboutissement d'un combat en faveur du respect des droits de l'homme. Cela signifierait que lors du procès pénal, le magistrat devrait, avant tout instruction du dossier préciser que le mis en cause a la possibilité de faire des déclarations, de répondre aux questions ou de se taire et que le fait de garder le silence ne pourra lui porter préjudice et ce, en vertu du droit de ne pas s'auto-incriminer. Les incidences qui sont rencontrées sans cesse lors des procédures découlent de l'absence de garantie expressément citée dans la loi. En effet, l'absence de consécration textuelle du droit de ne pas s'auto-incriminer pose une grande difficulté au regard de l'ensemble des éléments ci-avant exposés, mais en outre, une difficulté demeure également sur le fait que la personne mise en cause ne soit pas suffisamment tenue informée qu'en cas de silence, il risque d'y avoir une incidence sur le choix de la peine. Bien sûr qu'il y aura une incidence sur la peine si la personne prévenu devant un Tribunal correctionnel se mue dans un silence qui ne permet pas au magistrat de comprendre les contours des faits qui lui sont reprochés. Les magistrats vont penser que si la personne garde le silence, c'est qu'elle a sûrement quelque chose à cacher, partant, il y a lieu de condamner. Or la disposition selon laquelle nul ne doit être tenu responsable que par son seul silence devrait être mentionnée à la suite de chaque disposition prévoyant, pour la personne mise en cause, le droit de se taire. En revanche, plus le droit de se taire et de ne pas s'auto-incriminer seront reconnus comme des droits absolus, plus les mentalités changeront vis-à-vis du prévenu qui garde le silence tout au long de la procédure. Cette avancée doit être effectuée pour pouvoir valoriser les droits de la défense.

378- Cet argumentaire permet de constater l'importance de consacrer la notion d'auto-incrimination tant en droit européen qu'en droit interne. Si cela reste critiquable pour certains et légitimes pour d'autres, il ne peut s'agir de toute façon que d'une atteinte au droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination il est ainsi nécessaire d'envisager sa protection.

³⁸⁸ SAURON JL., CHARTIER A., avec la collaboration de REGUER-PETIT L., « *Les droits protégés par la convention européenne des droits de l'homme* », Gualino, extenso éditions, MAYENNE, juin 2014, p.180.

Section 2. La protection nécessaire du droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination

379- Les points précédemment évoqués amènent à s'interroger sur les éléments qui semblent tendre à la valorisation du droit de ne pas s'auto-incriminer notamment grâce à la protection du mis en cause ou du suspect avec la présence de l'avocat lors de certaines mesures (Paragraphe 1.). Cependant cette protection sera parfois jugée lacunaire en l'absence d'accès à des éléments essentiels de la procédure, démontrant un affaiblissement constant des droits de la défense (Paragraphe 2.)

Paragraphe 1. Une protection garantie du droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination

380- Le droit de s'entretenir avec l'avocat et le droit à l'assistance d'un avocat sont les meilleures garanties protectrices du droit de ne pas s'auto-incriminer. Il faudra néanmoins distinguer ces droits lors d'une garde à vue, lors d'un déferrement ou lors d'une comparution devant un Tribunal correctionnel ou une Cour d'assises.

A. Le droit de s'entretenir avec l'avocat

381- Il est important de situer le droit de s'entretenir avec l'avocat avant le début des auditions de garde à vue quand le droit de ne pas s'auto-incriminer est évoqué. En effet, il a été la première protection affirmée du droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination. L'intervention de l'avocat au stade de la garde à vue a été acquise avec la loi du 4 janvier 1993³⁸⁹. Le législateur a autorisé, par le biais des articles 63-3-1 et 63-4 du Code de procédure pénale, la possibilité pour le gardé à vue, dès le début de la mesure et à chaque début de prolongation de bénéficier d'un entretien confidentiel qui ne peut excéder trente minutes avec un avocat. *« Dès le début de la garde à vue, la personne peut demander à être assistée par un avocat. Si elle n'est pas en mesure d'en désigner un ou si l'avocat choisi ne peut être contacté, elle peut demander qu'il lui en soit commis un d'office par le bâtonnier.*

Le bâtonnier ou l'avocat de permanence commis d'office par le bâtonnier est informé de cette demande par tous moyens et sans délai.

³⁸⁹ Loi n°93-2 du 4 janvier 1993 portant réforme de la procédure pénale

L'avocat peut également être désigné par la ou les personnes prévenues en application du premier alinéa de l'article 63-2. Cette désignation doit toutefois être confirmée par la personne.

L'avocat désigné est informé par l'officier de police judiciaire ou, sous le contrôle de celui-ci, par un agent de police judiciaire de la nature et de la date présumée de l'infraction sur laquelle porte l'enquête.

S'il constate un conflit d'intérêts, l'avocat fait demander la désignation d'un autre avocat. En cas de divergence d'appréciation entre l'avocat et l'officier de police judiciaire ou le procureur de la République sur l'existence d'un conflit d'intérêts, l'officier de police judiciaire ou le procureur de la République saisit le bâtonnier qui peut désigner un autre défenseur.

Le procureur de la République, d'office ou saisi par l'officier de police judiciaire ou l'agent de police judiciaire, peut également saisir le bâtonnier afin qu'il soit désigné plusieurs avocats lorsqu'il est nécessaire de procéder à l'audition simultanée de plusieurs personnes placées en garde à vue ».

382- Exceptionnellement, pour les infractions visées à 706-73 du Code de procédure pénale, l'intervention de l'avocat peut être différée en considération de raisons impérieuses tenant aux circonstances particulières de l'enquête ou de l'instruction, soit pour permettre le recueil et la conservation des preuves, soit pour prévenir une atteinte aux personnes. L'intervention de l'avocat peut être différée pendant une durée maximale de quarante-huit heures. Pour les infractions figurant au 3° et au 11° de l'article 706-73 du Code de procédure pénale, elle peut être différée pour une durée de soixante-douze heures. Un report peut être décidé jusqu'à la vingt quatrième heure par le procureur de la République et ensuite par le juge des libertés et de la détention ou le juge d'instruction si la garde à vue est mise en œuvre dans le cadre d'une commission rogatoire. A la quatre-vingt seizième heure et à la cent vingtième heure, le gardé à vue pourra s'entretenir avec son avocat conformément à l'article 63-4 du Code de procédure pénale.

383- L'intérêt de l'étude de ce droit repose sur plusieurs éléments. Psychologiquement, cette intervention constitue pour la personne placée en garde à vue « *un soutien d'ordre moral* »³⁹⁰. La présence d'un homme de loi lors d'un entretien en vue d'une garde à vue ou pour toutes autres présentations est rassurante. S'il arrive que les officiers de police judiciaire convoquent une personne pour lui notifier une garde à vue, il arrive aussi que cette mesure soit mise en œuvre brutalement sans que vous n'ayez pu prendre conseil auprès de quiconque.

³⁹⁰ Sur ce point voir DESPORTES (F.) et LAZERGES-COUSQUER (L.), *Traité de procédure pénale*, op.cit.

Juridiquement, cet entretien est insuffisant pour la garantie des droits du mis en cause. Encore une fois, il faut distinguer le cas de la personne qui a été prévenue au préalable et qui va pouvoir aller consulter un avocat pour que celui-ci le prépare à la mesure.

384- Cela a deux intérêts. Le premier est de gagner du temps, l'entretien ayant déjà, en pratique, été réalisé dans le cabinet de son conseil, le but, lors de l'entretien en garde à vue, est de rappeler la stratégie à adopter et de le préparer en cas de connaissance de nouveaux éléments. Cela a un intérêt également si l'avocat décide de ne pas être là du tout. L'avocat se sera entretenu au préalable avec son client mais ne viendra ni lors de l'entretien de garde à vue, ni lors des auditions. N'ayant pas d'accès au dossier et le champ d'intervention de l'avocat étant limité, l'avocat préférera stratégiquement ne pas être présent afin de faire valoir par la suite les dispositions de l'article préliminaire du Code de procédure pénale qui prévoit que « *En matière criminelle et correctionnelle, aucune condamnation ne peut être prononcée contre une personne sur le seul fondement de déclaration qu'elle a faites sans avoir pu s'entretenir avec un avocat et être assistée par lui* ».

385- Il faut également distinguer le cas de la personne qui n'a pas eu le temps de consulter son conseil ou qui n'en a tout simplement pas. Cet entretien ne peut excéder trente minutes et il a lieu avant le début des auditions, cela ne peut donc permettre de garantir au maximum les droits de la défense. En effet, l'avocat, dans ce laps de temps, doit non seulement se présenter à son client et instaurer un climat de confiance si son conseil a été commis d'office, lire les faibles procès-verbaux dont il dispose, tel que le procès-verbal de notification des droits, analyser rapidement quel est le cadre de l'enquête et ce qui est réellement reproché à la personne mise en cause.

386- Cette étude permet ainsi de constater l'importance de l'entretien avec l'avocat et la gestion du temps passé.

387- En effet, qu'il s'agisse d'un entretien préalable à la garde à vue, préalable à un déferrement devant le procureur de la République ou juste avant un interrogatoire de première comparution devant le Juge d'Instruction rien ne peut empêcher cette libre communication. Si l'article 145-4, alinéa 1^{er} du Code de procédure pénale donne la possibilité au juge d'instruction d'interdire au mis en cause de communiquer avec quiconque, cette disposition ne s'applique en aucun cas à son avocat.

388- La difficulté réside principalement autour du « cadre de cet entretien ». La Cour européenne des droits de l'homme rappelle que l'entretien avec l'avocat doit être sans entraves, cela équivaut à un « *Droit pour l'accusé de communiquer avec son avocat hors de portée d'ouïe d'un tiers* »³⁹¹. Pourtant, en pratique, c'est loin d'être le cas. Pour des raisons parfois pratiques ou souvent par manque de places, il est fréquent que les avocats s'entretiennent avec leur client non loin d'autres prévenus ou d'officiers de police judiciaire³⁹². Tous les tribunaux ne disposent pas de parloirs avocats qui permettent au mis en cause de s'entretenir de manière intime avec leur avocat. Ces conditions ne sont pourtant pas condamnées alors que cela contrevient réellement aux droits de la défense et aucune amélioration ne semble être prévue en ce sens.

389- Certes, des améliorations ont été effectuées pour une meilleure protection des droits de la défense puisque le régime de la garde à vue en France a été jugé contraire à l'article 6 paragraphe 3 de la Cour européenne des droits de l'homme. En vertu de l'article 63-4-2 du code de procédure pénale, le gardé à vue peut désormais demander que l'avocat assiste à ses auditions et confrontations³⁹³ conformément aux exigences de la Cour de Strasbourg³⁹⁴.

B. Le droit d'être assisté d'un avocat

390- Le droit d'être assisté par un avocat a été une réelle révolution apportée par la loi du 14 juillet 2011³⁹⁵ qui a permis désormais lors des interrogatoires de garde à vue pour le suspect de pouvoir bénéficier d'un avocat tout au long de cette procédure. Par la suite, c'est avec la loi du 27 mai 2014³⁹⁶, que cette possibilité a été étendue au suspect libre déclenchant une réelle prise de conscience quant à la prise en compte du droit de ne pas s'auto-incriminer dans la procédure pénale française. Ce droit apparaît donc comme essentiel à la protection des droits de la défense. Si par principe il ne peut être vu que comme un atout (a.) il s'avèrera qu'en réalité il peut en découler un handicap (b.)

³⁹¹ LOMPARDINI C., CAMBI A., CEDH, 28 nov. 1991, S. c/Suisse, série A, n°220, § 49 : RTDH 1993, 295 - Agen, Modarca C/ Moldavie (existence d'une vitre de séparation).

³⁹² C'est le cas principalement dans les geôles des palais de justice.

³⁹³ Loi n°2011-392 du 14 avril 2011, op.cit.

³⁹⁴ CEDH GC, 27 novembre 2008, Salduz c/ Turquie, op.cit., § 52

³⁹⁵ Loi n°2011-392 du 14 avril 2011, op.cit.

³⁹⁶ Loi n°2014-535 du 27 mai 2014, op.cit.

1. L'atout d'être assisté d'un avocat

- 391- L'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme dans son alinéa 3 (c) prévoit que « *tout accusé à droit notamment à se défendre lui-même ou avoir l'assistance d'un défenseur de son choix et, s'il n'a pas les moyens de rémunérer un défenseur, pouvoir être assisté gratuitement par un avocat d'office, lorsque les intérêts de la justice l'exigent* ». Ainsi, la Cour de Strasbourg a, par un arrêt Dayanan c/ Turquie du 13 octobre 2009³⁹⁷, confirmé l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme, Salduz c/ Turquie du 27 novembre 2008³⁹⁸ selon lequel une personne placée en garde à vue à droit à l'assistance d'un avocat dès le début de la mesure. Il est bel et bien question du droit à l'assistance d'un avocat dès le début de la garde à vue qui semble s'écarter du droit à s'entretenir avec un avocat prévu à l'article 63-4 du Code de procédure pénale³⁹⁹. Ainsi, le droit du gardé à vue de bénéficier de l'assistance d'un avocat garantit non seulement l'équité du procès pénal au sens de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme mais également l'effectivité du droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination. « *La notion d'équité consacrée par l'article 6, exige que l'accusé ait le bénéfice de l'assistance d'un avocat dès les premiers stades de l'interrogatoire de police* »⁴⁰⁰.
- 392- Le juge européen a souhaité donner à l'avocat le droit d'exercer un réel contrôle sur la mesure de garde à vue. La France, forte des impératifs européens, semble avoir voulu donner à l'avocat le rôle qui est le sien. Ceci est confirmé par un nouvel arrêt BRUSCO c/ France⁴⁰¹ rendu par la Cour européenne des droits de l'homme le 14 octobre 2010 qui a condamné la France pour la première fois car le requérant n'a pas pu bénéficier de l'assistance d'un avocat dès le début de sa garde à vue et pendant ses auditions. « *L'article 63-4 ne permet pas à la personne ainsi interrogée, alors qu'elle est retenue contre sa volonté, de bénéficier de l'assistance effective d'un avocat* ».⁴⁰² Sur le fond, le Conseil considère que « *les évolutions depuis 1993 doivent être accompagnées des garanties appropriées encadrant le recours à la*

³⁹⁷ CEDH, 13 octobre 2009, Dayanan c. Turquie, op.cit., § 32.

³⁹⁸ CEDH GC, 27 novembre 2008, Salduz c/ Turquie, op.cit., § 52

³⁹⁹ Cet article rappelle le rôle plus actif de l'entretien car l'assistance ne comprend que le droit d'assister aux interrogatoires, préparer des interrogatoires, soutenir l'accusé, contrôler les conditions de détention.

⁴⁰⁰ CEDH John MURRAY c/ ROYAUME-UNI, n°18731/91 du 8 février 1996 relatif à la prévention du terrorisme en Irlande du Nord.

⁴⁰¹ CEDH, 14 octobre 2010, Brusco c/ France, op.cit. ; MAURO C., « *Réflexions sur la garde à vue : à propos de l'arrêt Brusco c/ France de la Cour européenne des droits de l'homme du 14 octobre 2010* », Dr. pén. Décembre 2010, p. 6-9.

⁴⁰² Décision n° 2010-14/22 QPC du 30 juillet 2010

garde à vue et assurant la protection des droits de la défense. Or, toute personne suspectée d'avoir commis une infraction peut être placée en garde à vue par un officier de police judiciaire pendant vingt-quatre heures renouvelables, quelle que soit la gravité des faits. L'intéressé ne bénéficie pas de l'assistance effective d'un avocat. Il en va ainsi sans considération des circonstances susceptibles de justifier cette restriction pour conserver les preuves ou assurer la protection des personnes alors que, au demeurant, l'intéressé ne reçoit pas la même notification de son droit à garder le silence ».⁴⁰³

393- La Cour de cassation, dans le cadre des trois arrêts qu'elle a rendus le 19 octobre 2010, indique « *sauf exception justifiées par des raisons impérieuses tenant aux circonstances particulières de l'espèce, et non à la seule nature du crime ou du délit, toute personne soupçonnée d'avoir commis une infraction doit, dès le début de la garde à vue (...) bénéficier, sauf renonciation non équivoque, de l'assistance d'un défenseur* ».⁴⁰⁴

394- L'article 63-4-2 du Code de procédure pénale a donc été créé par la loi du 14 avril 2011⁴⁰⁵ afin de prévoir le droit à l'assistance de l'avocat lors de la garde à vue en prévoyant que « *La personne gardée à vue peut demander que l'avocat assiste à ses auditions et confrontations. Dans ce cas, la première audition, sauf si elle porte uniquement sur les éléments d'identité, ne peut débiter sans la présence de l'avocat choisi ou commis d'office avant l'expiration d'un délai de deux heures suivant l'avis adressé dans les conditions prévues à l'article 63-3-1 de la demande formulée par la personne gardée à vue d'être assistée par un avocat. Au cours des auditions ou confrontations, l'avocat peut prendre des notes* ».

Si l'avocat se présente après l'expiration du délai prévu au premier alinéa alors qu'une audition ou une confrontation est en cours, celle-ci est interrompue à la demande de la personne gardée à vue afin de lui permettre de s'entretenir avec son avocat dans les conditions prévues à l'article 63-4 et que celui-ci prenne connaissance des documents prévus à l'article 63-4-1. Si la personne gardée à vue ne demande pas à s'entretenir avec son avocat,

⁴⁰³ GUINCHARD S., BUISSON J., « *Procédure pénale* », Manuel op.cit. p. 538

⁴⁰⁴ L'autre aspect des décisions concerne le droit d'être informé du droit de se taire.

Cass. crim., 19 oct. 2010 : Gaz Pal. 26 oct. 2010, note O. Bachelet ; JCP 2010, doct. 1104, note H Matsopoulou ; D. 2010, 2783, note J. Pradel et 2809, note E. Dreyer ; D. 2011, 132, obs. E. Degorce ; Gaz Pal. 1er fevr. 2011, note M. Bougain. E. Gindre, « *Une révolution jurisprudentielle en trompe l'œil* » ; « *les décisions de non conventionnalité des régimes de garde à vue au regard des droits de la défense* » : Rev. sc. crim. 2010/4, 879.

⁴⁰⁵ Loi n°2014-535 du 27 mai 2014, op.cit. : Voir article 63-4-2 du Code de procédure pénale modifié par la loi n°2016-731 du 3 juin 2016 renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale.

celui-ci peut assister à l'audition en cours dès son arrivée dans les locaux du service de police judiciaire ou à la confrontation.

Lorsque les nécessités de l'enquête exigent une audition immédiate de la personne, le procureur de la République peut autoriser, par décision écrite et motivée, sur demande de l'officier de police judiciaire, que l'audition débute sans attendre l'expiration du délai prévu au premier alinéa.

A titre exceptionnel, sur demande de l'officier de police judiciaire, le procureur de la République ou le juge des libertés et de la détention, selon les distinctions prévues par l'alinéa suivant, peut autoriser, par décision écrite et motivée, le report de présence de l'avocat lors des auditions ou confrontations, si cette mesure apparaît indispensable pour des raisons impérieuses tenant aux circonstances particulières de l'enquête, soit pour permettre le bon déroulement d'investigations urgentes tendant au recueil ou à la conservation des preuves, soit pour prévenir une atteinte grave et imminente à la vie, à la liberté ou à l'intégrité physique d'une personne.

Le procureur de la République ne peut différer la présence de l'avocat que pendant une durée maximale de douze heures. Lorsque la personne est gardée à vue pour un crime ou un délit puni d'une peine d'emprisonnement supérieure ou égale à cinq ans, le juge des libertés et de la détention peut, sur requête du procureur de la République, autoriser à différer la présence de l'avocat, au-delà de la douzième heure, jusqu'à la vingt-quatrième heure. Les autorisations du procureur de la République et du juge des libertés et de la détention sont écrites et motivées par référence aux conditions prévues à l'alinéa précédent au regard des éléments précis et circonstanciés résultant des faits de l'espèce.

Lorsque, conformément aux dispositions des deux alinéas qui précèdent, le procureur de la République ou le juge des libertés et de la détention a autorisé à différer la présence de l'avocat lors des auditions ou confrontations, il peut également, dans les conditions et selon les modalités prévues par ces mêmes alinéas, décider que l'avocat ne peut, pour une durée identique, consulter les procès-verbaux d'audition de la personne gardée à vue ».

395- En ce sens, le droit à l'assistance de l'avocat a également été intégré au sein de l'article préliminaire du Code de procédure pénale grâce à la loi n° 2000-516 du 15 juin 2000⁴⁰⁶,

⁴⁰⁶ Loi n° 2000-516 du 15 juin 2000. (Article préliminaire modifié par la loi n°2013-711 du 5 août 2013 portant diverses dispositions d'adaptation dans le domaine de la justice en application du droit de l'Union européenne et des engagements internationaux de la France.

modifiée par la loi du 5 août 2013⁴⁰⁷, dont le paragraphe III, alinéa 3, *in fine*, énonce que toute personne suspectée ou poursuivie a le droit d'être assistée d'un défenseur.⁴⁰⁸ « *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 (...)* »

396- *En matière criminelle et correctionnelle, aucune condamnation ne peut être prononcée contre une personne sur le seul fondement de déclaration qu'elle a faites sans avoir pu s'entretenir avec un avocat et être assistée par lui* ». La mise en place de ce droit au sein de l'article préliminaire du Code de procédure pénale est très significative de l'influence toujours plus grandissante de l'Europe sur la procédure pénale française mais pourquoi s'arrêter à ce stade-là. Il a été vu que l'article préliminaire évoluait en fonction de l'influence que peut avoir la Cour européenne des droits de l'homme sur la procédure pénale française, cette dernière reconnaissant le droit de ne pas s'auto-incriminer, pourquoi ne pas insérer ce droit au sein du Code de procédure pénale.

397- En tout état de cause, il est constaté que le droit de ne pas s'auto-incriminer prend de l'ampleur, il faut donc persévérer dans cette reconnaissance en droit national. L'avènement de la loi du 27 mai 2014⁴⁰⁹ le confirme en obligeant désormais le procureur de la République, dès lors qu'une personne est déférée devant lui, de l'informer « *de son droit d'être assisté par un avocat et par un interprète ; de son droit à faire des déclarations, de répondre aux questions qui lui sont posées ou de se taire* »⁴¹⁰. Cette avancée démontre que la garantie du droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination est assurée lors de toutes les phases de la procédure pénale. Ce droit prend de plus en plus de pouvoir sur la scène pénale. Ici, il donne à l'avocat la possibilité d'accéder à « *la vaste gamme d'intervention propres aux conseils* », à savoir « *la discussion de l'affaire, l'organisation de la défense, la recherche des preuves favorables à l'accusé, la préparation des interrogatoires, le soutien de l'accusé en détresse et le contrôle* »

⁴⁰⁷ Loi n°2013-711 du 5 août 2013 portant diverses dispositions d'adaptation dans le domaine de la justice en application du droit de l'Union européenne et des engagements internationaux de la France.

⁴⁰⁸ Cass. crim., 12 avril 2012, n°11-86.898 : Dr. pén. 2012, n°108, obs. A. Maron et M. Haas ; procédures 2012, n°228, obs. A-S, Chavent-leclère.

⁴⁰⁹ Loi n°2014-535 du 27 mai 2014 portant transposition de la directive 2012/13/UE du Parlement européen et du Conseil, du 22 mai 2012, relative au droit à l'information dans le cadre de la procédure pénale.

⁴¹⁰ Article 393 du Code de procédure pénale

des conditions de détention »⁴¹¹. En donnant une telle accessibilité au Conseil, on met en avant le constat selon lequel il faut laisser un panel de droit au mis en cause afin qu'il puisse assurer sa défense dans les meilleures conditions et ce, en vertu du droit de ne pas s'auto-incriminer. Il est donc nécessaire d'aller encore plus loin et de lui accorder la place qu'il mérite.

398- Cependant, certaines critiques sont à émettre.

2. Le handicap d'être assisté d'un avocat

399- La première faille de cette protection est l'effectivité relative de la présence de l'avocat lors des auditions de la personne mise en cause.

400- Si l'avocat peut poser des questions et présenter des observations écrites à l'issue de chaque audition et confrontation, il ne lui ait pas autorisé de le faire pendant l'interrogatoire. Si lors de celui-ci, le mis en cause venait à s'auto-incriminer, il n'est pas ouvert la possibilité à l'avocat d'intervenir. Le mis en cause devra continuer à contribuer à sa propre incrimination sans que personne ne puisse intervenir. C'est en ce sens qu'est la limite de la procédure pénale face à ce droit. Il a certes été fait de nombreux efforts grâce au droit communautaire pour pouvoir bénéficier de l'assistance de l'avocat pendant les auditions du mis en cause mais cette assistance est loin d'être effective. L'avocat ne dispose réellement d'aucune arme pendant l'audition pour pouvoir défendre son client et ce, à fortiori dans le cadre du régime dérogatoire de la garde à vue où le gardé à vue ne pourra bénéficier de l'assistance de son avocat qu'à compter de la quatre-vingt seizième heure en prenant connaissance des procès-verbaux d'audition⁴¹².

401- Le professeur Damien Roets estime que « *la mission d'assistance emporte naturellement le droit pour l'avocat d'assister aux interrogatoires du suspect retenu par la police, droit déjà consacré dans de nombreux pays européens. Il ressort, en effet, d'une étude comparative des détentions policières des différents États européens publiée par le Sénat, que dans tous les pays soumis à l'étude, à l'exception de la Belgique, les personnes placées en garde à vue*

⁴¹¹ CEDH, 13 octobre 2009, *Dayanan c/ Turquie*, § 32, n° 7377/03, § 32.

⁴¹² Le report de l'avocat peut être différé sous le contrôle du procureur de la République : un tel report n'étant pas contraire au principe d'égalité des justiciables. Seules des raisons impérieuses peuvent et non plus seulement « valables » justifier des restrictions à ce droit et à condition que ces raisons ne viennent pas « indûment préjudicier aux droits de l'accusé »

peuvent bénéficier de l'assistance effective d'un avocat. À l'exception de l'Allemagne, l'avocat peut être présent lors des interrogatoires. Néanmoins, dans ce pays l'interruption de l'interrogatoire est possible à la demande du suspect lorsque celui-ci souhaite consulter son avocat. À l'exception de la Belgique, où aucun texte légal ne prévoit l'assistance d'un avocat durant la garde à vue, il apparaît que la législation française était singulière parmi les États d'Europe puisque le droit à l'intervention de l'avocat était limité ».⁴¹³ Cela démontre bien qu'il reste encore des dispositions pénales à améliorer. « Cette intervention n'a, en revanche, pas d'autre objet à ce stade, ni le mis en cause ni son conseil n'ayant vocation à concourir directement à la réalisation de l'enquête, si ce n'est sous forme de demande d'actes »⁴¹⁴. Il serait nécessaire que le droit de ne pas s'auto-incriminer soit mieux protégé en permettant à l'avocat d'interrompre ou d'intervenir au cours de l'interrogatoire, voire même de participer à la recherche de la vérité lui-même afin de protéger le mis en cause. Encore une fois, ce sont des dispositions qui ne seraient pas compliqué à instaurer et qui valoriseraient le droit de ne pas s'auto-incriminer. Un simple alinéa pourrait être ajouté au sein des dispositions relatives à la garde à vue pour que les droits de la défense soient garantis.

402- La seconde faille semble résider dans l'avènement de la loi du 27 mai 2014⁴¹⁵ avec la création de l'article 61-1 (5°) du Code de procédure pénale, préalablement cité, qui offre la possibilité pour la personne entendue dans le cadre de l'audition libre d'être assistée d'un avocat « La personne à l'égard de laquelle il existe des raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis ou tenté de commettre une infraction ne peut être entendue librement sur ces faits qu'après avoir été informée (...) 5° : « Si l'infraction pour laquelle elle est entendue est un crime ou un délit puni d'une peine d'emprisonnement, du droit d'être assistée au cours de son audition ou de sa confrontation, selon les modalités prévues aux articles 63-4-3 et 63-4-4, par un avocat choisi par elle ou, à sa demande, désigné d'office par le bâtonnier de l'ordre des avocats ; elle est informée que les frais seront à sa charge sauf si elle remplit les conditions d'accès à l'aide juridictionnelle, qui lui sont rappelées par tout moyen ; elle peut accepter expressément de poursuivre l'audition hors la présence de son avocat »⁴¹⁶. La question pourrait se poser de savoir quel est l'impact de l'assistance d'un avocat pour une personne qui

⁴¹³ ROETS D., « Du droit à l'assistance d'un avocat dès le début de la garde à vue », in R.S.C. 2010, p. 231

⁴¹⁴ JANSON O., « Le contradictoire dans l'enquête préliminaire : l'apport de la loi du 3 juin 2016 » USM, le nouveau pouvoir judiciaire, septembre 2016, n°416

⁴¹⁵ Loi n°2014-535 du 27 mai 2014, op.cit.

⁴¹⁶ Article 61-1 (5°) du Code de procédure pénale

est auditionnée, mais pas encore suspectée. Cette garantie m'apparaît indispensable pour que soit valorisé le droit de ne pas s'auto-incriminer. Cela a déjà été évoqué ci-dessus, cette mesure pénale est destinée à entendre une personne soupçonnée d'une infraction sans nécessairement la placer en garde à vue, ce qui laisse supposer que peu d'éléments mettent en cause la personne. Cependant, il a été vu précédemment que cette mesure peut être dangereuse pour la personne entendue, le simple fait que la personne ne soit pas placée en garde à vue pourrait lui laisser penser que rien ne lui ait reproché et elle pourrait tenir des propos, sans le savoir, qui serait auto-incriminants. Cela pourrait d'ailleurs être une stratégie mise en place par les officiers de police judiciaire pour mettre en confiance la personne entendue afin qu'elle livre plus facilement des informations. Dès lors, l'assistance d'un avocat lors de toute audition, que ce soit dans le cadre d'une garde à vue ou d'une audition libre est très importante. Cependant, ici encore, il faut agir de façon stratégique car être assisté d'un avocat lors d'une audition libre peut laisser penser aux officiers de police judiciaire que si la personne a besoin d'un avocat à ce stade de la procédure c'est qu'elle a quelque chose à se reprocher⁴¹⁷. Il faudra alors être également stratégique et, dès que la personne aura pris connaissance de la date de l'audition libre, aller consulter un avocat en amont afin de préparer au mieux son audition. L'avocat qui aura préparé son client en amont n'aura, ainsi, pas besoin de l'assister devant les officiers de police judiciaire. La personne entendue, en cas de difficulté lors de l'audition, aura toujours la possibilité de faire prévenir son avocat pour que celui-ci l'assiste.

Paragraphe 2. Une protection d'apparence du droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination

403- S'il a pu être démontré que la protection du droit de ne pas s'auto incriminer se traduisait par la présence de l'avocat tant lors de l'entretien avec son client que lors de son assistance il est certain que cette protection restera définitivement relative tant que l'avocat n'aura pas accès au dossier dès le début de son intervention. En effet, l'absence d'accès à l'ensemble des pièces de la procédure ne peuvent que dévaloriser les droits de la défense et donc, le droit de ne pas s'auto-incriminer. Comment l'avocat pourrait assurer une protection effective sans savoir ce qu'il y a dans le dossier, sachant que les pièces qui y figurent incriminent

⁴¹⁷ Les éléments développés dans cette étude démontreront que si une personne consulte un avocat, ce n'est pas forcément parce qu'elle a commis une faute mais simplement car elles ne connaissent pas la procédure et ont besoin d'être rassurée.

directement son client (A.). Il est nécessaire que le législateur observe le mouvement que semble prendre la Cour européenne des droits de l'homme sur ce point afin de pouvoir permettre à chaque Conseil de bénéficier de l'entière procédure et ce, avant tout interrogatoire comme cela aurait dû être le cas avec la loi du 27 mai 2014⁴¹⁸(B.).

A. L'affaiblissement du droit de ne pas s'auto-incriminer en l'absence de l'accès au dossier

404- Il est vrai que de plus en plus de mesures procédurales pénales viennent valoriser le droit de ne pas s'auto-incriminer et les droits de la défense. A titre d'exemple, au niveau de l'accès au dossier pénal au stade de l'instruction et au stade du jugement, il ne semble plus exister d'atteintes au droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination dans la mesure où depuis la loi du 27 mai 2014⁴¹⁹, le mis en examen a la possibilité, s'il n'est pas assisté d'un avocat de pouvoir prendre connaissance du dossier qui le concerne. Egalement, les personnes poursuivies, si elles sont citées directement ou convoquées par un officier de police judiciaire, pourront obtenir la copie de leur dossier et demander des actes supplémentaires au Tribunal. Cependant, le bât blesse en matière d'accès au dossier au stade de la garde à vue. Le droit de ne pas s'auto incriminer se trouve fortement affaibli par l'absence d'accès, par l'avocat, au dossier pénal dès le début de l'enquête, alors même que « L'accès au dossier de la procédure constitue pour l'accusé *« l'une des facilités nécessaires à la préparation de sa défense » visées par l'article 6.3 CESDH* »⁴²⁰. La procédure pénale ne respecte pas le principe du contradictoire dès lors que le mis en cause ne connaît, ni les objets, ni les termes du débat. *« Pendant l'enquête conduite sous l'autorité du procureur de la République, la procédure n'est pas contradictoire, la phase judiciaire n'étant pas engagée. La personne suspecte et la victime, qui ne sont pas encore des « parties », n'ont pas accès au dossier, pas même par l'intermédiaire d'un avocat. Toutefois, lorsque la personne est placée en garde à vue, son avocat a accès à certaines pièces de la procédure (pour l'essentiel, les procès-verbaux d'audition et de confrontation de l'intéressé ainsi que le procès-verbal de garde à vue : art. 63-4-1 CPP ».*

⁴¹⁸ Loi n°2014-535 du 27 mai 2014, op.cit.

⁴¹⁹ Loi n°2014-535 du 27 mai 2014, op.cit.

⁴²⁰ DESPORTES (F.) et LAZERGES-COUSQUER (L.), *Traité de procédure pénale*, op.cit., 311 p.

405- Beaucoup d'espoirs ont résidé dans la Directive 2012/13/UE du 22 mai 2012 relative au droit à l'information dans le cadre de la procédure pénale qui prévoyait dans son article 7 § 1 la possibilité pour la personne arrêtée ou détenue d'accéder par le biais de son avocat aux documents « *essentiels pour contester de manière effective conformément au droit national ma mégalithe de l'arrestation ou de la détention* »⁴²¹. Cependant, la loi du 27 mai 2014⁴²² transposant cette directive, ne va pas dans le sens attendu puisqu'elle ne va permettre qu'un simple changement relatif au placement de la personne en garde à vue. Le mis en cause aura seulement la possibilité, dès son placement sous contrainte, de pouvoir bénéficier des mêmes éléments dont disposait son avocat jusqu'à présent. « *L'avocat (et désormais son client) ne peut consulter que les procès-verbaux d'audition, la notification du placement en garde à vue, des droits qui y sont attachés, et le certificat médical établi en application de l'article 63-3 du même code. Aucun des éléments de l'enquête ne lui sont accessibles. En d'autres termes, l'avocat ne connaît que la version de son client, et ignore tout de ce que les policiers ont réussi à établir ou non. De ce fait les policiers confrontent les dires du gardé à vue, avec la réalité d'un ensemble de fait qu'ils sont seuls à maîtriser pendant la garde à vue. Il en résulte que nombre d'avocats conseillent à leurs clients de garder le silence jusqu'au complet accès au dossier lorsque les poursuites sont engagées* »⁴²³. Des évolutions davantage importantes, concernant l'accès au dossier dès le début des interrogatoires de garde à vue, auraient pu voir le jour avec un dernier volet ayant été transposé lors de l'adoption de la loi du 3 juin 2016, mais il n'en est rien. « *Elle ne prévoit nullement, s'agissant du principe du contradictoire, que la personne arrêtée ait accès aux documents relatifs au fond de l'enquête dès son arrestation. Ces documents doivent seulement lui être remis « avant examen par une juridiction du bien-fondé de l'accusation* »⁴²⁴, ce qui est d'ores et déjà prévu dans notre législation. *Au moment de son arrestation, la personne suspectée et arrêtée doit uniquement pouvoir consulter les documents de nature procédurale relatifs à son arrestation. Cette obligation est déjà respectée, depuis mai 2014, à travers les dispositions de l'article 63-4-1 du code de procédure pénale.*

⁴²¹ Article 7 § 1 de la Directive 2012/13/UE du Parlement européen et du Conseil, du 22 mai 2012, relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales

⁴²² Loi n°2014-535 du 27 mai 2014, op.cit.

⁴²³ OHLGUSSER C., « *Lumières sur la Directive 2012/13/UE concernant l'accès au dossier pendant la garde à vue* », Le petit juriste, 9 septembre 2014.

⁴²⁴ Article 7 de la directive 2013/13/UE., op. cit.

La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme n'impose pas davantage une phase contradictoire préalable à l'examen des charges par une juridiction »⁴²⁵.

406- Cette mesure procédurale était inattendue dans le sens où l'arrêt *Dayanan c/ TURQUIE* prévoyait que « *L'équité de la procédure requiert que l'accusé puisse obtenir toute la vaste gamme d'interventions qui sont propres au conseil (...) la discussion de l'affaire, l'organisation de la défense, la recherche des preuves favorables à l'accusé, la préparation des interrogatoires, le soutien de l'accusé en détresse et le contrôle des conditions de détention sont des éléments fondamentaux à la défense que l'avocat doit librement exercer* »⁴²⁶. S'il est vrai que la Cour européenne des droits de l'homme, dans cet arrêt, n'a pas précisé à quel moment de l'enquête le mis en cause ou son avocat pouvait accéder à l'ensemble de la procédure, il serait de mauvaise foi de penser que cela ne débiterait qu'à compter de l'ouverture d'une information judiciaire. La Cour a clairement manqué d'audace dans cet arrêt en ne se prononçant pas de manière définitive tout en laissant une interprétation personnelle aux Etats. L'arrêt indique bien qu'il est nécessaire d'obtenir les éléments du dossier permettant « *la préparation des interrogatoires* ». Il est difficile de préparer la personne gardée à vue à une défense correcte, qui plus est en trente minutes, à des « *interrogatoires* », sans avoir pris connaissance des éléments qui le mettent en cause (écoutes téléphoniques, géolocalisation, auditions des témoins...). Il faudra attendre une énième condamnation de la France afin de pouvoir bénéficier de ce droit dès le début de la garde à vue et ainsi, garantir une meilleure protection du droit de ne pas s'auto-incriminer.

B. Une probable condamnation de l'Etat Français à venir

407- L'édifice prétorien ainsi élaboré est toutefois fragile. La jurisprudence européenne semble mitigée sur le fait de savoir s'il faut accéder au dossier pénal dès le début de l'enquête ou dès l'ouverture d'une information judiciaire⁴²⁷. D'un côté, l'arrêt de la Cour européenne des droits

⁴²⁵ JANSON O., « *Le contradictoire dans l'enquête préliminaire : l'apport de la loi du 3 juin 2016* » USM, le nouveau pouvoir judiciaire, septembre 2016, n°416

⁴²⁶ CEDH, 13 octobre 2009, *Dayanan c/ Turquie*, § 32, n° 7377/03, § 32.

⁴²⁷ DUPIC E., « *Chronique de l'accès intégral au dossier pénal* », Gazette du Palais - n°137 - page 11, Date de parution : 17/05/2014, Id : GPL178y8, Gaz. Pal. 17 mai 2014, n° 178y8, p. 11 ; DEBOVE F., FALLETTI F., DUPIC E., « *Précis de droit pénal et de procédure pénale* », PUF, 7^e éd., 2018 ; Dir. n° 2012/13/UE, 22 mai 2012 : JO UE 1^{er} juin 2012, n° L. 142/1. ; CJCE, 13 oct. 2009, n° 7377/03, *Dayanan c/ Turquie* – CJUE, 14 oct. 2010, n° 1466/07, *Brusco c/ France*. ; L. n° 2011-392, 14 avr. 2011 : JO 15 avr. 2011, p. 6610. ; TGI

de l'homme du 17 février 2001⁴²⁸ prévoit que soient mises à la disposition de l'avocat les pièces qui revêtent une importance essentielle pour contester efficacement la légalité de la mesure privative de liberté et d'un autre côté, l'arrêt du 9 avril 2015, A.T. c/ LUXEMBOURG⁴²⁹ a clairement écarté l'interprétation donnée à l'arrêt DAYANAN⁴³⁰ en énonçant que « *L'article 6 de la Convention ne saurait être interprété comme garantissant un accès illimité au dossier pénal dès avant le premier interrogatoire par une juridiction (en l'occurrence le juge d'instruction), lorsque les autorités nationales disposent de raisons relatives à la protection des intérêts de la justice suffisantes pour ne pas mettre en échec l'efficacité des investigations* »⁴³¹. Cette jurisprudence semble suivre l'avis du procureur Général Jacques BEAUME, dans son rapport de fin de mission de juin 2014, qui évoque que « *sauf à priver de toute efficacité une enquête, il serait irréaliste qu'une procédure soit, dès la phase du recueil des preuves, totalement contradictoire comme elle le sera au final lors de l'éventuel procès judiciaire* »⁴³². La question se pose de savoir si le droit européen est prêt à franchir un cap en matière d'accès au dossier dès le début des interrogatoires de garde à vue. Dans l'immédiat, il semble qu'il faille répondre à cette question par la négative au regard de la loi du 3 juin 2016⁴³³ et des mouvements européens actuels⁴³⁴. Cependant, au regard des avancées procédurales vues précédemment, il est évident que cette évolution verra le jour dans les années à venir. La Cour européenne des droits de l'homme qui protège et garantie toujours davantage le droit de ne pas s'auto-incriminer ne pourra pas laisser les droits de la défense en l'état. Il ne peut être contesté que l'accès au dossier pénal, seulement à l'ouverture de l'information, atteint le mis en cause dans sa propre défense. Il n'y a aucune raison qu'il ne puisse pas s'auto incriminer au cours de l'instruction et qu'on le laisse le faire dans le cadre de la garde à vue. A priori, Il faudra attendre que la Cour européenne des droits de l'homme précise sa jurisprudence en matière d'accès au dossier pénal au stade de l'enquête pour que la France décide de changer sa procédure pénale.

Paris, 23^e ch., 30 déc. 2013, n° 13333000493. ; CA Paris, P. 2, 8^e ch., 24 mars 2014, n° 14/00151. ; Cass. crim., 19 sept. 2012, n° 11-88111.

⁴²⁸ CEDH 17 février 2001, Svipsta c/ LETTONIE., req. n°66820/01

⁴²⁹ CEDH, A.T c. LUXEMBOURG, 9 avril 2015, requête n°30460/13.

⁴³⁰ CEDH Arrêt DAYANAN c/ TURQUIE op. cit.

⁴³¹ CEDH, 9 avril 2015 A.T C/ LUXEMBOURG, req. n°30460/13

⁴³² BEAUME J., « *Rapport sur la procédure pénale* », Procureur Général près la cour d'appel de Lyon, 10 juin 2014

⁴³³ LOI n°2016-731 du 3 juin 2016 renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale.

⁴³⁴ *L'accès au dossier est exclu en Belgique, au Danemark, en Ecosse, en Espagne et en Suède. Il est laissé à l'appréciation de la police en Angleterre et au pays de Galles.*

CONCLUSION CHAPITRE 2.

- 408- Après avoir observé quelles étaient les manifestations théoriques de l'auto-incrimination, il était nécessaire de constater qu'elles étaient les manifestations pratiques. Il a, en conséquence, été démontré que l'auto-incrimination était présente dans toutes les phases de la procédure pénale, que ce soit en amont du procès pénal, pendant la phase d'enquête, au cours de l'instruction ou pendant le procès-pénal.
- 409- Il a ainsi été constaté que la manifestation principale de l'auto-incrimination prenait place lorsque la personne mise en cause ou suspectée était entendue par un officier de police judiciaire ou par un magistrat. En effet, c'est principalement lors d'un interrogatoire en garde à vue ou dans le cadre de l'audition libre que la personne risque d'avouer les faits qui lui sont reprochés. Si elle veut le faire de son plein grès et s'auto-incriminer, elle a la possibilité de le faire tout comme elle peut, d'un autre côté, ne pas contribuer à sa propre incrimination, en ne fournissant aucun élément auto-incriminant ou en gardant le silence.
- 410- Cependant pour que le droit de ne pas s'auto-incriminer soit garanti il faut qu'il soit cité, ce qui n'est pas le cas en procédure pénale française.
- 411- Le droit de se taire a connu une évolution tumultueuse qui a sérieusement mis à mal les droits de la défense. La France a d'ailleurs été condamnée à cause de cet affaiblissement des droits que connaissait le mis en cause lors de la mise en place de mesure telle que la garde à vue. Ce n'est d'ailleurs pas parce que le droit de garder le silence est désormais notifiée au gardé à vue pendant la mesure que les droits de la défense en sont pour autant garantis.
- 412- La difficulté qui se pose encore aujourd'hui c'est cette absence de consécration du droit de ne pas s'auto-incriminer et la rationalisation du droit de se taire.
- 413- En effet, des droits sont mis en place mais ils ne sont pas expliqués. Un droit ne peut être efficace s'il n'est pas compris. Or, à ce jour aucun gardé à vue, ni aucune personne entendue dans le cadre de l'audition libre ne sait ce qu'est le droit de ne pas s'auto-incriminer, ils sont certes au courant qu'ils ont le droit de se taire mais ils ne savent pas ce que ce droit représente, ni les conséquences que cela engendre. Pourtant, c'est principalement à ce moment-là que tout peut basculer. Il a donc été mis en place des mécanismes de protection pour que soit garanti ce droit au mis en cause. Le droit de s'entretenir avec un avocat lors de la garde à vue avait été une évolution notable dans la procédure pénale mais le droit d'être assisté d'un avocat lors des auditions a été une réelle révolution procédurale, valorisant les droits de la défense et le droit de ne pas s'auto-incriminer.

414- Cependant, et cela a été démontré tout au long de cette étude, à chaque fois que la procédure pénale progresse dans le sens des droits de la défense, une mesure procédurale vient affaiblir ces mêmes droits, c'est ce qui sera démontré avec l'absence d'accès au dossier de la personne entendue lors de la garde à vue. Ainsi, ce chapitre a permis de constater que si le droit de ne pas s'auto-incriminer était protégé, cette protection était lacunaire.

CONCLUSION DU TITRE 2.

415- L'analyse des manifestations de l'auto-incrimination, qu'elles soient pratiques ou théoriques, a permis dans un premier temps, d'observer l'importance de la preuve au regard du droit de ne pas s'auto-incriminer. Il a ainsi été vu que ce droit était garanti grâce à la présence de principes fondateurs de la procédure pénale française tels que le principe de liberté de la preuve et le principe de la loyauté dans la recherche de la preuve. Ces principes permettent au mis en cause de voir leurs droits de la défense valorisés, même si le principe de la liberté de la preuve pour un particulier va rendre cette protection relative et ce, en dépit des droits de la défense. Cette ambivalence entre valorisation et affaiblissement se retrouve d'ailleurs tout au long de cette étude.

416- En effet, dans un second temps, il a été observé les manifestations pratiques du droit de ne pas s'auto-incriminer. Ce chapitre connaît une place importante dans cette étude dans la mesure où il met en exergue les différentes situations où le droit de ne pas s'auto-incriminer peut-être mis à mal. Il a d'ailleurs été constaté que le droit positif, que ce soit en amont du procès pénal ou pendant le procès pénal, n'évoquait à aucun moment le droit de ne pas s'auto-incriminer, il est seulement notifié, au milieu des différents droits dont dispose le gardé à vue, le droit de se taire. Certes le droit de garder le silence est une composante du droit de ne pas s'auto-incriminer mais ce droit dispose d'un panel de facettes inconnu du droit positif. En l'absence de cette consécration les droits de la défense de la personne mise en cause ou entendue sont mis à mal. Pour que soit pallié ces carences, l'avocat revêt une place primordiale. L'assistance de l'avocat lors de la garde à vue né avec la loi du 14 avril 2011⁴³⁵ a d'ailleurs été une révolution procédurale affirmant la garantie des droits de la défense. En l'état des lacunes que connaît la consécration du droit de ne pas s'auto-incriminer, l'avocat doit prendre conscience qu'il doit revêtir d'une double casquette, celle « d'avocat-défense », afin que soit assuré au mis en cause la meilleure défense possible mais aussi et surtout celle « d'avocat-conseil » afin que soit expliqué au mis en cause les différentes facettes du droit de se taire, les conséquences qui en découlent et le droit de ne pas s'auto-incriminer. S'il sera toujours contré par des mesures procédurales qui mettent à mal les droits de la défense comme le cas de l'accès au dossier par l'avocat lors de la garde à vue, il est important qu'il continue de pallier les carences de la procédure pénale.

⁴³⁵ Loi n°2011-392 du 14 avril 2011, op.cit.

CONCLUSION DE LA PARTIE 1.

417- L'ensemble des éléments ci-avant énoncés a permis de comprendre quels étaient les contours du droit de ne pas s'auto-incriminer. Ce concept de l'auto-incrimination a d'abord été développé en permettant de constater que cette notion était des plus originale dès lors qu'elle était consacrée d'un point de vue jurisprudentiel mais dévalorisé légalement. En effet, si à l'étranger, le droit de ne pas s'auto-incriminer est largement consacré de par sa consécration légale, en droit positif, seule la jurisprudence commence peu à peu à s'y référer et ce, au visa de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme. Pourtant cet article n'y fait à aucun moment référence. Cette absence de consécration légale a nécessairement pour conséquence de dévaloriser les droits de la défense. Cette étude tend alors à expliquer l'importance de créer une consécration légale à la notion et ce, que ce soit dans le cadre de la Convention européenne des droits de l'homme qu'en droit positif. Le droit de ne pas s'auto-incriminer revêt de trop nombreuses facettes absolument inconnues du droit positif, cela ne peut tendre à une parfaite protection de la personne mise en cause ou suspectée. Cela est d'ailleurs démontré au niveau des manifestations de l'auto-incrimination. Certes la procédure pénale a été construite de sorte à ce que la personne poursuivie ou suspectée soit protégée contre l'auto-incrimination, mais elle a été construite en absence de connaissance de cause. Aujourd'hui le droit positif se contente d'assimiler le droit de ne pas s'auto-incriminer au droit de garder le silence dans le cadre du procès pénal ou en amont du procès pénal ce qui ne reflète pas les contours de la notion qui sont bien plus larges. Comment la personne mise en cause pourrait donc être réellement protégée d'un droit qui ne lui ait pas expliqué puisqu'il n'existe pas ? C'est toute cette difficulté qui est soulevée dans cette partie et qui doit être éludée.

Pourtant, cette consécration serait facile à mettre en place au sein de la procédure pénale française. En effet, au niveau européen, il serait envisageable d'ajouter un alinéa à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme pour que soit consacré expressément le droit de ne pas s'auto-incriminer, tout comme, au niveau du droit positif, il serait judicieux d'ajouter un alinéa à l'article 63-1 du Code de procédure pénale et/ou un alinéa au sein de l'article préliminaire du même code. Il est vrai que cette absence de consécration concerne de nombreux principes qui ne sont pas expressément cités dans le Code de procédure pénale, il peut être mentionné le principe de légalité des preuves qui est un principe essentiel de la procédure pénale. Il est regrettable que ces principes ne soient pas suffisamment pris en

compte en droit positif car cela tend à l'affaiblissement des droits de la défense. Alors bien sûr la question se pose de savoir pourquoi ce droit et pas un autre ? Il faut constater au travers de cette étude que le droit de ne pas s'auto-incriminer est un droit qui progresse en France. Au départ, ce droit n'était pas évoqué par la jurisprudence et peu à peu les décisions le mentionnent, les juges ne font plus référence au simple droit de se taire parce que la jurisprudence internationale démontre qu'il y a une différence entre les deux notions, il faut mettre le droit de ne pas s'auto-incriminer en avant car c'est un droit qui doit être compris. Le simple droit de se taire ne peut être compris par la personne entendue, il faut lui expliquer quelle est la conséquence du droit de se taire, quel est l'impact de son silence ou de son aveu, il faut qu'il comprenne que ce droit le protège du droit de ne pas s'auto-incriminer et ce qu'est l'auto-incrimination. Sans cet apport, les droits de la défense ne peuvent être valorisés. En outre, il a pu être observé l'évolution de la jurisprudence française influencée par le droit européen. Il faut bien sûr citer l'avènement de la loi du 14 avril 2011⁴³⁶ qui a révolutionné la procédure pénale française. Cette loi, qui a permis l'assistance du mis en cause pas un avocat tout au long de ses interrogatoires, est un apport considérable en ce qui concerne la protection du droit de ne pas s'auto-incriminer. Il en est de même avec l'apport de la loi du 27 mai 2014⁴³⁷ qui impose notamment au juge, avant toute audience, de notifier à la personne qui va être jugée la possibilité pour elle de pouvoir garder le silence. C'est un constat, de nombreuses évolutions pénales tendent toutes vers le même point, la protection de l'auto-incrimination. Ce droit doit donc être consacré expressément.

⁴³⁶ Loi n°2011-392 du 14 avril 2011, op. cit.

⁴³⁷ Loi n°2014-535 du 27 mai 2014, op.cit.

PARTIE 2. LE DROIT FACE A L'AUTO

INCRIMINATION

418- Cette seconde partie sera consacrée à l'étude des différents types d'auto-incrimination. Si par principe, l'auto-incrimination est volontaire, cet acte peut revêtir divers aspects. L'analyse de l'auto-incrimination suscitée sera ainsi évoquée (Titre 1.) pour comprendre par la suite, grâce à l'évolution de la procédure pénale, comment se traduit l'auto-incrimination négociée (Titre 2.)

Titre 1. L'auto-incrimination suscitée

419- L'auto-incrimination telle qu'elle a été définie s'entend comme une action volontaire, c'est-à-dire que la personne qui fait l'objet d'un interrogatoire entend contribuer volontairement à sa propre incrimination. Elle peut en effet faire des déclarations seules et spontanément mais elle peut aussi s'auto-incriminer tout au long des questions qui lui sont posées et auxquelles elle a décidé de répondre. Il sera alors question d'auto-incrimination suscitée. La personne entendue va être incitée à avouer les faits qui lui sont reprochés. Ainsi, si elle est par principe volontaire, l'application de la procédure pénale montrera qu'elle peut parfois être involontaire, rendant la notion ambivalente (Chapitre 1.). En tout état de cause, cela engendrera des conséquences parfois irréversibles tant sur les droits fondamentaux que sur la personne mise en cause (Chapitre 2.).

Chapitre 1. Une auto-incrimination ambivalente

420- L'auto-incrimination est qualifiée d'ambivalente car même si le principe de base est une auto-incrimination volontaire (Section 1.), l'auto-incrimination sera parfois provoquée et considérée comme involontaire (Section 2.) affaiblissant les droits de la défense.

Section 1. Le principe, une auto incrimination volontaire

421- L'auto-incrimination est une notion qui est acceptée par la personne mise en cause car elle fait le choix de contribuer à la qualification de l'infraction qui lui est reprochée, elle dispose dès lors d'un droit d'avouer, mais peut aussi faire usage de son droit de mentir (Paragraphe 1.). A l'inverse, l'auto-incrimination peut être involontaire notamment lorsqu'elle est suscitée au travers de procédés techniques, procédés jugés légaux, mais aussi au travers de procédés scientifiques qui eux, seront en revanche jugés illégaux (Paragraphe 2).

Paragraphe 1. Une auto incrimination acceptée

422- Pour ne pas qu'il y ait d'atteinte au droit de ne pas s'auto-incriminer, il est nécessaire que lorsqu'une personne contribue à sa propre incrimination, il y ait un consentement de la personne qui tiens les propos. C'est ainsi que toutes personnes entendues lors d'un interrogatoire disposent d'un droit d'avouer (1.). Pour que cette auto-incrimination soit acceptée, il faut également, qu'un droit de mentir lui soit reconnu (2.)

A. Le droit d'avouer

423- Comme cela a pu être évoqué dans le cadre de l'évolution de l'auto-incrimination à travers la théorie des preuves légales, le droit d'avouer est un droit ancien. « *L'aveu est la reconnaissance par la personne soupçonnée de sa culpabilité quant aux faits qui lui sont reprochés. S'il n'est plus regardé comme la preuve parfaite, en revanche, il est toujours recherché en raison de sa faculté certaine à rassurer l'enquêteur et le juge* »⁴³⁸. Cet aveu, pénal, doit être distingué de l'aveu civil.

424- En effet, « *Dans le procès civil, l'aveu est une manifestation non équivoque de volonté par laquelle son auteur reconnaît pour vrai un fait de nature à produire contre lui des conséquences juridiques* »⁴³⁹. Il en existe deux, un judiciaire et un extrajudiciaire⁴⁴⁰. L'aveu judiciaire est « *la déclaration que fait en justice la partie ou son représentant spécialement mandaté* »⁴⁴¹. C'est un aveu qui est donc fait devant le juge. Ce dernier est lié par cet aveu

⁴³⁸ AMBROISE-CASTEROT C., « *Aveu* », op.cit.

⁴³⁹ Article 1383 du Code civil

⁴⁴⁰ LEFORT C., « *Procédure civile* », Cours Dalloz, 5^e éd., aout 2014, P. 72

⁴⁴¹ Article 1383-2 du Code civil

alors que l'aveu extrajudiciaire se définit comme un acte « *purement verbal qui n'est reçu que dans les cas où la loi permet la preuve par tout moyen* »⁴⁴², il n'est donc pas fait dans le cadre du procès civil mais à l'extérieur. Le juge en apprécie donc les contours⁴⁴³. En tout état de cause, qu'il soit judiciaire ou extrajudiciaire, l'aveu livré dans une procédure pénale ne lie pas le juge pénal, qui reste libre d'apprécier cet élément de preuve⁴⁴⁴.

- 425- En droit civil, pour que l'aveu soit considéré comme un élément de preuve, il est nécessaire qu'il traduise la volonté non équivoque d'une partie au litige⁴⁴⁵. En outre, la déclaration de volonté doit caractériser une reconnaissance du bien-fondé des allégations de fait de l'autre partie au litige⁴⁴⁶ car en effet, selon l'adage *jura novit curia*, la jurisprudence considère que l'aveu ne peut porter que sur des faits et non sur des éléments de droit⁴⁴⁷.
- 426- A la différence du droit civil, le droit pénal donne une interprétation différente à l'aveu. Toit d'abord, l'aveu provient directement de la personne à qui il est reproché une infraction. Le juge appréciera en fonction de son intime conviction les contours de cet aveu qui l'appréciera en fonction des circonstances, des faits et de la personnalité de son auteur. Pour protéger l'auteur de l'aveu d'une auto-incrimination, l'article préliminaire du Code de procédure pénale rappelle que la présence de l'avocat lors de l'aveu est désormais nécessaire pour qu'il puisse fonder, à lui seul, une condamnation.
- 427- S'il est effectué dans un cadre légal, sans que la personne n'ait été contrainte physiquement ou psychiquement d'avouer les faits qui lui sont reprochés, l'aveu est considéré comme une auto-incrimination volontaire et acceptée. La personne accepte de se livrer et sait, qu'au travers de ses déclarations, elle va s'auto-incriminer. L'auto incrimination est donc volontaire par principe. Le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination est souvent lié au droit de garder le silence ou au droit de se taire, mais qu'en est-il du droit d'avouer ?
- 428- Toute personne a le droit de s'auto-incriminer tant qu'elle en a pleinement conscience. Elle peut le faire de manière orale ou de manière écrite.
- 429- L'aveu oral se traduit par « *Un acte unilatéral censé dévoiler spontanément la vérité, sortant ainsi de la bouche même de celui qu'il engage ou accable* »⁴⁴⁸. Il s'agit d'un acte verbal, émis

⁴⁴² Article 1382-1 du Code civil

⁴⁴³ FRICER N., JULIEN P., « *Procédure civile* », LGDJ – Manuel, 5^e éd., octobre 2014, p. 47

⁴⁴⁴ Article 428 du Code de procédure pénale

⁴⁴⁵ GUINCHARD S., FERRAND F., CHAINAIS C., « *Procédure civile* », Dalloz Précis, 34^e éd., septembre 2018, p. 864

⁴⁴⁶ Cass. Civ. 2e, 11 févr. 1998, n° 96-19.106

⁴⁴⁷ Cass. Civ. 2e, 28 mars 1966.

⁴⁴⁸ www.legavox.fr - « *L'aveu judiciaire* », 24 mai 2012 par Chiraz.

par la parole. Toute personne peut ainsi faire le choix de témoigner contre elle-même et ainsi, de s'auto-incriminer, si elle le souhaite, en répondant aux questions qui lui sont posées ou en faisant des déclarations spontanées lors d'une audition ou d'un interrogatoire, elle peut reconnaître une culpabilité et s'avouer coupable. Il s'agit d'un acte personnel où par principe la personne qui reconnaît une culpabilité souhaite en assumer les conséquences.

430- En revanche, si la personne mise en cause ou suspectée peut s'auto-incriminer de manière orale, elle peut également le faire de manière écrite. Une personne détenue dans une maison d'arrêt pourrait faire le choix de contribuer à sa propre incrimination en choisissant de reconnaître les faits qui lui sont reprochés par le biais d'une lettre adressée au juge d'instruction. Il peut également s'agir de correspondances émises entre un client et son avocat. Même si ces écrits sont confidentiels, une personne mise en cause peut parfaitement s'auto-incriminer en reconnaissant les faits reprochés directement auprès de son avocat. Ce qui signifie que l'auto-incrimination n'est pas nécessairement la traduction d'une reconnaissance de culpabilité faite auprès d'une autorité. Il s'agit simplement de la reconnaissance d'une culpabilité, où la personne va exposer les éléments qualificatifs d'une infraction et ce, à l'égard de toute personne. Elle peut le faire en adressant une lettre ou toute autre forme d'écrit ou elle peut le faire en fournissant des documents qui vont, après analyse attestés d'une infraction. La difficulté qui repose justement sur ce dernier point est l'absence totale de prise en compte du cas où une personne serait contrainte de fournir des documents susceptibles d'être auto-incriminant. Il faut donc l'en protéger.

431- En conséquence, il apparaît que ce droit d'avouer, qui peut se traduire par une forme écrite ou orale est le symbole historique de l'auto-incrimination. Le droit de ne pas s'auto-incriminer est intimement lié au droit d'avouer, sous quelque forme que ce soit. C'est ainsi qu'il faudra envisager le droit de voir sa correspondance protégée (a.) et le droit de ne pas fournir des documents susceptibles de s'auto-incriminer (b.)

1. Le droit de voir sa correspondance écrite protégée

432- Le principe selon lequel toutes correspondances doit être secrète est un premier point remarquable. Une correspondance se définit comme « *une relation par écrit entre deux personnes nommément désignées qui se distingue des bulletins, lettres circulaires, tracts imprimés dont le contenu ne concerne pas spécifiquement et exclusivement le*

destinataire »⁴⁴⁹. La correspondance par principe se veut secrète, elle est protégée par le principe du secret des correspondances prévu à l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme au travers du droit au respect de sa vie privée⁴⁵⁰ : « *Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance* »⁴⁵¹, mais également par l'article 9 du Code civil qui rappelle que « *Chacun a droit au respect de sa vie privée* »⁴⁵².

433- La loi protège toutes personnes face au droit de ne pas s'auto-incriminer, qu'il soit prévenu ou condamné⁴⁵³, qui souhaiterait correspondre avec son avocat et avouer des éléments susceptibles de l'incriminer⁴⁵⁴. En outre, constitue le délit prévu par l'article 187, alinéa 2, du Code de procédure pénale le fait d'ouvrir un courrier pour en examiner le contenu, par une personne à qui il n'était pas adressé⁴⁵⁵. Il sanctionne également l'ensemble des agissements malveillants de nature à priver de leurs correspondances ceux qui en sont les destinataires véritables⁴⁵⁶.

434- Plus précisément, en ce qui concerne les correspondances entre avocat et client, il est opportun de rappeler que le fondement légal et pénal du principe du secret des correspondances des avocats réside dans l'article 226-13 du Code pénal qui incrimine la violation du secret professionnel en cas de divulgation d'une information transmise par son client⁴⁵⁷. Sa déontologie lui impose également, au travers de l'article 66-5 de la loi du 31

⁴⁴⁹ Circulaire de l'administration pénitentiaire du 19 décembre 1986 (Circ. AP 89.89 G1) ; T. corr. Seine, 10 juin 1959 : *D.* 1959. 592; *JCP* 1959. II. 11372; *Gaz. Pal.* 1959. 2. 236; *RSC* 1960. 80, obs. Hugueney, et 84, obs. Bouzat.

⁴⁵⁰ RENUCCI F., « *Traité de droit européen des droits de l'homme* », 2007, LGDJ, n°196 et s., p. 265 et s.

⁴⁵¹ CEDH, Pfeifer et Plankl c. Autriche, 25 février 1992, §§ 47 et 48 : Série A n°227 ; D. 1992. Somm. 331, obs. Renucci ; CEDH Golder c. Royaume-Uni, 21 février 1975, § 45 : Série A n°18 ; CEDH Campbell c. Royaume-Uni, 25 mars 1992, § 48 : Série A n°233

⁴⁵² CEDH M. c. France, 6 décembre 2012, n°12323/11

⁴⁵³ Article 716 du Code de procédure pénale.

⁴⁵⁴ CEDH, Golder c. Royaume-Uni, 21 février 1975, préc. ; SUDRE F., MARGUENAUD J.-P., ANDRIANTSIMBAZOVINA J., GOUTTENOIRE A., et LEVINET M., « *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme* », n°26, 4e éd., mise à jour, 2007, PUF, coll. thémis, 816 p.

⁴⁵⁵ Cass. crim. 17 févr. 1988: *Bull. crim.* n° 82; *Gaz. Pal.* 1988. 1. 447; *RSC* 1988. 787, obs. Levasseur. Rapp.: T. corr. Seine, 25 mai 1963: *D.* 1964. Somm. 46; *Gaz. Pal.* 1963. 2. 324.

⁴⁵⁶ Cass. crim. 26 oct. 1967: *Bull. crim.* n° 271; *JCP* 1968. II. 15374, note Chavanne; *Gaz. Pal.* 1967. 2. 315 ; 8 nov. 1973: *Bull. crim.* n° 411; *D.* 1973. IR 246.

⁴⁵⁷ Cass. Civ., 1ere, 7 juin 1983 : *Bull. civ.* I, n°169 ; Aix en provence, 2 février 1983 : *Gaz. Pal.* 1983. 1.313 ; Paris, 30 novembre 1994 : *D.* 1996. Somm. 311, obs. Castelain

décembre 1971⁴⁵⁸, de respecter son devoir de loyauté au travers du secret des correspondances émises entre lui et son client, que cela survienne de son activité de conseil ou de défense. Un climat de confiance doit être instauré entre l’avocat et le client. Cela repose sur la protection qui est faite à ce dernier de pouvoir tout confier à son avocat. Le client, en sachant que sa correspondance est protégée, n’hésitera pas à faire part à son conseil d’éléments susceptibles de l’incriminer. Il sait que cette correspondance ne sera pas ouverte, ni lu par quiconque, à l’exception de son avocat. Si le client décide d’évoquer auprès d’un tiers ce qu’il a révélé par écrit à son avocat, il peut le faire dans la mesure où il n’est pas tenu par le secret des correspondances. Cela revient toujours au principe qu’il s’agit d’une auto-incrimination volontaire, puisque le client a la main mise sur ce qu’il décide de révéler par écrit. « *Nul ne saurait, en dehors des cas prévus par la loi concernant les autorités publiques, saisir des correspondances, écouter des conversations téléphoniques d’un avocat, et, encore moins enregistrer ces communications pour les utiliser par la suite* »⁴⁵⁹.

435- Concernant l’application du secret des correspondances à des tiers, il faut rappeler que le secret des correspondances applicable entre l’avocat et son client a été étendu à plusieurs personnes avec lesquelles le détenu pouvait être en lien et dont les correspondances devaient être protégées au sens du droit pour la personne de pouvoir s’auto-incriminer en toute sécurité, c’est le cas notamment :

- Du mandataire⁴⁶⁰ pouvant représenter la personne détenue pour les décisions individuelles prises par l’administration le concernant, à l’exception de la procédure disciplinaire⁴⁶¹.

⁴⁵⁸ LOI n° 71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques.

⁴⁵⁹ Cass. civ. 1^{ère}, 3 janvier 1991, n°89-12.738, Bull. civ. I, n°4

⁴⁶⁰ Article 24 de la loi n°2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations.

⁴⁶¹ BONFILS P., GALLARDO E., « *secret des correspondances* », janvier 2018, Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, Dalloz ; BERENGUER- GUILLON J., GALLIER A., « *Le secret des correspondances privées et l’intranet dans l’entreprise* », *Gaz. Pal. 2000. 2. Doctr. 1292* ; BREZIN S., BENALCAZAR I., « *Secret de la correspondance et courriers électroniques à l’aide d’un outil informatique à usage professionnel* », *TPS 2002, chron. n° 1* ; VERET D., ATHEA G., « *Communications électroniques et service public : la nécessaire prise en compte du risque pénal* », *Gaz. Pal. 2002. 2. Chron. 1534*.

- Des travailleurs sociaux dès lors qu'ils appartiennent à l'un des services du ministère de la justice⁴⁶². Ces personnes travaillent notamment avec les services d'insertion et de probation où le libre-échange entre les deux est essentiel pour la réinsertion du détenu.
- Les aumôniers agréés qui entretiendront un lien avec les détenus voient également les correspondances échangées protégées au titre de l'article D 368 du Code de procédure pénale.

2. Le droit de ne pas fournir des documents susceptibles de s'auto-incriminer

- 436- L'auto-incrimination étant par principe un acte volontaire, la personne peut contribuer à sa propre incrimination en fournissant elle-même des éléments susceptibles de l'incriminer mais elle peut aussi s'y opposer sans être sous la coupe d'une sanction pénale dans la mesure où le droit de ne pas s'auto-incriminer protège la personne mise en cause ou suspectée qui serait contraint de remettre des éléments de preuve matériels. *« Le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination est violé non seulement dans le cas où « l'accusé » a été contraint de fournir des éléments de preuve « le mettant directement en cause » comme des aveux, mais plus généralement, chaque fois que ses déclarations ou les documents ou objets remis par lui ont pu être utilisés par la suite à l'appui de l'accusation portée contre lui, « par exemple pour contredire ou jeter le doute sur d'autres de ses déclarations »⁴⁶³.*
- 437- L'atteinte à l'auto-incrimination serait avérée si une personne était contrainte de fournir des documents auto-incriminants. Pour que ce droit protège la personne qui refuserait de fournir des documents susceptibles d'être incriminants il faut que soient présents plusieurs éléments. Il faut que la personne ait été suspectée ou mise en cause ; Il faut qu'une contrainte ait été exercée, il peut s'agir d'une menace physique ou la menace d'une sanction pénale. *« Il a été jugé que constituait une atteinte au droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination, la condamnation d'une personne, sur le fondement des articles 65-1 et 413 bis-1 du Code des douanes, pour avoir refusé de communiquer aux fonctionnaires des douanes des documents de nature à établir des infractions pouvant lui être reprochées »⁴⁶⁴.*

⁴⁶² Article D 465 du Code de procédure pénale

⁴⁶³ CEDH Saunders c/ ROYAUME-UNI, 17 décembre 1996, préc ; §§ 68-69 ; DESPORTES F, LAZERGES-COUSQUER L, « *Traité de procédure pénale* », op.cit., p. 414

⁴⁶⁴ CEDH FUNKE c/ FRANCE du 25 février 1993 Hudoc 393 requête 10828/84

- 438- La Cour européenne des droits de l'homme, dans le même sens, confirme la prohibition de l'obtention d'éléments de preuve matériels sous la contrainte dans l'arrêt CHAMBAZ du 5 avril 2012⁴⁶⁵ où un individu avait été condamné à une amende pour le seul fait d'avoir refusé de fournir des documents, ces derniers étant susceptibles de l'incriminer. En France, c'est au parquet lui-même de fournir la preuve de la culpabilité du mis en cause, le prévenu n'a pas lui-même à fournir la preuve de son innocence. Renverser la charge de la preuve serait contraire à la procédure pénale française et reviendrait à porter atteinte au droit de ne pas s'auto-incriminer.
- 439- L'application de ce droit a également été étendue aux entreprises. A titre d'exemple, en matière du droit de la concurrence, le droit de ne peut participer à son droit de ne pas s'auto-incriminer a été consacré à une entreprise par le droit communautaire dans l'affaire « Orkem » : « *Si la Commission est en droit d'obliger une entreprise à fournir tous les renseignements nécessaires portant sur des faits dont elle peut avoir connaissance et de lui communiquer, au besoin, les documents y afférents qui sont en sa possession, même si ceux-ci peuvent servir à établir, à son encontre, l'existence d'un comportement anticoncurrentiel, elle ne saurait toutefois, par une décision de demande de renseignements, porter atteinte aux droits de la défense reconnus à l'entreprise ; Ainsi, la Commission ne saurait imposer à une entreprise l'obligation de fournir des réponses par lesquelles celle-ci serait amenée à admettre l'existence de l'infraction dont il appartient à la Commission d'établir la preuve* »⁴⁶⁶.
- 440- Non seulement cet arrêt rappelle que le droit de ne pas s'auto-incriminer doit être garanti, qu'il s'agisse d'une personne morale ou d'une personne physique, mais il ajoute que la personne mise en cause ne saurait remplacer le rôle de la commission, sur qui pèse la charge de la preuve. Le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination vient clairement protéger les carences dont les autorités pourraient souffrir.
- 441- Néanmoins cette protection face au droit de ne pas s'auto-incriminer reste lacunaire et ce, au regard de la mesure de perquisition telle qu'elle est appliquée en procédure pénale française. En effet, comme cela a été évoqué, le principe selon lequel nul n'est contraint de fournir des éléments auto-incriminants est totalement absent du droit de la procédure pénale en France. Il ne suffit pas de se cacher derrière le fait que c'est au Ministère public que pèse la charge de la

⁴⁶⁵ CEDH CHAMBAZ c/ SUISSE du 5 avril 2012 Requête 11663/04

⁴⁶⁶ CJCE, 18 octobre 1989, *Orkem*. Rec. 1989-9, p. 3343. aff. C-374/87, *Rec. C.J.C.E.*, p.3283 ; *D.*1990, somm. 113, obs. C. Gavalda

preuve. La personne qui fait l'objet d'une perquisition n'en sait rien. A aucun moment, que ce soit dans le cadre de la notification de ses droits en garde à vue si ce dernier y est placé ou directement lors de la perquisition, il ne lui est notifié qu'il a le droit de fournir des documents en vue de la manifestation de la vérité tout comme il n'en a pas l'obligation et que cela ne pourra lui être reproché. Finalement cette idée se rapproche des contours de la mesure de garde à vue. Lorsque la personne est placée en garde à vue, on lui notifie ses droits⁴⁶⁷. Avec l'évolution de la jurisprudence européenne, il a été vu que le droit de garder le silence, protecteur du droit de ne pas s'auto-incriminer devait obligatoirement lui être notifié⁴⁶⁸ et ce, dès le début de la mesure. Ainsi, au regard de l'évolution législative et jurisprudentielle nationale qui tend incontestablement vers une plus grande reconnaissance du droit de ne pas s'auto-incriminer, il apparaît indispensable de modifier la loi en ce qui concerne la mesure de perquisition afin que la personne qui en fait l'objet soit pleinement protégée. Pour ce faire, il serait opportun d'envisager une notification des droits pour la personne qui fait l'objet d'une perquisition. Pourquoi la personne mise en cause pourrait bénéficier d'un avocat lors d'une mesure de garde à vue et pas pour une mesure de perquisition ? Qui vient s'assurer du respect des droits de la défense face à une mesure coercitive comme celle-ci ? Il faut en effet rappeler que la perquisition est une mesure qui prive de liberté la personne qui en fait l'objet, ainsi, il est nécessaire de s'assurer que les droits de la défense sont assurés. La présence d'un conseil lors de cette mesure permettrait une meilleure protection de son droit de ne pas s'auto-incriminer. En effet, aucun droit n'est notifié au mis en cause, ainsi, il n'est pas en mesure de savoir qu'il n'est pas contraint de fournir des documents susceptibles d'être auto-incriminant. Or lorsqu'est observée la jurisprudence⁴⁶⁹ européenne sur ce point, ce droit est essentiel et fait partie intégrante du droit de ne pas s'auto-incriminer. Si les officiers de police judiciaire ne sont pas contraints de devoir lui notifier ce droit et si aucun avocat n'est présent pour le lui expliquer, les droits de la défense sont dévalorisées et le droit de ne pas s'auto-incriminer bafoué. Il est d'ailleurs rappelé que les officiers de police judiciaire pourraient notifier ce droit par le biais de la déclaration écrite⁴⁷⁰ que le mis en cause doit signer pour donner son assentiment à la perquisition. Le législateur pourrait ainsi prévoir sur cette déclaration une mention indiquant à la personne qui fait l'objet de la perquisition qu'elle bénéficie du droit

⁴⁶⁷ Article 62, 63 et 63-1 du Code de procédure pénale

⁴⁶⁸ Loi n° 2011-392 du 14 avril 2011, op. cit.

⁴⁶⁹ CEDH Saunders c/ Royaume-Uni, préc. ; § 68

⁴⁷⁰ Article 76 et 92 du Code de procédure pénale

de ne pas être contraint de fournir des documents ou tout autre élément matériel ou immatériel susceptibles d'être auto-incriminants.

442- La tendance législative et jurisprudentielle européenne et nationale est à la reconnaissance du droit de ne pas s'auto-incriminer. Seulement elle ne va jamais assez loin. L'absence de consécration de l'auto-incrimination en droit français permet de constater l'ensemble des lacunes présentes dans la procédure pénale française et qui doivent être palliées pour que soient valorisés les droits de la défense.

B. Le droit de mentir

443- Après avoir pu constater les éléments qui entouraient le droit d'avouer, il est nécessaire de se pencher sur les contours du droit de mentir. Si l'on pousse l'analyse plus loin se pose le problème de l'existence d'un droit qui va au-delà de la réticence, mais véritablement celui du mensonge. Peut-on ainsi, au nom des droits de la personne véritablement mentir ? Le mensonge peut se traduire comme le fait d'inventer, de falsifier ou de déformer une information et ce, de manière délibérée. Il est la conséquence du besoin de répondre à une forte exigence envers nous-mêmes. Souvent utilisé pour déformer la réalité de manière à l'ajuster à ce qui nous convient ou à ce qui convient aux autres, ou pour éviter une punition, il semble apporter un sentiment de soulagement immédiat et libérer une certaine anxiété. Mais il peut également provoquer sur le long terme un sentiment de culpabilité, de responsabilité sociale, d'anxiété, ou même une volonté de fuir certaines situations.

444- Si par principe un aveu constitue une auto-incrimination volontaire, cela veut dire que le droit de se taire protège le mis en cause du droit de ne pas s'auto-incriminer. Mais existe-t-il un droit de mentir ? Le droit de se taire est-il comparable à ce droit ? Est-ce que le droit de ne pas s'auto-incriminer doit être considéré comme une approbation au mensonge ? Le droit de mentir est un droit qui peut être considéré en procédure pénale comme un droit inégal dans la mesure où il est ouvert à certains et fermé à d'autres.

1. Un droit ouvert

- 445- Au sens général, le mensonge se définit comme une « *assertion sciemment contraire à la vérité, faite dans l'intention de tromper* »⁴⁷¹. Au sens pénal, il peut se définir véritablement comme un « *droit de la défense* »⁴⁷² dès lors que toute personne suspectée ou poursuivie a le droit de se taire, d'avouer, mais aussi de mentir, sans que sa responsabilité pénale ne puisse être engagée. Dans le cadre de la procédure pénale française, « *Le serment des prévenus, qui avait été maintenu, malgré les protestations de Lamoignon, par l'ordonnance criminelle de 1670, a été aboli par l'article 12 du décret du 9 octobre 1789. L'interdiction de faire prêter serment aux inculpés est devenue l'un des principes de notre droit, de sorte que le serment prêté par une personne déjà inculpée rend nulle l'information* »⁴⁷³.
- 446- Cette procédure a été mise en conformité avec le droit à un procès équitable reconnu par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et principalement le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination. « *La coercition est établie lorsque le suspect a l'obligation, sous peine d'emprisonnement, de répondre aux questions posées*⁴⁷⁴ *ou de déposer sous serment de dire la vérité*⁴⁷⁵ ».
- 447- Elle est donc la seule à ne pouvoir être poursuivie des faits de parjure. Le parjure qui consisterait à punir le mis en cause d'un faux témoignage n'est ni un délit, ni un crime dans la mesure où celui-ci ne prête pas serment. Il n'est donc pas puni par la loi par le Code pénal français. « *Le parjure est, au sens large, une violation de serment, face à une autorité publique ou à un supérieur hiérarchique, à un corps ou à une communauté* »⁴⁷⁶.
- 448- Cela reviendrait à mentir ou à produire de faux témoignages ou de faux documents devant un officier de police judiciaire ou un juge d'instruction, en amont du procès pénal ou devant un magistrat du siège, dans le cadre d'un jugement, en vue d'atténuer ou d'anéantir sa responsabilité pénale.

⁴⁷¹ REY Alain, Sous la direction de ROBERT Paul, « *Dictionnaire Le Petit Robert* », 2010, p. 1572

⁴⁷² SAINT-PIERRE F., « *Avocat L'avocat et le mensonge* », AJ Pénal 2008 p.116

⁴⁷³ Cass. Crim. 6 janv. 1923, DP 1924. 1. 175. : chapitre 731. Classifications des nullités Christian Guéry - Président de la chambre de l'instruction de Grenoble 2015.

⁴⁷⁴ CEDH 19 mars 2015, *Corbet*, préc.

⁴⁷⁵ CEDH 14 oct. 2010, n° 1466/07, *Brusco c/ France*.

⁴⁷⁶ Dictionnaire de droit Criminel - professeur Jean-Paul Doucet

- 449- Au Moyen-Âge, cet acte était solennel et respecté au regard du serment qui était fait sur un texte sacré, la Bible. Commettre un parjure était considéré comme un crime pouvant aller jusqu'à la peine de mort.
- 450- En droit anglo-saxon, la loi est relativement sévère face à cette infraction. En Californie, si le parjure a eu pour conséquence la mise à mort d'une autre personne, la personne qui commet un faux témoignage encourt la peine de mort à son tour⁴⁷⁷. Il en est de même dans l'Idaho⁴⁷⁸.
- 451- Dans les autres Etats, la personne qui commet un parjure encourt une peine de 5 ans d'emprisonnement et peut « *entraîner une procédure de destitution à l'encontre d'un élu ou d'un haut fonctionnaire (impeachment)* ».
- 452- En France, suite aux événements mettant en cause des politiques sur la scène pénale, une proposition de loi du 17 avril 2013 a vu le jour concernant la création d'un délit qui consisterait à punir des personnes investies de certaines missions ayant tenu des propos mensongers.
- 453- « *La section 3 du chapitre II du titre III du livre IV du Code pénal est complétée par un paragraphe 6 ainsi rédigé :*
 « *Art. 432-16-1. – Le fait, par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public ou par une personne investie d'un mandat électif public, de se livrer publiquement à des déclarations mensongères est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 € d'amende* »⁴⁷⁹.
- 454- Juridiquement, cette proposition n'apparaît pas conforme à la procédure pénale française. En effet, l'article ne vise que certaines personnes « *dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public ou par une personne investie d'un mandat électif public* », cela signifie que seules ces personnes seraient amenées à prêter serment. Cela laisse place à bons nombres d'interrogations... Est-ce que cela conduirait cette personne à prêter serment ? Le pourrait-elle s'il existait à son encontre des indices graves ou concordants eu égard à la jurisprudence constante du 6 janvier 1923 ? L'article évoque l'adverbe « *publiquement* ». A quoi cela correspond ? Faut-il comprendre qu'une personne qui fait des déclarations à travers

⁴⁷⁷ Article 128 du Code pénal Californien

⁴⁷⁸ Article 18-5411 du Code pénal de l'Idaho

⁴⁷⁹ ASSEMBLÉE NATIONALE - CONSTITUTION DU 4 OCTOBRE 1958 - QUATORZIÈME LÉGISLATURE - Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 17 avril 2013 - PROPOSITION DE LOI visant à punir le délit de parjure.

des médias ou devant une assemblée se livre à une déclaration publique ? Y a-t-il vraiment un intérêt de préciser cela si ce n'est pour caractériser la personnalité de la personne visée ? En réalité, cette infraction ne pourrait avoir un intérêt que si le mensonge était commis devant un officier de police judiciaire ou devant un magistrat. Une chose est sûre c'est que si la personne qui se livre à des déclarations mensongères encourt cinq ans d'emprisonnement cela constitue une atteinte à son droit de ne pas s'auto-incriminer dès lors qu'il lui est imposé de dire la vérité et donc, de ne pas mentir. Dès lors, il apparaît difficile que cette infraction voit le jour. Il est à nouveau question de la création d'une énième loi en réponse à un énième contentieux médiatique, sans véritable recherche ni fondement juridique.

455- De nombreux effets, positifs et négatifs, vont découler de ce droit de mentir. En ce qui concerne les effets positifs, il faut rappeler que le mensonge peut parfois sauver une défense. Prenons le cas d'une personne qui comparait devant un juge d'instruction pour des faits de viols et agression sexuelle. Il encourt une peine de 15 ans de réclusion criminelle devant la Cour d'assises. La plaignante avait, le soir des faits, consommé beaucoup d'alcool et ne se souvient plus si le mis en cause l'a pénétré sexuellement ou pas. Madame a eu un rapport sexuel dans la journée des faits, le médecin légiste n'a donc pas pu établir si la pénétration sexuelle était dû à l'acte du mis en examen ou au précédent. Le mis en examen a la possibilité de mentir et de nier l'acte de pénétration sexuelle afin que l'infraction qui lui est reprochée soit requalifiée en fait d'agression sexuelle puni de 5 ans d'emprisonnement devant un Tribunal correctionnel. En l'espèce, il est évident que le mis en examen prendra le risque de mentir pour assurer sa défense pénale. Dans ce type de cas, le mensonge peut s'avérer utile pour la défense d'un client. Soit pour tenter de le disculper, soit pour tenter d'amoindrir sa responsabilité en privilégiant une autre qualification pénale.

456- Concernant les effets négatifs, il ne faut pas oublier que le droit de mentir peut entraîner des conséquences plus désastreuses que le droit de se taire si le mensonge fini par être découvert. De manière générale, il est de bonne loi de dire que le simple fait de mentir est en soit négatif, cela signifie que la personne qui ment à quelque chose à cacher, qu'elle est mal à l'aise de devoir dire la vérité. Pourtant, si « toute vérité n'est pas bonne à dire »⁴⁸⁰, le mensonge est

⁴⁸⁰ D'après une réplique dans *Les chimères, ou le Bonheur d'Illusion: opéra-comique*, d'Alexis Piron, acte I, scène 11, 1725 : « *Je ne le tire pas d'erreur. Toute vérité n'est pas bonne à dire. Si d'aventure, votre Époux Vous juroit qu'il n'est pas jaloux, Et du passé vouloit s'instruire, Jeunes Épouses, taisez-vous. Toute vérité n'est pas bonne à dire.* »

souvent l'ennemi de soi. Prenons l'exemple de l'affaire « Bissonnet » où Jean-Michel Bissonnet est reconnu coupable devant la Cour d'Assises de Montpellier d'avoir commandité l'assassinat de son épouse Bernadette, abattue de deux décharges de fusil le 11 mars 2008 par Méziane Belkacem, un employé de la famille. Au cours du procès, l'Avocat Général, Pierre DENIER, verse au débat une pièce qui démontre une tentative de subornation de témoin dont Jean-Michel BISSONNET se serait rendu coupable. *« Il avait en effet proposé à un codétenu, dans une lettre fourmillant de détails, de faire accuser à sa place le vicomte d'Harcourt, aristocrate fantasque de 85 ans et personnage-clef de l'affaire. (...) La missive versée aux débats par Pierre Denier révélait en outre que les deux avocats de la défense savaient que leur client avait été approché par un détenu lui proposant un faux témoignage contre de l'argent. Ils pensaient avoir dissuadé Jean-Michel Bissonnet d'accepter »*⁴⁸¹. Accusé de «*truquer les faits et comploter*», il est évident que la crédibilité de Monsieur Bissonnet a été remise en cause. Cette tentative de subordination a engendré des conséquences négatives pour lui qui, même si cela n'en est pas la conséquence directe, a été condamné à 20 ans de réclusion criminelle. Si le droit de ne pas s'auto-incriminer peut engendrer des conséquences négatives, il n'en demeure pas moins que les conséquences du mensonge peuvent être encore plus désastreuses. S'il doit être utilisé comme moyen de défense, il faudra que ce soit avec précaution et agilité. *« Cette liberté semble n'être en réalité qu'une contrepartie perverse concédée par le système judiciaire à l'accusé que chaque phase de la procédure tend à contraindre à l'aveu, car, s'il le surprend à mentir, le juge ne l'en punira pas moins qu'un parjure, en interprétant ce mensonge comme la preuve de sa culpabilité niée, et en aggravant sa peine »*⁴⁸².

457- Par-delà cet exemple presque anecdotique, il peut être pertinent de se demander dans quelle mesure le fait de mentir peut avoir des conséquences néfastes dans l'issue du procès pénal. L'arrêt du 18 janvier 2017⁴⁸³ l'illustre. La chambre criminelle de la Cour de cassation insiste sur les conséquences liées au mensonge. Les faits évoquent le cas d'un président d'une association ayant effectué une commande pour le compte de celle-ci. Le fournisseur découvre, après avoir livré la marchandise, que l'association a été dissoute deux ans avant la conclusion

⁴⁸¹ http://www.lexpress.fr/actualite/societe/justice/bissonnet-de-nouveau-devant-la-justice_950646.html : « BISSONNET de nouveau devant la justice » par Kévin LE LOUARGANT, publié le 10/01/2011

⁴⁸² SAINT PIERRE J-F., « *Avocat L'avocat et le mensonge* », AJ Pénal 2008 p.116

⁴⁸³ Crim. 18 janv. 2017, F-P+B, n° 15-85.209

des contrats. De ce fait, il ne parvient pas à obtenir le paiement des marchandises. Déclaré coupable d'escroquerie en appel, le président de l'association forme un pourvoi en cassation. D'abord, il rappelle qu'une association dissoute conserve la personnalité morale et le droit d'ester en justice pour les besoins de la liquidation et qu'en conséquence les membres d'une association conservent leur qualité tant que subsiste la personnalité juridique de l'association. Ensuite, il souligne opportunément que l'usage d'une fausse qualité incriminé par l'article 313-1 du code pénal vise exclusivement un acte positif. Or, en l'espèce, il a simplement gardé le silence sur la perte de sa qualité de président de l'association du fait de la dissolution. En d'autres termes, il considère n'avoir commis aucun acte positif d'usage d'une fausse qualité. Il reproche donc à la cour d'appel de l'avoir condamné du chef d'escroquerie en retenant que l'usage d'une fausse qualité était caractérisé par une omission, précisément par le fait de s'être abstenu d'informer le cocontractant de la dissolution de l'association dont il était président.

458- La Cour de cassation entérine le choix de la cour d'appel et affirme que « *le fait de se présenter comme le président d'une association dont la dissolution a été décidée constitue l'usage d'une fausse qualité au sens de l'article 313-1 du code pénal, peu important que l'existence juridique de l'association perdure pour les besoins de sa liquidation* ».

459- La doctrine⁴⁸⁴ rappelle, à l'appui de la jurisprudence que la prise en compte du mensonge pour entrer en voie de condamnation du chef d'escroquerie n'est pas nouvelle. La Cour de cassation précise en effet depuis longtemps que « *si de simples mensonges sont insuffisants à constituer les manœuvres frauduleuses..., il n'en est pas de même lorsqu'à ces mensonges viennent se joindre des faits ayant pour objet de leur donner force et crédit* »⁴⁸⁵. Cette jurisprudence demeure cependant surprenante dès lors qu'il résulte de l'article 313-1 du code pénal que l'escroquerie est un délit d'action, ce qui signifie que l'usage d'une fausse qualité ne peut pas intervenir par abstention. Or, en l'espèce le prévenu n'a pas faussement affirmé être président de l'association mais a gardé le silence sur la dissolution de l'association. La chambre criminelle a longtemps veillé à la caractérisation d'actes positifs d'usage de la fausse qualité. Ainsi, elle a pu considérer que l'assuré social qui, bénéficiaire

⁴⁸⁴ GOETZ D., « *Du mensonge à l'escroquerie : la distance se réduit-elle ?* », 6 février 2017, Dalloz.

⁴⁸⁵ Cass. Crim., 12 nov. 1864, DP 1865. 5. 158 ; 27 avr. 1955, Bull. crim. n° 209 ; D. 1955. 455 ; 16 oct. 1957, Bull. crim. n° 636 ; 6 juill. 1966, Bull. crim. n° 193 ; 18 juill. 1968, Bull. crim. n° 233 ; 8 nov. 1976, Bull. crim. n° 317 ; MISTRETTA P., « *Escroquerie aux assurances sociales : le mensonge n'est jamais innocent* », RSC 2015. 421

d'une rente d'invalidité pour cécité, s'était abstenu de signaler l'amélioration de son état à la Sécurité sociale ne commettait pas une escroquerie⁴⁸⁶. Elle a récemment confirmé que l'abstention, par un salarié, d'informer l'employeur de la protection dont il bénéficie, au regard du droit du licenciement, au titre d'un mandat extérieur, ne peut constituer l'usage d'une fausse qualité au sens de l'article 313-1 du code pénal »⁴⁸⁷.

460- Cela signifie donc que le fait de garder le silence peut parfois être constitutif d'un mensonge et être répréhensible.

2. Un droit fermé

461- Le droit de mentir n'est en réalité ouvert qu'à la personne suspectée ou poursuivie. En ce qui concerne les personnes qui prêtent serment et les avocats, il n'en sera pas de même.

462- Contrairement à la personne mise en cause, certaines personnes ont l'obligation de prêter serment.

463- Au sens général du terme, « *un serment est une attestation solennelle de la vérité d'un fait ou de la sincérité d'une promesse* »⁴⁸⁸.

464- Au sens juridique, le serment, du latin *sacramentum*, est « *une affirmation solennelle (à l'origine, religieuse), orale ou écrite, par laquelle une personne promet (jure) de se comporter d'une certaine manière ou atteste (en le jurant aussi) la véracité d'une déclaration* »⁴⁸⁹. Seule une catégorie de personne est amenée à prêter serment : les experts⁴⁹⁰, les interprètes⁴⁹¹, les jurés⁴⁹², et les témoins⁴⁹³ et seul le témoin peut prêter serment de « dire la vérité, toute la vérité »⁴⁹⁴. Cette mesure est applicable tant lors d'une procédure d'instruction⁴⁹⁵, que lors d'une audience de jugement⁴⁹⁶ et devant le Tribunal de police⁴⁹⁷. Le

⁴⁸⁶ Cass. Crim., 2 oct. 1978, D. 1979. IR 116.

⁴⁸⁷ Crim. 14 avr. 2015, n° 14-81.188, Dalloz actualité, 11 mai 2015, obs. L. Priou-Alibert ; D. 2015. 2465, obs. G. Roujou de Boubée, T. Garé, C. Ginestet, M.-H. Gozzi et S. Mirabail ; AJ pénal 2015. 495, obs. D. Aubert ; RSC 2015. 863, obs. H. Matsopoulou ; Dr. pénal 2015. Comm. n° 82, note M. Véron

⁴⁸⁸ Le petit Robert 2012, Lonrai, p.2358.

⁴⁸⁹ CORNU G., « *Vocabulaire juridique* », op.cit., p. 956

⁴⁹⁰ Article 160 et 168 du Code de procédure pénale.

⁴⁹¹ Article 344 et 407 du Code de procédure pénale

⁴⁹² Article 304 du Code de procédure pénale

⁴⁹³ Article 331, 385 et suivant et 103, 108 et suivant et 153 du Code de procédure pénale.

⁴⁹⁴ Article 103, 446, 311 du Code de procédure pénale.

⁴⁹⁵ Article 103 du Code de procédure pénale

refus de prêter serment, comme le fait de commettre un faux témoignage, est constitutif d'un délit.⁴⁹⁸ L'article 434-13 du Code pénal précise *« Le témoignage mensonger fait sous serment devant toute juridiction ou devant un officier de police judiciaire agissant en exécution d'une commission rogatoire est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 € d'amende »*.

465- La question s'est posée de savoir s'il y avait une atteinte au droit de ne pas s'auto-incriminer lorsque la personne, entendue sous la qualité de témoin dans un premier temps, était ensuite entendue comme mis en cause par l'avènement d'indices graves ou concordants rendant vraisemblable qu'elle ait pu commettre une infraction. Il faut tout d'abord rappeler que pour limiter cette atteinte, les articles 62 et 78 du Code de procédure pénale n'imposent pas aux personnes entendues dans le cadre d'une audition libre, durant la phase d'enquête policière, de prêter serment. Le législateur, au risque qu'un témoin devienne suspect au cours de ses aveux, ce qui arrive fréquemment lors d'une enquête, a préféré éviter toute nullité susceptible d'être soulevées sur le fondement de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme⁴⁹⁹. Néanmoins, la Cour de cassation a répondu par la négative en affirmant *« Il résulte des dispositions combinées des articles 105, 113-1, 153 et 154 du Code de procédure pénale, qui ne sont pas contraires à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, qu'une personne placée en garde à vue sur commission rogatoire du juge d'instruction est entendue comme témoin après avoir prêté le serment prévu par la loi, dès lors qu'il n'existe pas à son encontre des indices graves et concordants d'avoir participé aux faits dont le juge d'instruction est saisi ou qu'elle n'est pas nommément visé par un réquisitoire introductif »*⁵⁰⁰.

466- Cette décision semble tendre à l'affaiblissement des droits de la défense. En effet, ce témoin va devoir prêter serment car il est sous le régime de la commission rogatoire, il va donc lui être imposé de dire la vérité, au risque de commettre un parjure et d'être sanctionnée par la loi. Si cette personne finit par avouer un délit ou crime, son auto-incrimination sera volontaire mais elle ne sera plus, par la suite, protégée contre son droit de ne pas s'auto incriminer dans

⁴⁹⁶ Article 331 du Code de procédure pénale devant la Cour d'Assises à l'exception des personnes visées par l'article 335 du même Code devant et devant le tribunal correctionnel (art. 437 et s.)

⁴⁹⁷ Article 536 du Code de procédure pénale qui renvoie aux dispositions applicables au jugement des délits

⁴⁹⁸ Article 434-15-1 du Code de procédure pénale et 434-13 et 434-14 du même Code.

⁴⁹⁹ . SCREVENS V., *« Le statut du témoin et sa protection avant, pendant et après le procès pénal »*, RSC 1989, p. 3.

⁵⁰⁰ Cass. crim. 14 mai 2002 : Bull. crim. N°111; JCP 2002. IV. 2005.

la mesure où quand elle sera déférée devant un juge d'instruction, elle sera entendue en qualité de mis en cause mais elle aura toujours prêté serment et elle ne pourra pas logiquement bénéficier de son droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination⁵⁰¹. Cette application paraît totalement contraire au respect du droit de ne pas s'auto-incriminer.

467- En ce sens, la Cour de cassation semble petit à petit pallier les atteintes du droit de ne pas s'auto-incriminer en déclarant l'article 153 alinéa 3 contraire à la constitution. Dans le cadre d'une information judiciaire, une personne avait été placée en garde à vue et avait prêté serment de dire « toute la vérité rien que la vérité ». Mise en examen, elle avait saisi la Chambre de l'instruction de la Cour d'appel de Paris d'une requête en nullité dirigée contre les procès-verbaux de ses auditions et avait déposé « *une question prioritaire de constitutionnalité portant sur la conformité de l'article 153 du code de procédure pénale aux droits et libertés que la Constitution garantit, et plus précisément aux droits de la défense qui incluent notamment le droit à un procès équitable, garanti par l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789, intégrée au préambule de la Constitution du 4 octobre 1958* ». Le 4 novembre 2016, le Conseil constitutionnel, au visa de l'article 9 de la Déclaration de 1789, a déclaré inconstitutionnelles, avec effet immédiat, les dispositions de l'article 153, troisième alinéa, *in fine*, du Code de procédure pénale rédigées comme suit : « *Le fait que les personnes gardées à vue aient été entendues après avoir prêté serment ne constitue toutefois pas une cause de nullité de la procédure* ». Le Conseil constitutionnel vient dire que « *Le silence est un droit constitutionnel et par conséquent que le législateur ne saurait affirmer qu'en toute circonstance, le fait que les personnes gardées à vue aient été entendues après avoir prêté serment ne constitue pas une cause de nullité. Si paraît ici achevée une constitutionnalisation tardive du droit au silence, engagée depuis une douzaine d'années rue Montpensier, il semble cependant que cette décision ait aussi été l'occasion de restreindre les protections constitutionnelles du droit d'action en nullité* »⁵⁰².

468- Cette jurisprudence est arrivée certes, tardivement, mais finira enfin par reconnaître l'évidence : on ne peut pas prêter serment de dire la vérité d'un côté et avoir le droit de garder le silence de l'autre. Le quai de l'horloge, qui n'a pas manqué de rendre sa jurisprudence au visa de l'article 9 de la Déclaration de 1789, démontre la prise en compte toujours plus grande

⁵⁰¹ Cass. crim. 14 mai 2002, n° 02-80.721, *Bull. crim.*, n° 111 ; 15 janvier 2003, n° 02-86.962.

⁵⁰² DE COMBLES DE NAYVES P., MERCINIER E., « *Le silence est d'or* » – AJ pénal 2017. 27 Cons. const. 4 novembre 2016, n° 2016-594-QPC

du droit de ne pas s'auto-incriminer en procédure pénale en consacrant pour la première fois le caractère constitutionnel du droit de se taire.

- 469- Qu'en est-il de l'application du droit de mentir pour l'avocat ? *Lors de sa prestation de serment, l'avocat jure d'exercer ses fonctions avec « dignité, conscience, indépendance, probité et humanité ». Cela signifie qu'il s'engage, durant l'exercice de ses fonctions à « respecter un certain nombre de règles juridiques et éthiques dans sa pratique et ses relations professionnelles et extraprofessionnelles »⁵⁰³. Il doit appliquer les principes essentiels issus des règles et usages de la profession et notamment avoir un comportement loyal. « La loyauté est un comportement fondamental éthique. Un avocat doit toujours respecter sa parole, ne pas mentir, ne pas chercher à induire son interlocuteur, son client, ses confrères et plus encore le juge devant lequel il se présente. Le manque de loyauté est une grave infraction au serment prêté par l'avocat (...) De tels manquements à la loyauté sont malheureusement assez fréquents. Tenter de détourner le cours de la justice est particulièrement grave et totalement indigne d'un avocat qui participe directement au fonctionnement de la justice »⁵⁰⁴.*
- 470- La difficulté auquel est parfois confronté l'avocat est d'adapter sa défense en fonction des règles déontologiques envers lesquelles il a prêté serment.
- 471- C'est principalement le cas lorsque l'avocat conseille à son client de contourner la vérité. A titre d'illustration, il peut être pris le cas d'une personne convoquée devant un officier de police judiciaire en vue d'une garde à vue. Il lui est reproché l'infraction de viol sur mineur de plus de 15 ans puni de 15 ans de réclusion criminelle. Lors de l'entretien avec l'avocat, le client va réfuter tout acte de pénétration sexuelle avec son sexe mais confiera avoir commencé des préliminaires avec la mineure en insérant un doigt dans son vagin. Il assure que l'acte a été entièrement consenti. A ce jour, sauf discussion préalable avec l'officier de police judiciaire ou si celui-ci laisse au Conseil l'accès à l'entier dossier pénal, il est difficile de pouvoir interpréter ce dernier content. En attendant, il faut tenter d'adopter une défense qui ne risque pas de lui porter préjudice par la suite. En l'espèce, il va falloir qu'il mente pour pouvoir assurer sa défense pénale. Il lui sera conseillé dans un premier temps de nier tout acte

⁵⁰³ http://cnb.avocat.fr/Droits-et-obligations-de-l-avocat_a130.html - Droits et Obligations de l'avocat – règles du Conseil National des Barreaux.

⁵⁰⁴ KLUWER W., « AVOCAT », Le guide, édition 2014 – en partenariat avec le Conseil national des barreaux. Edition spéciale – Convention nationale des avocats.

de pénétration sexuelle quel qu'il soit en privilégiant la caresse « appuyée » au niveau des parties intimes. Si par la suite le dossier présente des éléments qui le contraignent de changer de défense, il pourra plus facilement le faire que s'il avait gardé le silence du début jusqu'à la fin de sa garde à vue. Si au contraire, aucun élément ne figure au dossier permettant de remettre sa parole en doute, monsieur encourt 5 ans d'emprisonnement pour agression sexuelle, sauf si le consentement fini par être établi, auquel cas, l'infraction ne sera pas caractérisée.

- 472- Quel est l'impact du mensonge face à la déontologie de l'avocat ? La déontologie, quoi que d'essence coutumière est de plus en plus reconnue comme une source de droit⁵⁰⁵. En effet, le célèbre Avocat, Maurice GARCON, rappelait que « *Les règles du barreau ne sont pas le résultat d'une création instantanée. Elles découlent d'un droit coutumier, aboutissement de traditions très anciennes qui peu à peu ont pris corps et sont fixées par une jurisprudence assez confidentielle qui n'a jamais été publiée* »⁵⁰⁶.
- 473- Aujourd'hui, la déontologie se définit comme un « *ensemble des devoirs inhérents à l'exercice d'une activité professionnelle libérale et le plus souvent défini par un ordre professionnel* »⁵⁰⁷. Elle doit être considérée comme une source de droit même si la principale source de droit est la loi car les règles déontologiques d'une profession sont fixées par un législateur. En tout état de cause, il s'agit à minima d'une source de la discipline et la discipline est encadrée par le droit, mais elle constitue une source de droit dès lors que c'est à partir de la jurisprudence applicable que le législateur va créer un texte.
- 474- Ainsi, le législateur a prévu des situations où le Conseil pourra être sanctionné pour avoir trompé volontairement son confrère adverse ou les magistrats. A titre d'exemple, il est de son devoir de verser des preuves légales et honnêtes en justice ou de ne pas user de manœuvres visant à tromper le juge pour causer un tort à autrui. La mise en œuvre de ces exemples serait préjudiciable à la bonne administration de la justice dans la mesure où fournir de faux documents en connaissance de cause reviendrait à commettre le délit d'escroquerie au jugement tendant à tromper ou surprendre la religion du juge. Dans d'autres cas, comme celui cité précédemment, même si d'un point de vue moral, l'exemple est critiquable, qui viendrait sanctionner l'avocat qui donne un conseil de ce type à son client lors d'une consultation ? Il

⁵⁰⁵ TERRIER E., « *Déontologie et droit* », Coll. Thèse, 2010, p. 532

⁵⁰⁶ GARCON M., « *L'avocat et la morale* », éd. Buchet-Chastel, 1963, p. 9

⁵⁰⁷ CORNU G., « *Vocabulaire juridique* », op.cit., p. 326

apparaît difficile de reprocher à un avocat de conseiller à un client de contourner la vérité, surtout s'il s'agit de lui expliquer comment ne pas ou comment mieux mettre en œuvre son droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination.

475- En outre, il ressort de la jurisprudence que le droit au silence s'applique non seulement aux interrogatoires officiels mais également à tout acte d'investigation « équivalent à un interrogatoire » ou accompli dans « un cadre d'audition ». Celui-ci s'applique dès qu'une mesure de garde à vue est décidée, y compris, précise-t-elle, « *durant les périodes de repos séparant les auditions* », ce qui remet en cause la vision tronquée du droit au silence telle qu'elle résulte de la loi du 14 avril 2011⁵⁰⁸. En accord avec Monsieur BOCCON-GIBOD, Premier Avocat Général, on peut admettre que « *la discussion (au parler) ne se tient ni dans un temps ni dans un lieu où la personne mise en examen bénéficie de droits renforcés. Tout particulièrement, le détenu visité ne bénéficie pas, en ce lieu, du droit protégé par la loi de garder le silence : il est libre de discuter avec son visiteur sans être protégé, comme devant un juge ou un policier l'interrogeant, par le droit de ne pas s'auto-incriminer* »⁵⁰⁹.

Paragraphe 2. Une auto incrimination soumise

476- Il a été vu que l'auto-incrimination par principe, était volontaire. Même s'il arrive qu'elle ne soit pas spontanée mais suscitée, cela relève toujours de la volonté de la personne qui décide de s'auto-incriminer. En revanche, il s'avère que cela peut se révéler être une atteinte aux droits de la défense lorsque cette auto-incrimination est soumise. C'est le cas de la personne qui serait contrainte de devoir s'auto-incriminer sous peine de faire l'objet d'une sanction. C'est ainsi qu'est remarqué l'atteinte au droit de ne pas s'auto-incriminer qui perdure au sein de la procédure pénale française.

477- « *Quelle place pour l'aveu aujourd'hui ? L'aveu, il faut le reconnaître, est désormais concurrencé par les preuves scientifiques et médicales (le corps avoue-t-il mieux que la bouche ?). Ce que le juge ou l'enquêteur a toujours recherché dans l'aveu, c'est une certitude quant à la culpabilité. Il lui semble que cette preuve suprême, il la trouve « dans » l'accusé, et non en dehors de lui. Autrefois, il n'existait qu'une seule preuve dépendant de l'accusé :*

⁵⁰⁸ Loi n°2011-392 du 14 avril 2011 relative à la garde à vue, JORF n°0089 du 15 avril 2011, page 6610.

⁵⁰⁹ GIRAULT C., « *Quand la loyauté dicte sa loi !* », AJ Pénal 2015, P. 362,, Ass. plén., 6 mars 2015, N° 14-84.339 ; Avis de Monsieur le premier avocat général D. Boccon-Gibod.

l'aveu. Aujourd'hui, en revanche, la science et la technique ont permis de multiplier les voies d'exploration de la preuve liée à la personne même de l'accusé. Divers procédés modernes de preuve sont apparus : des procédés techniques (comme les écoutes téléphoniques, les enregistrements sonores ou vidéos, les photographies...) ou scientifiques (telles les empreintes génétiques, les analyses sanguines...). Ils possèdent tous un point commun : ils sont destinés à s'exercer sur l'accusé dont la personne est devenue le terrain d'investigation privilégié de ceux qui traquent la vérité. Ainsi, on recherche des preuves soit à l'extérieur de la personne poursuivie - mais en utilisant celle-ci à son insu comme moyen d'obtenir la preuve - soit à l'intérieur de la personne mise en examen, notamment en « fouillant » ses chairs⁵¹⁰ »⁵¹¹.

- 478- S'il est incontestable que l'évolution des modes de preuves est bénéfique à la manifestation de la vérité il ne faut pas que cela justifie pour autant d'utiliser un moyen de pression pour laisser quiconque s'auto-incriminer contre sa volonté. Les diverses opérations nécessaires aux comparaisons et identifications seront évoquées (1.) pour ensuite constater quel est l'impact vis-à-vis du droit de ne pas s'auto-incriminer en cas de refus de s'y soumettre (2.)

A. Une auto-incrimination soumise au travers des opérations nécessaires aux comparaisons et identifications

- 479- Il existe diverses opérations nécessaires aux comparaisons et identifications soumises au mis en cause attentatoires au droit de ne pas s'auto-incriminer. Le prélèvement sanguin à des fins de dépistage illustre cette atteinte. Ce type de prélèvement et examen médical est généralement mis en œuvre, sous l'autorité d'un officier de police judiciaire, sur une personne soupçonnée de viol ou d'atteintes sexuelles sur un mineur de 15 ans. Lors de ce type de prélèvement, le médecin requis ou la personne habilitée doit s'efforcer d'obtenir le consentement de l'intéressé comme l'impose l'article 706-47-2, al 1 et 2 du Code de procédure pénale. « *L'officier de police judiciaire, agissant au cours de l'enquête ou sur*

⁵¹⁰ AMBROISE-CASTÉROT, « *Les prélèvements corporels et la preuve pénale* », in *Mélanges Julien*, 2003, Edilax, p. 9 ; « *La personne soupçonnée ou condamnée face aux soins ou vérifications sur sa personne* », RDSS 2008. 66 , no hors série, *Droit pénal de la santé* ; « *Les empreintes génétiques en procédure pénale* », *Mélanges Bouloc*, 2007, Dalloz, p. 19. - DEMARCHI, « *Les preuves scientifiques et le procès pénal* », 2012, coll. *Thèse*, LGDJ, no 55 ; V. égal. *Fouilles corporelles*

⁵¹¹ AMBROISE-CASTÉROT C., « *Aveu* », op.cit.

commission rogatoire, peut faire procéder sur toute personne contre laquelle il existe des indices graves ou concordants d'avoir commis un viol, une agression sexuelle ou une atteinte sexuelle prévus par les articles 222-23 à 222-26 et 227-25 à 227-27 du Code pénal, à un examen médical et à une prise de sang afin de déterminer si cette personne n'est pas atteinte d'une maladie sexuellement transmissible.

(...) A la demande de la victime ou lorsque son intérêt le justifie, cette opération peut être effectuée sans le consentement de l'intéressé sur instructions écrites du procureur de la République ou du juge d'instruction qui sont versées au dossier de la procédure.

(...) Le fait de refuser de se soumettre au dépistage prévu au présent article est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 Euros d'amende. Nonobstant les dispositions des articles 132-2 à 132-5 du code pénal, ces peines se cumulent, sans possibilité de confusion, avec celles susceptibles d'être prononcées pour le crime ou le délit ayant fait l'objet de la procédure »⁵¹².

480- Ce type de prélèvement est une réelle atteinte au droit de ne pas s'auto-incriminer et ce, à plusieurs égards. Tout d'abord il est précisé qu'un officier de police judiciaire peut faire procéder à ce type de prélèvement alors que cela est en dehors de toutes fins tendant à la manifestation de la vérité. Il s'agit seulement d'un prélèvement de dépistage, le seul but est donc de vérifier que la personne qui en fait l'objet n'est pas atteinte d'une maladie sexuellement transmissible. Il s'agit donc d'un prélèvement qui a seulement un effet de dépistage, donc propre à la situation physique de la personne. Cela ne concerne pas l'infraction qui lui est reprochée. Pourtant si la personne refuse d'effectuer ce prélèvement au risque de s'auto-incriminer, elle encourt un an d'emprisonnement et 15.000 euros d'amende. C'est une réelle épée de Damoclès qui pèse sur la tête de la personne soupçonnée. Il s'agit d'une atteinte au droit de ne pas s'auto-incriminer dès lors que la personne est contrainte, avec la pression d'une peine d'emprisonnement de devoir effectuer un prélèvement. Cela pourrait être assimilé au fait, pour un gardé à vue, de ne pas répondre aux questions qui lui sont posées et d'être susceptible d'encourir une peine d'emprisonnement pour avoir refusé de répondre aux questions posées. Il s'agit ici d'une aberration où sont privilégiés les droits de la victime plutôt que ceux de la défense. En effet, l'article précise que si la victime le sollicite ou si l'intérêt le justifie, cette opération peut être effectuée sans le consentement de la personne qui en fait l'objet. Cela veut donc dire que même la victime peut conduire un homme contre sa volonté à faire un prélèvement, elle contribue elle-même à cette auto-incrimination, ce qui lui

⁵¹² Article 706-47-2 du Code de procédure pénale.

octroie un pouvoir considérable. Outre le fait, comme cela a été évoqué précédemment, que cela constitue une atteinte au corps humain, cela constitue également une atteinte au droit de ne pas s'auto-incriminer.

481- Dans le même sens d'une atteinte au droit de ne pas s'auto-incriminer, il est nécessaire de citer l'exemple du prélèvement externe aux fins de comparaison. En effet, dans le cadre d'une enquête de flagrance ou préliminaire, après autorisation du procureur de la République, l'officier de police judiciaire a le pouvoir, depuis la loi du 18 mars 2003⁵¹³, de procéder, sur tout témoin ou toute autre personne mise en cause ou suspectée, à des prélèvements externes nécessaires à la réalisation d'examens techniques et scientifiques de comparaison avec les traces et indices prélevés pour les nécessités de l'enquête. Il faut rapprocher cette opération de celle de « signalisation » qui consiste à la prise de mensurations, d'empreintes digitales ou palmaires et de photographies. L'ensemble de ces opérations étant nécessaires à l'alimentation et à la consultation des fichiers de police selon les règles propres à chacun de ces fichiers. *« L'officier de police judiciaire peut procéder, ou faire procéder sous son contrôle, sur toute personne susceptible de fournir des renseignements sur les faits en cause ou sur toute personne à l'encontre de laquelle il existe une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis ou tenté de commettre l'infraction, aux opérations de prélèvements externes nécessaires à la réalisation d'examens techniques et scientifiques de comparaison avec les traces et indices prélevés pour les nécessités de l'enquête.*

Il procède, ou fait procéder sous son contrôle, aux opérations de relevés signalétiques et notamment de prise d'empreintes digitales, palmaires ou de photographies nécessaires à l'alimentation et à la consultation des fichiers de police selon les règles propres à chacun de ces fichiers.

Le refus, par une personne à l'encontre de laquelle il existe une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis ou tenté de commettre une infraction, de se soumettre aux opérations de prélèvement, mentionnées aux premiers et deuxièmes alinéas ordonnés par l'officier de police judiciaire est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende »⁵¹⁴.

482- Le même raisonnement que précédemment sera tenu en ce qui concerne l'atteinte au droit de ne pas s'auto-incriminer et ce, dès lors qu'il est imposée à une personne de contribuer à sa

⁵¹³ LOI n° 2003-495 du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure

⁵¹⁴ Article 55-1 du Code de procédure pénale

propre incrimination sans quoi, elle encourt une peine d'emprisonnement. Ce type de procédés apparaît absolument « archaïque » est attentatoire au respect de l'être humain. Cette atteinte est justifiée aux motifs que la manifestation de la vérité apparaît plus légitime que le respect des droits de la défense et que le respect du droit à la dignité humaine. En outre, ce type de prélèvement révèle une atteinte à l'égard d'un panel de personne beaucoup trop large. En effet, l'article ne prévoit pas seulement que ce type de prélèvement ait lieu sur une personne à l'encontre de laquelle il existe des raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis ou tenté de commettre une infraction mais bien à l'encontre toute personne susceptible de fournir des renseignements sur les faits en cause, l'atteinte au droit de ne pas s'auto-incriminer est alors très étendue. En effet, dès lors qu'une personne est susceptible d'avoir des renseignements sur une infraction, elle peut être contrainte de faire ce prélèvement. Il y a une réelle atteinte à la présomption d'innocence qui est mis en avant ici et qui doit être corrigé. Il est insoutenable de continuer à conditionner un prélèvement à une peine d'emprisonnement. Toute personne devrait être libre de disposer de son corps sans risquer une peine d'amende comme toute personne devrait être libre de ne pouvoir contribuer à s propre incrimination sans que cela ne lui porte préjudice.

483- Dans le même sens, ce type d'atteinte est relevé en ce qui concerne le prélèvement biologique aux fins d'empreinte génétique. Ce dernier consiste dans le fait pour un officier de police judiciaire de procéder ou faire procéder sur une personne soupçonnée d'avoir commis l'une des infractions énumérées à l'article 706-55 du Code de procédure pénale, à un prélèvement biologique destiné à permettre l'analyse d'identification de leur empreinte génétique, après avoir vérifié que l'empreinte de cette personne n'est pas déjà enregistrée dans le fichier national automatisé des empreintes génétiques (FNAEG). Ce prélèvement concerne trois types de personnes : Celles qui sont condamnées pour l'une des infractions mentionnées à l'article 706-55 du Code de procédure pénale ; celles à l'encontre desquelles existent des indices graves ou concordants rendant vraisemblable qu'elles aient commis l'une de ces infractions ; celles, enfin, à l'encontre desquelles il existe une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'elles ont commis un crime ou un délit (à fin de rapprochement avec des données déjà acquises). Cette opération est régie par l'article 706-56 du Code de procédure pénale qui dispose « *Lorsqu'il s'agit d'une personne condamnée pour crime ou déclarée coupable d'un délit puni de dix ans d'emprisonnement, le prélèvement peut être effectué sans l'accord de l'intéressé sur réquisitions écrites du procureur de la République. Il en va de même pour les personnes poursuivies pour un crime ou un délit puni de dix ans*

d'emprisonnement ayant fait l'objet d'une décision d'irresponsabilité pénale en application des articles 706-120, 706-125, 706-129, 706-133 ou 706-134.

II.- Le fait de refuser de se soumettre au prélèvement biologique prévu au premier alinéa du I est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende.

Lorsque ces faits sont commis par une personne condamnée pour crime, la peine est de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende »⁵¹⁵.

484- Cet article démontre à nouveau les éléments qui opposent la vérité scientifique à la volonté de ne pas s'auto-incriminer et ce, de manière encore plus poussée. En effet, outre le même raisonnement qui a été développé en ce qui concerne le droit de ne pas s'auto-incriminer pour les personnes soupçonnées, cette fois ci, cela concerne majoritairement les personnes déjà condamnées. Précédemment il semblait être nécessaire d'attendre le droit de ne pas s'auto-incriminer en amont du procès pénal, en l'espèce, il s'agit d'une atteinte après le procès pénal. En effet, sous peine d'être condamnée à une peine d'emprisonnement, il est imposé à une personne de faire l'objet d'un prélèvement et ce, dans le but de permettre l'analyse d'identification de leur empreinte génétique. Le but étant de conserver ce prélèvement au sein d'un fichier afin de pouvoir identifier et comparer son ADN en cas d'infractions commises sur le territoire français. En effet, si par un exemple, une nouvelle infraction est commise sans que l'auteur soit connu, l'ADN retrouvé sur les lieux de l'infraction sera analysée et comparée aux autres ADN figurant sur le FNAEG. La personne sera ainsi mise en cause eu égard à cette comparaison. Ainsi, il est nécessaire de nuancer cette atteinte, bien qu'elle soit attentatoire au droit de ne pas s'auto-incriminer dès lors qu'il est imposé à une personne de devoir faire l'objet d'un prélèvement auquel cas elle sera condamnée à une peine d'emprisonnement. Toutefois, il faut rappeler qu'il n'est pas fait ici attente à la présomption d'innocence dès lors que c'est suite à une condamnation définitive que l'individu a fait l'objet d'une condamnation au FNAEG. Il s'agit donc d'une auto-incrimination nuancée dès lors qu'ici il ne va pas contribuer à sa propre incrimination pour l'infraction qu'il lui est reproché et pour laquelle il a été condamné mais il s'agit d'une auto-incrimination potentielle. Si l'ADN de la personne condamnée ne figure pas sur une scène ou a été commise une infraction, l'auto-incrimination n'aura jamais eu lieu, en revanche, si dans le cadre d'investigations policières, l'ADN de la personne condamnée est retrouvée sur les lieux d'une infraction et qu'elle est retrouvée grâce au FNAEG, l'auto-incrimination sera avérée.

⁵¹⁵ Article 706-56 du Code de procédure pénale alinéa 5, 6 et 7.

B. Une auto-incrimination soumise par le refus d'y participer

- 485- Le point le plus pertinent est de constater l'analyse d'un droit à ne pas se soumettre à ces examens. En effet, l'article 706-56 du Code de procédure pénale prévoit la possibilité, pour la personne dont il est sollicité de se soumettre à un prélèvement biologique, de le refuser. Cependant, cela constitue une infraction⁵¹⁶ « *Bien que peu coercitif, le prélèvement des empreintes génétiques des individus porte atteinte à l'intégrité du corps humain, voire, selon l'objectif avoué ou non du procédé, à la dignité de la personne ; pourtant, s'il ne peut être pratiqué par la contrainte, le refus de s'y prêter est parfois constitutif d'une infraction pénale* »⁵¹⁷.
- 486- Cependant, certaines circonstances ne permettent pas d'engager la responsabilité pénale de la personne qui s'y refuse et ce, dès lors qu'une personne refuse en cas de dépassement du délai de un an, à compter de l'exécution de la peine⁵¹⁸ ou dès lors que la demande de prélèvement vise une infraction non envisagée par la loi dans le fichier FNAEG⁵¹⁹ ou encore dès lors qu'il n'existe ni indices graves ou concordants rendant vraisemblable la commission de l'infraction⁵²⁰.

⁵¹⁶ Ce refus entraîne (non-systématiquement) une convocation pour un procès. Plusieurs procès ont déjà eu lieu, une centaine sont en cours. Jusqu'à présent et à notre connaissance, ces procès ont abouti, grosso modo, à deux types de décisions de Justice : pour les militant-e-s politiques, soutenu-e-s par des réseaux, des associations, de bons avocats, et dont les procès sont relativement médiatisés : des relaxes, des amendes maximales de 500 euros ou de la peine de prison avec sursis. Pour les personnes déjà emprisonnées, pour les habitant-e-s des quartiers pauvres, qui ne bénéficient que de soutiens très faibles : souvent de la prison ferme. Ainsi, un détenu de 19 ans, du centre de détention de Neuvic-sur-l'Isle (Dordogne), a pris 3 mois de prison ferme pour avoir refusé le fichage ADN en octobre 2003. Selon le ministère de la Justice, entre 2003 et 2005, sur 452 personnes ayant refusé le fichage génétique, 108 ont été dispensées de peine, 267 ont pris de la prison ferme (3 mois en moyenne), 16 ont pris du sursis, 58 des amendes ou des jours-amendes (300 euros en moyenne) - voir « refuser le fichage ADN - pourquoi ? comment ? » par les éditions Sarkommece, juin 2008 - infokiosques.net

⁵¹⁷ DETRAZ S., « *Refus de se soumettre au prélèvement de ses empreintes génétiques* » – D. 2007. 2981

⁵¹⁸ Cass. crim. 10 juin 2009, N° Pourvoi 08-87615

⁵¹⁹ Voir article 706-55 du Code de procédure pénale : exemple : les infractions relatives aux stupéfiants, destruction d'OGM : Voir Cass. crim. 22 juin 2010, n° pourvoi : 10-80957.

Les infractions visées par l'article 706-54 du Code de procédure pénale sont relatives aux infractions de nature sexuelle ; les crimes contre l'humanité et les crimes et délits d'atteintes volontaires à la vie de la personne, de torture et actes de barbarie ; les infractions de vols, d'extorsions, d'escroqueries, de destructions, de dégradations ; les atteintes aux intérêts fondamentaux de la nation, les actes de terrorisme ; les infractions de recel ou de blanchiment.

⁵²⁰ Cass. crim., 2 septembre 2009, n° pourvoi : 08-87616

- 487- Pour toutes les autres causes, comme il l'est précisé dans les articles précédents, à chaque fois que le Code de procédure pénale prévoit une opération nécessaire aux comparaisons et identifications sur une personne, le législateur a prévu une sanction en cas de défaut de consentement « *Est constitutif d'un délit le fait, pour la personne soupçonnée, de refuser de se soumettre à l'un des actes de prélèvements externe et de signalisation (Article 55-1 al 3 du Code de procédure pénale), au prélèvement biologique (article 706-56 II al 1 et 2⁵²¹).* Le juge répressif doit proportionner la peine d'amende « à celle qui pourrait être infligée pour le crime ou le délit à l'occasion duquel le prélèvement avait été demandé »⁵²².
- 488- Que ce soit en cas de prélèvement externe ou interne, la question du consentement et l'atteinte au droit de ne pas s'auto-incriminer de la personne qui subit ces opérations se posent. Même s'il s'agit d'une auto-incrimination acceptée dans la mesure où la personne va volontairement s'y soumettre, « *le refus érigé en délit brouillera la liberté du consentement* »⁵²³. Il s'agit donc d'une règle procédurale qui tend à l'affaiblissement du droit de ne pas s'auto-incriminer.
- 489- En ce qui concerne le prélèvement externe, il faut indiquer que, qu'il s'agisse d'un prélèvement externe aux fins de comparaison ou de signalisation, ce n'est pas parce qu'il ne s'agit pas d'une intrusion « interne » de la personne que le consentement n'en est pas pour autant moins forcé sous la menace d'une sanction lourde. Il est question ici d'une négociation d'une part et d'une auto-incrimination forcée d'une autre part, mettant à mal les principes relatifs au respect du corps humain prévus aux articles 16 et suivants du Code civil. Le droit de ne pas s'auto-incriminer ne devrait pas avoir une épée de Damoclès au-dessus de la tête mais devrait être garanti librement. La personne suspectée devrait pouvoir refuser de donner son consentement sans qu'aucune sanction ne soit prévue. C'est en ce sens qu'il y a une réelle atteinte au droit de ne pas s'auto-incriminer et un affaiblissement des droits de la défense, il

⁵²¹ *Le Conseil constitutionnel a jugé conformes aux droits et libertés garantis par la Constitution les dispositions des articles 706-54, 706-55 et 706-56 du Code de procédure pénale relatives au fichier national automatisé des empreintes génétiques, sous deux réserves. La première concerne le principe de proportionnalité, le rapprochement avec les données du fichier ne doit être fait que pour les infractions listées à l'article 706-55 du Code ; la seconde tient à la durée de conservation des données, qui doit être proportionnée à la nature et à la gravité de l'infraction, et prendre en compte les spécificités liées à la minorité du délinquant - Cons. const. 16 sept. 2010, n° 2010-25 QPC, D. 2012. 308, obs. J.-C. Galloux et H. Gaumont-Prat ; AJ pénal 2010. 545, étude J. Danet.*

⁵²² GUINCHARD S. et BUISSON J., « *Manuel, Procédure pénale* », éd. LEXISNEXIS, op.cit., p. 572 - Ces dispositions ont été déclarées constitutionnelles : Dec. 13 mrs 2003, n°2003-467 DC, préc., §55 à 57.

⁵²³ AMBROISE-CASTEROT C., « *Le consentement en procédure pénale* », op.cit., p.34-39

ne peut pas être sereinement garanti. La sanction de l'intime conviction du juge à propos de ce refus aura des conséquences suffisamment lourdes sur le sort du mis en cause sans qu'il y ait besoin d'imposer une sanction pécuniaire. Si les infractions peuvent justifier une application de mesure dérogatoire il n'en demeure pas moins que le droit de ne pas contribuer à sa propre infraction reste menacé. Malgré ces atteintes, la Cour de cassation persiste en mettant à mal ce droit : « *La prise de photographies anthropométriques et le relevé d'empreintes digitales, à l'occasion d'une enquête judiciaire, ne constituait pas des atteintes au droit au respect de la vie privée, des lors que ces photographies et relevés étaient conservés par les services de police judiciaire et ne serviraient qu'à leurs enquêtes dans les conditions prévues par la loi* »⁵²⁴.

490- En ce qui concerne le prélèvement interne, il en résulte la même atteinte au droit de ne pas s'auto-incriminer pour ce prélèvement. Si l'article 16-10 du Code civil, relatif à l'égide édénique des caractéristiques d'une personne, rappelle dans ses dispositions que « *L'examen des caractéristiques génétiques d'une personne ne peut être entrepris qu'à des fins médicales ou de recherche scientifique. Le consentement exprès de la personne doit être recueilli par écrit préalablement à la réalisation de l'examen, après qu'elle a été dûment informée de sa nature et de sa finalité. Le consentement mentionne la finalité de l'examen. Il est révocable sans forme à tout moment* », il n'en demeure pas moins que le consentement n'est pas toujours respecté comme il devrait l'être.

491- Comme il l'a été vu précédemment en matière de prélèvement biologique aux fins d'empreinte génétique, lorsqu'une personne a été condamnée pour un crime ou un délit puni de dix ans d'emprisonnement, ou poursuivie pour un crime ou un délit puni de dix ans d'emprisonnement ayant fait l'objet d'une décision d'irresponsabilité pénale, le consentement n'est plus requis et le recours à la contrainte est possible. Même si cette contrainte reste conditionnée aux réquisitions du procureur de la République, qui devront nécessairement être motivées, il s'avère que la contrainte reste contraire aux traditions communautaires⁵²⁵ du point de vue de l'auto-incrimination mais également contraire aux traditions françaises en matière de respect de l'intégrité physique. « *Le respect de l'intégrité corporelle de l'inculpé constitue une exigence traditionnelle de la procédure pénale : le droit qu'à la justice d'accéder à ce*

⁵²⁴ Cass. civ. 2eme, 19 décembre 2003.

⁵²⁵ AMBROISE-CASTEROT C., « *Le consentement en procédure pénale* », in Mélanges offerts à J. PRADEL, « *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire* », Cujas, p.34-39

*que la personne possède de plus intime a pour borne franchissable l'intégrité physique de celle-ci. Atteinte à la liberté individuelle et à l'intégrité corporelle : une telle pratique doit être prévue par le législateur »*⁵²⁶.

- 492- Le problème restera perpétuel tant que le droit positif ou le droit communautaire ne reconnaîtra pas de tels droits de manière absolue, les dérives n'en seront que nombreuses.
- 493- Malgré ces contestations, l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 17 décembre 1996, Saunders⁵²⁷, viendra clore le sujet en rappelant que « le droit de ne pas s'incriminer soi-même concerne en premier lieu le respect de la détermination d'un accusé de garder le silence (...) Il ne s'étend pas à l'usage, dans une procédure pénale, de données que l'on peut obtenir de l'accusé en recourant à des pouvoirs coercitifs mais qui existe en vertu d'un mandat, les prélèvements d'haleine, de sang et d'urine ainsi que de tissus corporels en vue d'une analyse ADN⁵²⁸. L'atteinte au droit de ne pas s'auto incriminer se justifie donc par des exigences de sécurité nationale. « On ne peut pas accepter que l'Etat laisse dans la nature, sans aucun contrôle, de véritables bombes humaines aux pulsions monstrueuses »⁵²⁹.
- 494- A l'heure où le monde croule sous la menace et où les lois françaises se succèdent, restreignant toujours les libertés et les garanties juridiques de la population face à l'état, il est opportun de se demander quels autres principes risquent de voir leur application bafouée. A défaut de voir supprimer la sanction passible en cas de refus de la mesure qui menace de manière directe le droit de ne pas s'auto-incriminer, ne faudrait-il pas mieux encadrer juridiquement cette mesure ? A ce jour, une convocation pour effectuer un prélèvement ADN peut intervenir plusieurs années après le procès jugeant le délit initial. Les officiers de police judiciaire peuvent convoquer la personne sans spécifier qu'il s'agit d'une demande de prélèvement ADN. En cas de refus de prélèvement ADN, ils pourront placer la personne en garde à vue. Cette mesure de contrainte incitera nécessairement la personne à contribuer à sa propre incrimination. Deux choix seulement lui sont offerts, soit la personne refuse et elle est placée en garde à vue et si elle persiste, elle recevra une convocation devant le Tribunal Correctionnel qui risque de la condamner, soit la personne accepte le prélèvement car elle ne

⁵²⁶ DELMAS-MARTY M., LASVIGNES S., « *La mise en état des affaires pénales* », Rapport de la Commission de Justice pénale et des droits de l'homme, Paris, la documentation française 1991, p. 201.

⁵²⁷ CEDH Saunders c. Royaume-Uni, 17 décembre 1996, préc., §§ 68-69

⁵²⁸ Ibid.

⁵²⁹ Nicolas SARKOZY, Ministre de l'intérieur, in Le Figaro, 18 septembre 2003.

veut pas payer une amende ou même être placée en garde à vue et risque de contribuer à sa propre incrimination. Le formalisme appliqué à cette mesure est bien trop faible. Les officiers de police judiciaire qui mettent en œuvre des opérations nécessaires aux comparaisons et identifications devraient, comme lors de la mise en place de mesures de contrainte, faire signer un procès-verbal à la personne, lui indiquant les différents droits qui lui sont offerts et les conséquences que cela peut engendrer. Une application similaire devrait être mise en place pour la personne qui est placée en garde à vue et qui doit signer un procès-verbal mentionnant que son droit de se taire lui a été notifié, afin de garantir son droit de ne pas s'auto-incriminer, la notification du droit de refuser un prélèvement devrait être actée.

Section 2. L'exception, une auto-incrimination involontaire

495- Si par principe, l'auto incrimination est une action volontaire, il y a des cas où elle peut être involontaire eu égard aux différents procédés procéduraux qui mettent à mal la personne suspectée. Il sera ici observé le cas des procédés techniques, jugés légaux (Paragraphe 1.) et les procédés scientifiques, jugés illégaux (Paragraphe 2.)

Paragraphe 1. Une exception démontrée au travers de procédés techniques

496- Il peut apparaître que l'auto-incrimination soit involontaire, notamment au travers de procédés techniques telles que l'interception de correspondances (A.) ou la mise en place de sonorisations et fixations d'images (B.)

A. Interceptions de correspondance

497- En dépit du principe du secret de la correspondance évoqué, il apparaît que « *Sous ce terme qualificatif « interception », le législateur envisage en réalité « l'interception, l'enregistrement et la transcription de correspondances émises par la voie des télécommunications*⁵³⁰ ». Pour la jurisprudence récente qui définit l'interception de manière compréhensive, constitue une « écoute téléphonique » le fait pour les policiers d'inviter une personne à téléphoner à un individu susceptible d'être impliqué dans la commission d'une infraction, d'enregistrer cette conversation téléphonique sur radiocassette et de dresser un

⁵³⁰ Voir article 100 du Code de procédure pénale.

*procès-verbal de cette opération*⁵³¹ »⁵³². Ce type de procédé ne peut être mise en œuvre que dans le cadre d'une information judiciaire ouverte pour des faits criminels ou correctionnels. Le législateur a fini par encadrer les procédés techniques d'enregistrement qui n'étaient ordonnés que par le juge d'instruction au travers de l'article 81 du Code de procédure pénale. « *Le juge d'instruction procède, conformément à la loi, à tous les actes d'informations qu'il juge utilise à la manifestation de la vérité* ».

498- Cette mesure doit être qualifiée d'acte auto-incriminant involontaire dès lors que l'individu n'est pas au courant de son placement sur écoute et pourrait, lors de conversations téléphoniques, contribuer à sa propre incrimination. Ce procédé a d'ailleurs été contesté dans l'affaire TOURNET⁵³³ dans la mesure où la mise en place de ces écoutes découlait de la simple volonté d'obtenir un aveu. Or, en l'espèce, utiliser un procédé comme l'interception était une manœuvre détournée. « *Si le juge d'instruction recherche l'aveu, alors il doit respecter les exigences du Code de procédure pénale* »⁵³⁴.

499- Malgré tout, la position de la Cour de cassation sera de juger le procédé légal en application de l'article 81 du Code de procédure pénale⁵³⁵.

500- Il faudra attendre l'arrêt BARIBEAU⁵³⁶ avant que la Cour européenne des droits de l'homme ne soit interpellée sur l'ingérence que pouvait engendrer ces enregistrements au regard de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, alors même que le droit français ne connaissait aucune législation particulière en la matière. La Cour de cassation rappelle que « *Attendu que, selon le premier de ces textes, il ne peut y avoir ingérence des autorités publiques dans les conversations téléphoniques que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi ; que le deuxième et le troisième texte ne permettent qu'au juge d'instruction d'ordonner, dans certaines conditions, des écoutes et des enregistrements d'entretiens téléphoniques ;*

501- *Attendu qu'il résulte de l'arrêt attaqué et des pièces de la procédure qu'ayant été avisés de ce que Christian X... se serait livré à un trafic de stupéfiants et aurait eu notamment pour client André Y..., les services de police, agissant d'initiative, ont invité Y... à téléphoner à X... en vue de prendre rendez-vous pour une livraison de drogue et ont enregistré leur entretien sur*

⁵³¹ Cass. ass. plen., 24 novembre 1989, Baribeau : D 1990, 34

⁵³² GUINCHARD S. et BUISSON J., « *Manuel, Procédure pénale* », op.cit., p. 534

⁵³³ Cass. crim., 9 octobre 1980, Bull. crim. n°255 ; D. 1981. 332, note Pradel ; JCP 1981. II. 19578, note Marino.

⁵³⁴ AMBROISE-CASTEROT C., « *Aveu* », Dalloz, op.cit.

⁵³⁵ Confirmé par Cass. crim. 24 air. 1984, arrêt HUVIG, D. 1986. 125. - arrêt Kruslin, Bull. crim. n°275

⁵³⁶ Cass. ass. plen., 24 novembre 1989, Baribeau : D 1990, 34

radiocassette, puis dressé un procès-verbal de cette opération ; qu'à l'heure convenue pour le rendez-vous, les policiers ont pu ainsi pénétrer, à la suite de Y... dans le domicile de X..., interpellé les occupants et procéder à perquisition ;

Attendu que, pour refuser de prononcer la nullité du procès-verbal relatant l'écoute et l'enregistrement de cette conversation, la Cour d'appel énonce que les services de police n'ont pas employé un procédé technique de captation et de conservation de toutes les conversations téléphoniques échangées à partir du poste d'un abonné ;

Attendu qu'en se déterminant ainsi, alors que, sans avoir reçu d'un juge commission rogatoire à cette fin, les services de police avaient procédé, à l'insu de X..., à l'écoute et à l'enregistrement de propos tenus par celui-ci sur la ligne téléphonique qui lui était attribuée, la Cour d'appel a violé les textes susvisés ».

502- A la suite de cet arrêt, le législateur a été obligé de créer une loi⁵³⁷ précisant les conditions permettant l'utilisation d'un tel procédé et ce, de façon cadrée et réglementée.

503- Cependant, il n'en demeure pas moins que le problème qui se pose ici, contrairement aux aveux faits dans le cadre d'une audition, est que la personne mise en cause a conscience qu'il risque de s'auto-incriminer et son droit de se taire lui est notifié justement pour qu'il puisse garder le silence et ne pas contribuer à sa propre incrimination. Or en l'espèce, même si la personne suspectée peut se douter qu'il doit faire attention à ce qu'il dit au téléphone car il risque d'être sur écoute, ce simple doute ne lui garantit pas une totale protection du droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination et met, à fortiori, ce principe à mal.

B. Sonorisations et fixations d'images

504- De la même manière qu'à l'égard des interceptions de correspondances, la mesure de sonorisation peut aussi être attentatoire à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et donc au droit de ne pas s'auto incriminer. « *La sonorisation consiste à mettre en place des micros clandestinement dans un lieu clos ou véhicule, privés ou publics, pour y capter des paroles susceptibles de constituer des indices utiles à la manifestation de la vérité, les transmettre et les enregistrer.*

⁵³⁷ LOI n°91-956 du 10 juillet 1991 relative au secret des correspondances émises par la voie de télécommunications.

La captation d'images consiste à placer clandestinement des mini-caméras dans un lieu clos pour y capter des images susceptibles de constituer des indices utiles à la manifestation de la vérité, les transmettre et les enregistrer »⁵³⁸.

505- Avant l'avènement de la loi du 9 mars 2004⁵³⁹, la Cour de cassation validait le procédé selon lequel les enregistrements de conversations dans le parloir d'une maison d'arrêt pouvaient être retenus à charge contre un individu⁵⁴⁰ et ce, tant au regard de l'article 6, que de l'article 8 de la Cour européenne des droits de l'homme. Décision invraisemblable au regard des éléments développés ci-dessus. S'il est de coutume que des enregistrements sur une ligne téléphonique soient régulièrement mis en place, le placement d'un mécanisme de sonorisation placé au sein même d'un parloir est absolument contraire au droit de ne pas s'auto incriminer. La Cour européenne des droits de l'homme s'est alors positionnée sur la jurisprudence relative en matière d'écoutes téléphoniques où la France avait été condamnée pour irrespect de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, sur la protection de la vie privée. Il était curieux que relativement aux sonorisations, la Cour approuve les lacunes du droit français alors même qu'il ne précisait pas les règles permettant le recours à un procédé si restrictif des droits et liberté. Elle a donc fait de même avec le procédé des sonorisations et a jugé que le mis en cause doit « *jouir du degré minimal de protection voulu par la prééminence du droit dans une société démocratique* »⁵⁴¹. « *L'article 81 alinéa 1er, du Code de procédure pénale ne peut pas constituer un fondement valable pour ordonner n'importe quelle mesure de recherche de la vérité. En effet, tout ce qui n'est pas autorisé par le Code de procédure pénale doit être considéré comme interdit* »⁵⁴².

506- La loi du 9 mars 2004⁵⁴³ a ainsi vu le jour en créant un nouvel article 706-96 du Code de procédure pénale, permettant au juge d'instruction, en matière de délinquance ou criminalité organisé, de mettre en place un tel procédé. Ce qui veut dire que si l'infraction pour laquelle le juge d'instruction entend réaliser une sonorisation concerne une infraction prévue par

⁵³⁸ GUINCHARD S. et BUISSON J., « *Manuel, Procédure pénale* », op.cit., p. 538 - Voir article 706-96 al 1 du Code de procédure pénale.

⁵³⁹ Loi n°2004-204 du 9 mars 2004, op.cit.

⁵⁴⁰ Cass. crim. 12 décembre 2000, n° 00-93.952, D. 2001. 1340, note Mayer et Chassaing.

⁵⁴¹ CEDH, 31 mai 2005, Vetter c/ France, requête n°59842/00. - Voir sur ce point F. SUDRE : JCP 2005, I, 159, n°16. Cet arrêt de la Cour EDH avait donné lieu à l'arrêt de la chambre criminelle en date du 25 février 2000.

⁵⁴² AMBROISE-CASTEROT C., « *Aveu* », Dalloz, op.cit.

⁵⁴³ LOI n° 2004-204 du 9 mars 2004, op.cit.

l'article 706-96 du code de procédure pénale, alors le procédé est légal. Ce ne sera que si la personne mise en cause est suspectée d'avoir commis des actes de délinquances ordinaires qu'il sera protégé de son droit de ne pas s'auto-incriminer.

507- Quelques observations sont à émettre ici.

Tout d'abord, le législateur se contente de détourner les règles de procédure afin de pouvoir produire des éléments à charge contre la personne mise en cause. La même difficulté que pour les enregistrements téléphoniques se pose ici dans la mesure où la personne suspectée s'auto-incriminera involontairement en l'absence de connaissance du mécanisme installé. Il peut être observé que dans la jurisprudence citée ou les différentes lois et articles mis en œuvre, aucun élément ne se fonde sur le principe de ne pas contribuer à sa propre incrimination. Ils se contentent tous de se référer à l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme ou fébrilement à l'article 6 de la même convention, mais jamais n'est évoqué le principe qui découle de ce même article 6.

508- De deux choses l'une. Soit ils considèrent que ce type de procédés ne contrevient pas à l'application du droit de ne pas s'auto-incriminer alors même que le but est de capter des paroles qui viendraient incriminer directement la personne qui les prononce, soit ils craignent de faire référence à ce principe de peur de devoir à nouveau réformer la procédure pénale eu égard à l'atteinte réelle présente.

509- Il semble que ce soit la deuxième option qui retiennent l'attention des juges au regard de l'évolution qui semble se profiler au regard des jurisprudences récentes de la Cour de cassation.

510- La Cour de cassation du 8 janvier 2014⁵⁴⁴ rend son arrêt au visa de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme. Si elle ne rend pas son arrêt au visa du droit de ne pas s'auto incriminer, elle y fait néanmoins référence dans son dispositif « *Vu l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et l'article préliminaire du code de procédure pénale, ensemble le principe de loyauté des preuves, Mais attendu qu'en statuant ainsi, alors que la conjugaison des mesures de garde à vue, du placement de MM. Y... et X... dans des cellules contiguës et de la sonorisation des locaux participait d'un stratagème constituant un procédé déloyal de recherche des preuves, lequel a*

⁵⁴⁴ Cass. Crim., 7 janvier 2014 pourvoi n° 13-85246.

amené M. X... à s'incriminer lui-même au cours de sa garde à vue, la chambre de l'instruction a méconnu les textes susvisés et le principe ci-dessus énoncé ».

511- Plus grande évolution encore en 2015 avec un arrêt de l'assemblée plénière de la Cour de cassation⁵⁴⁵ qui citera textuellement le principe d'auto-incrimination « *Vu l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ainsi que les articles préliminaire et 63-1 du code de procédure pénale, ensemble le principe de loyauté des preuves et le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination ;*

Attendu qu'en statuant ainsi, alors qu'au cours d'une mesure de garde à vue, le placement, durant les périodes de repos séparant les auditions, de deux personnes retenues dans des cellules contiguës préalablement sonorisées, de manière à susciter des échanges verbaux qui seraient enregistrés à leur insu pour être utilisés comme preuve, constitue un procédé déloyal d'enquête mettant en échec le droit de se taire et celui de ne pas s'incriminer soi-même et portant atteinte au droit à un procès équitable, la chambre de l'instruction a violé les textes et principes susvisés ».

512- Ces jurisprudences démontrent bien que le principe selon lequel nul ne doit contribuer à sa propre incrimination connaît une évolution notoire qui, au regard des critiques émises concernant son irrespect, risque encore de voir sa protection renforcée.

Paragraphe 2. Une exception démontrée au travers de procédés scientifiques

513- L'auto-incrimination peut être involontaire lorsque l'aveu est arraché à l'individu notamment par des procédés scientifiques illégaux. Cette façon de procéder pourrait d'ailleurs être assimilée à la notion pénale d'extorsion au regard de la violence de l'acte. En effet, l'extorsion est définie comme « *le fait d'obtenir par violence, menace de violences ou contrainte, soit une signature, un engagement ou une renonciation, soit la révélation d'un secret, soit la remise de fonds, de valeurs ou d'un bien quelconque* »⁵⁴⁶. Obtenir des aveux en utilisant des procédés illégaux reviendrait à exercer une violence à son encontre puisque l'aveu n'est pas volontaire, il est donc contraint. Cela peut donc être assimilé à une réelle exaction avec violence⁵⁴⁷ qui peut se caractériser par une contrainte physique, comme ce peut

⁵⁴⁵ Cass. Crim. Ass. Peln., 6 mars 2015 pourvoi n° 14-84339.

⁵⁴⁶ Article 312-1 du Code pénal

⁵⁴⁷ CORNU G., « *Vocabulaire juridique* », op.cit., p. 440

être le cas pour l'injection de penthotal ou encore morale, avec l'exemple de l'hypnose. Obtenir des aveux d'une telle manière reviendrait à être qualifiée d'extorsion et cela porterait atteinte au droit de ne pas s'auto-incriminer car cela signifierait que la liberté morale de la personne sur laquelle elle a été exercée a été supprimée⁵⁴⁸.

514- En effet, pour avoir une réelle valeur probante, l'aveu doit être librement donné et l'individu ne doit subir aucune pression, ni violence qui vicierait la procédure. Cette application en matière pénale est très similaire à la procédure civile. En effet, le consentement se définit comme « *l'accord de deux ou plusieurs volontés en vue de créer des effets de droit : rencontre de ces volontés qui est la condition de la formation du contrat* »⁵⁴⁹. Ce consentement ne doit, à aucun moment, ni d'aucune façon être vicié. En l'occurrence, « *l'erreur, le dol et la violence vicient le consentement lorsqu'ils sont de telle nature que sans eux, l'une des parties n'aurait pas contracté ou aurait contracté à des conditions substantiellement différentes* »⁵⁵⁰. Si ces procédés étaient utilisés cela serait sanctionné par la nullité du contrat⁵⁵¹.

515- Il ne sera pas nécessaire de se pencher sur l'erreur et la violence car ils ne pourront pas être comparable à l'utilisation de procédés illégaux afin d'obtenir l'aveu des personnes suspectées. Effectivement, concernant la violence, il faut rappeler que l'article 1140 du Code civil prévoit « *qu'il y a violence lorsqu'une partie s'engage sous la pression d'une contrainte qui lui inspire la crainte d'exposer sa personne, sa fortune ou celles de ses proches à un mal considérable* ». Bien que le fait d'extorquer à une personne son consentement par le moyen de la crainte qu'on lui inspire pourrait être comparable à l'utilisation de procédés illégaux pour obtenir des aveux dès lors que l'officier de police judiciaire est dans une position de « supériorité » vis-à-vis de la personne mise en cause, il est davantage question ici de personnes qui ont été contraintes de contracter pour échapper à un mal plus grave qui la menace au cas où elle refuserait de s'engager⁵⁵².

516- En revanche, le dol est le procédé qui se rapproche davantage de procédés scientifiques illégaux, utilisés pour obtenir l'aveu. Le dol est « *le fait pour un cocontractant d'obtenir le consentement de l'autre par des manœuvres ou des mensonges* »⁵⁵³. C'est-à-dire qu'un

⁵⁴⁸ GARCON E., « *Code pénal annoté* », art. 400, 1956, Sirey ; Voir aussi : REDON M., « *Extorsion* », Dalloz, novembre 2016.

⁵⁴⁹ CORNU G., « *Vocabulaire juridique* », op.cit., p. 244

⁵⁵⁰ Article 1130 du Code civil

⁵⁵¹ Article 1131 du Code civil

⁵⁵² Cass. Soc., 23 mai 2013 : D. 2013. 1355, obs. Ines ; RDT 2013. 480, obs. Auzero

⁵⁵³ Article 1137 du Code civil

stratagème va être utilisé par le contractant pour tromper l'autre partie de la même manière qu'un officier de police judiciaire utiliserait des procédés illégaux pour obtenir des aveux de la personne suspectée. Cette attitude serait contraire à la bonne foi car il y a une volonté de tromper le contractant. Il va utiliser des manœuvres dans le but d'amener le contractant à conclure le contrat. Il y a donc une réelle comparaison avec les procédés utilisés illégalement en procédure pénale pour obtenir l'aveu car si un officier de police judiciaire utilisait ce type de procédés ce serait pour obtenir un aveu. Il oserait donc utiliser des manœuvres frauduleuses pour l'obtenir sans passer par des procédés légaux et pousserait donc la personne suspectée, par le biais de ces procédés, à avouer des choses qu'il n'aurait pas avouées sans l'utilisation de ces procédés. Ces deux procédures sont donc effectivement similaires. Il s'agit donc ici d'un consentement « poussé » qui doit être sanctionné, c'est la raison pour laquelle certains procédés sont interdits. *« Un auteur⁵⁵⁴ a mis en exergue le fait que le polygraphe et le « sérum de vérité » relèvent du même principe que la torture : la contrainte - et le consentement de la personne soupçonnée, ainsi que cela a été souligné ne saurait autoriser et valider le recours à de tels procédés. Ces derniers combinent deux vices rédhibitoires : non seulement, d'une part, ils violent le principe de respect de la dignité de la personne humaine et le principe de loyauté dans la recherche des preuves. Mais d'autre part, ils n'offrent aucune garantie de fiabilité. Ainsi, l'aveu arraché par narcose (ou par hypnose) et l'aveu censé apparaître à la lecture des graphiques produits par le polygraphe sont en tous points comparables à celui obtenu sous la torture physique. Ces procédés ne respectent pas le principe, essentiel, de liberté de l'aveu. En effet, la personne subissant l'effet du penthotal n'a plus ni volonté ni contrôle de ses paroles, elle n'est plus qu'un objet d'expérimentation scientifique »⁵⁵⁵.*

A ce titre, plusieurs hypothèses sont envisageables qu'il est nécessaire de développer.

A. L'injection de penthotal

- 517- La première de ces hypothèses est l'utilisation du penthotal dans la procédure pénale. Le penthotal est un anesthésique général appelé sérum de vérité. *« La narco analyse par emploi du penthotal ou sérum de vérité, duquel on doit rapprocher le procédé de recours à*

⁵⁵⁴ MELLOR A., *« Les grands problèmes contemporains de l'instruction criminelle »*, 1952, Domat Montchrestien, p.191.

⁵⁵⁵ AMBROISE-CASTEROT C., *« Aveu »*, op.cit.

l'hypnose, vise à briser les résistances de l'individu à l'aide de la science, afin de l'obliger à avouer »⁵⁵⁶. Peu importe qu'il accepte ce procédé ou pas, il ne peut être jugé recevable en procédure pénale française. Cela constituerait une violation des libertés et droits fondamentaux de l'individu. La personne mise en cause et entendue sous la contrainte lors d'interrogatoires réglementés est parfaitement protégée par les principes généraux prévus par la législation française. En effet, l'article 16 du Code civil dispose que « *La loi assure la primauté de la personne, interdit toute atteinte à la dignité de celle-ci et garantit le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie* ». l'article suivant, l'article 16-1 du Code civil, rappelle quant à lui, aux alinéas 1 et 2 que : « *Chacun a droit au respect de son corps, Le corps humain est inviolable* » ; il faudra également citer l'article 16-3 du code civil qui évoque dans son alinéa 1 que : « *Il ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de nécessité médicale pour la personne ou à titre exceptionnel dans l'intérêt thérapeutique d'autrui* ». Le cas de la personne entendue dans le cadre de la garde à vue n'est pas ici compris comme un intérêt médical ou thérapeutique bien entendu.

518- En outre, il apparaît peu probable compte tenu des caractéristiques du produit injecté⁵⁵⁷ que cette injection garantisse la fiabilité des aveux qui en découlerait. Nul ne permet de dire à ce jour si les aveux arrachés à l'individu correspondent à des faits réels ou inventés de toute pièce. En revanche, l'utilisation de penthotal est autorisée dans le cadre du Narco diagnostic, c'est à dire dans le cadre d'une expertise scientifique, diligentée par un magistrat et destinée à

⁵⁵⁶ HEUYER G., « *Narco-analyse et narco-diagnostic* », RSC 1950. 7. – CADENE J., « *La preuve en matière pénale : essai d'une théorie générale* », thèse, Montpellier, 1963, p. 198 s. – MELLOR K., « *vers un renouveau du problème de l'hypnose en droit criminel ?* », RSC 1958. 371. - SUSINI, « *L'hypnose d'investigation : des faits troublants ou prodromiques ?* », RSC 1986. 915. – VOUIN R., « *L'emploi de la narco-analyse en médecine légale* », D. 1949. 101 ;.

⁵⁵⁷ Le penthotal est en chimie, une substance hypnotique utilisée en anesthésie et en narco-analyse couramment appelé sérum de vérité. Il s'agit d'un barbituriques appartenant à une famille médicamenteuse agissant comme dépresseurs du système nerveux central, et dont le spectre d'activité s'étend de l'effet sédatif à l'anesthésie. Ces substances interfèrent avec la capacité de jugement et les fonctions cognitives supérieures. L'information obtenue au moyen des sérums de vérité est peu fiable, les sujets interrogés mélangent faits réels et imaginaires. La sensibilité individuelle est extrêmement variable, ce qui, combinée à la difficulté de concentration et d'élaboration d'un discours construit qu'induisent ces substances, rend à la fois le dosage délicat et hasardeuse l'interprétation des informations obtenues. Source : <https://www.universalis.fr/dictionnaire/penthotal/>

l'établissement de diagnostic médical, il s'agira ici de l'intérêt thérapeutique ou médical énoncé dans l'article 16-3 du Code civil⁵⁵⁸.

519- Ainsi, au regard de l'absence de fiabilité qui pourrait découler des propos tenus par la personne faisant l'objet d'une injonction de penthotal, admettre ce type de procédé serait une atteinte au droit de ne pas s'auto-incriminer. La personne serait contrainte de tenir des propos sans pouvoir les maîtriser, et ainsi, son aveu lui-même ne pourrait pas être contrôlé. D'où la nécessité ici de parler d'extorsion d'aveu. Interdire ce type de procédés tend donc à la valorisation des droits de la défense, et particulièrement au droit de ne pas s'auto-incriminer.

B. L'hypnose

520- De la même manière, l'hypnose est à citer comme hypothèse. Il n'est pas question ici de l'utilisation de l'hypnose par un expert, désigné par un juge d'instruction qui, dans ce cas-là, si le procédé reste douteux, n'en demeure pas moins légal mais il est question ici de traiter de l'utilisation de l'hypnose par un officier de police judiciaire qui tenterait d'obtenir des aveux lors d'un interrogatoire, dans ce cas présent, l'utilisation de ce procédé serait illégale⁵⁵⁹. Jugé comme un procédé interdit en procédure pénale française, l'hypnose se définit comme un état psychique proche du sommeil, provoqué par suggestion⁵⁶⁰. Il ne s'agit pas d'un moyen légal d'investigation car cela ne permet pas d'atteindre la vérité de manière certaine. Les personnes placées sous hypnose peuvent, sous l'effet de la modification de leur état de conscience, inventer des faits⁵⁶¹ « Tout d'abord, le témoin peut perdre son habilité à évaluer ses souvenirs de façon critique. En effet, après avoir été hypnotisé, le sujet a plus de mal à distinguer ses « vrais » souvenirs de ceux refoulés qui sont apparus sous hypnose. Il est par ailleurs important de préciser que le concept lui-même de « souvenir refoulé » fait encore aujourd'hui l'objet de divergences et est donc une notion très controversée »⁵⁶². Ce type de procédé ne pouvait donc être admis en procédure pénale car il s'agirait d'une réelle atteinte au droit de ne pas s'auto-incriminer. Il y a d'ailleurs eu une prise

⁵⁵⁸ Arrêt CENS. T. Corr Seine, 23 février 1949, D. 1949. 287 ; JCP 1949. II. 4786, note Badie et Koops

⁵⁵⁹ op. cit

⁵⁶⁰ REY Alain, Sous la direction de ROBERT Paul, Dictionnaire Le Petit Robert, 2010, p. 793

⁵⁶¹ Cass crim. 12 décembre 2000, n°00-83.852

⁵⁶² VUCHER-BONDET A., « *La recevabilité d'un témoignage sous hypnose en tant que moyen de preuve : approche comparée Etats-Unis / France* », MBDE, droit du procès et de la preuve judiciaire, 7 avril 2009 : <https://blogs.parisnanterre.fr/content/la-recevabilit%C3%A9-dun-t%C3%A9moignage-sous-hypnose-en-tant-que-moyen-de-preuve-approche-compar%C3%A9e-et>

de conscience assez générale sur ces procédés qui tendaient à dévaloriser les droits de la défense car les Etats-Unis, fervent défenseurs du droit de ne pas s'auto-incriminer, ont pris acte que les risques inhérents à la fiabilité des témoignages obtenus sous hypnose ont finir par conduire la justice américaine à rejeter ces témoignages⁵⁶³. Cela démontre bien que ce type de procédés était attentatoire au droit de ne pas s'auto-incriminer, les personnes mises en cause n'étant pas libres de leurs propos. Interdire ce type de procédé était parfaitement nécessaire pour le respect des droits de la défense.

C. Le polygraphe ou détecteur de mensonge

- 521- L'exemple le plus connu reste toutefois l'utilisation du polygraphe. « *C'est une machine destinée à recueillir les réactions physiques de l'individu pendant un interrogatoire où sont mêlées des questions anodines et des questions liées aux circonstances de l'infraction* »⁵⁶⁴. Cette machine est censée indiquer si la personne ment ou dit la vérité.
- 522- « *La personne se prêtant au jeu du polygraphe n'est pas libre de contrôler les réactions des organes servant de paramètres à la machine et que l'expert devra interpréter. Il est par conséquent, impossible d'accepter de tels procéder de preuve* »⁵⁶⁵.
- 523- La notoriété du recours au polygraphe tient à ce que ce procédé est autorisé aux Etats-Unis mais interdit en France et dans les pays d'Europe car il révèle d'avantage « *l'émotivité d'un sujet que sa culpabilité éventuelle* »⁵⁶⁶. Tout procédé en ce sens visant à obtenir un aveu de la personne suspectée serait considéré comme illégal et rendrait la procédure en cours entachée de nullité.
- 524- Après ce bref rappel des procédés les plus connus, il convient de s'étendre sur l'ensemble des raisons qui font de ces procédés des méthodes interdites.

⁵⁶³ State v. Moore., Cour Suprême du New Jersey, 2006 (188 N.J. 182, 902 A.2d 1212 (N.J. Aug 10, 2006)

⁵⁶⁴ MANDET F., « *Le polygraphe et son utilisation en justice* », RICPT 1959, p. 298 ; J. SUSINI, « *Un nouveau chapitre de police scientifique : la détection objective du mensonge* », RI crim. et pol. tech. 1960, p. 326. Pour une étude plus récente, voir le mémoire de Gersende LEMAITRE intitulé La maîtrise de la police scientifique et technique par la gendarmerie nationale, DEA Droit et justice (2001-2002), p. 326. Pour une étude plus récente, voir le mémoire de M Faculté des sciences juridiques, politiques et sociales de Lille II.

⁵⁶⁵ AMBROISE-CASTEROT C., « *Aveu* », op. cit.

⁵⁶⁶ PANDELON G., « *La question de l'aveu en matière pénale* », Aix-Marseille Université, Thèse pour le doctorat en droit privé et sciences criminelles, 24 novembre 2012, p.191

- 525- Tout d'abord cela va à l'encontre du principe d'inviolabilité du corps humain selon lequel le corps humain doit être protégé contre autrui. « *Noli me tangere* »⁵⁶⁷, ne me touche pas. Ce principe a été expressément consacré en tant que tel par la loi du 29 juillet 1994⁵⁶⁸ dans l'article 16-1 alinéa 2, du Code civil cité supra et dans l'article 16-4 du Code civil qui rappelle l'étendu de la protection en disposant que « *Nul ne peut porter atteinte à l'intégrité de l'espèce humaine* ». L'objectif est de protéger l'espèce humaine contre toute coercition abusive de la part des autorités. Il est important que ces procédés soient prohibés tenant le nombre d'atteintes à l'inviolabilité du corps humain qui se multiplie au nom de l'intérêt médical⁵⁶⁹ et ce, dans le cadre du respect des droits de la défense.
- 526- En effet, la mise en œuvre de ces procédés serait attentatoire au respect du droit de ne pas s'auto-incriminer si les officiers de police judiciaire mettaient en place un mécanisme déloyal pour obtenir des aveux qu'ils n'auraient pas réussi à obtenir de manière légale.
- 527- Si c'était le cas, il serait nécessaire de parler d'auto-incrimination involontaire dès lors que le sujet qui se retrouve dans un état d'inconscience à la suite d'une injection de penthotal ou lors d'une séance d'hypnose serait amené à faire des révélations involontairement susceptibles de l'incriminer. Il n'est pas pleinement conscient de ses révélations. Le fait que ces procédés soient jugés illicites en procédure pénale française démontre donc une volonté de protéger d'une part, le respect de la dignité humaine et d'autre part, le droit de ne pas s'auto-incriminer.

⁵⁶⁷ Evangile de Jesus-Christ selon Saint Jean, XX, 17.

⁵⁶⁸ LOI n° 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain, JORF n°175 du 30 juillet 1994 page 11056.

⁵⁶⁹ CABRILLAC R « *Le corps humain* », in CABRILLAC R., « *Libertés et droits fondamentaux* », 24e éd., Paris, Dalloz, 2018 p. 180.

CONCLUSION DU CHAPITRE 1.

- 528- Il a pu être constaté dans ce chapitre que le droit de ne pas s'auto-incriminer était un droit par principe volontaire. Une personne fait volontairement le choix de contribuer à sa propre culpabilité en apportant les éléments qualificatifs de l'infraction qui lui est reprochée. Elle peut le faire de manière écrite et/ou de manière orale. Elle dispose dès lors de cette capacité d'avouer. A l'inverse, il est protégé contre cette auto-incrimination, il peut ne pas s'auto-incriminer en gardant le silence lors d'interrogatoire ou en ne fournissant pas de documents susceptibles d'être auto-incriminants. A côté de ce droit d'avouer et de du droit de se taire, la question s'est posée de savoir si la personne mise en cause ou suspectée avait le droit de mentir. Si le terme apparaît immédiatement négatif, il a tout de même cette possibilité sans que cela puisse lui être reproché, contrairement à divers acteurs de la procédure pénale comme l'avocat. Néanmoins, pour protéger le mis en cause de son droit de ne pas s'auto-incriminer, le Conseil va parfois user de stratagèmes pour assurer une pleine défense.
- 529- Si l'auto-incrimination est donc bien volontaire, il peut arriver qu'elle soit soumise. En effet, ce chapitre a permis de démontrer que le refus de se soumettre à des opérations nécessaires aux comparaisons et identifications pouvait entraîner une sanction. Ce type de mesure, totalement contraire au droit de ne pas s'auto-incriminer, contribue à l'affaiblissement des droits de la défense dès lors qu'une personne qui refuse de s'auto-incriminer en refusant un prélèvement interne ou externe encourt une amende. Son consentement ne peut être considéré comme libre et éclairé. Il est nécessaire de pallier cette problématique pour que le respect du droit de ne pas s'auto-incriminer soit garanti. Malheureusement, cela ne semble pas être dans les tiroirs du législateur.
- 530- Chaque principe connaît une exception. Ainsi, si le développement ci-dessus a permis de démontrer qu'il existait une auto-incrimination acceptée et une auto-incrimination soumise, soit une auto-incrimination volontaire, il peut arriver que l'auto-incrimination soit involontaire.

531- En effet, la mise en place de procédés techniques tels que des interceptions de correspondances et sonorisations et fixations d'image, considérés par la jurisprudence comme légale, constitue tout de même une atteinte à l'auto-incrimination dès lors qu'ils sont mis en place sans que la personne qui en fait l'objet soit au courant. La priorité d'obtenir une vérité factuelle passe au-dessus du respect des droits de la défense, ce qui ne peut contribuer qu'à leur affaiblissement. Là encore, depuis la loi du 9 mars 2004, plus aucune évolution ne semble se profiler. Seul le fait de restreindre au maximum la mise en place de ces procédés pourrait permettre une meilleure assurance du droit de ne pas s'auto-incriminer car pour l'instant, leur aspect « légal » bien que contestable, permet une application large du procédé.

532- Ne peuvent en effet faire l'objet d'une nullité que les procédés scientifiques jugés illégaux tels que le penthotal, l'hypnose ou le polygraphe. Ces mécanismes, totalement illégaux en France sont attentatoires au droit de ne pas s'auto-incriminer. S'ils étaient appliqués, cela ne pourrait constituer qu'une auto-incrimination involontaire. Or, à ce jour, la seule auto-incrimination involontaire recevable en procédure pénale ne peut se faire qu'à travers la mise en place des procédés techniques vus précédemment.

Chapitre 2. L'impact de l'auto-incrimination suscitée

533- L'auto-incrimination, considérée comme une notion ambivalente, provoque un impact fort et ce, à tous points de vue. Tout d'abord, cela peut avoir des conséquences au niveau des droits fondamentaux. Il sera ainsi démontré que des principes tels que le principe d'impartialité contribue au respect du droit de ne pas s'auto-incriminer. *A contrario*, il sera observé que le principe d'intime conviction peut érafler les droits de la défense en ce qu'il ne peut être contré par aucun élément objectif. C'est pourquoi des mécanismes tels que le principe de motivation vient parfois combler ces lacunes en vue de la protection du droit de ne pas s'auto-incriminer (Section 1.). Ainsi, l'auto-incrimination aura nécessairement un impact sur l'homme. En effet, dès qu'il en fait l'usage, il se place dans une position de reconnaissance de culpabilité. Le fait de s'auto-incriminer va donc avoir des conséquences sur son avenir dès lors qu'il contribue à la qualification d'une infraction qui lui est reprochée. Il va désormais devoir faire face à la responsabilité de ces faits. (Section 2.)

Section 1. L'impact de l'auto-incrimination sur les droits fondamentaux

534- Face à la situation de la personne qui s'auto-incrimine, l'ambiguïté du juge plane. Ainsi, l'auto-incrimination est un droit qui apparaît tantôt protégé par le principe d'impartialité (Paragraphe 1.), tantôt éraflé par le principe de l'intime conviction, dès lors que le juge ne respecte pas les limites imparties (Paragraphe 2.)

Paragraphe 1. Une auto incrimination protégée par le principe d'impartialité

535- Le premier problème auquel doit être soumise l'auto-incrimination est le principe d'impartialité. Ce principe permet d'assurer une protection vis-à-vis du droit de ne pas s'auto-incriminer en ce qu'il impose au juge de prendre des décisions en toute objectivité. Le principe même sera évoqué (1.) pour en comprendre ensuite les limites, qui peuvent être attentatoires au droit de ne pas s'auto-incriminer (2.)

A. Les contours du principe d'impartialité

- 536- Il est nécessaire que le principe d'impartialité soit respecté pour que le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination soit garanti. « *Un juge n'a de légitimité et ne peut inspirer confiance s'il n'est pas, et ne paraît pas être, engagé en faveur de l'une des parties ou du représentant de l'accusation ou, plus généralement, s'il n'est pas, et ne paraît pas être, habitué de préjugés* »⁵⁷⁰. L'impartialité est liée à l'organisation et au fonctionnement interne des juridictions. Il permet « *d'assurer une protection efficace de l'intérêt du justiciable tout en ménageant les impératifs de l'intérêt général et de l'administration de la justice* »⁵⁷¹.
- 537- Ce principe trouve sa source dans l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme qui rappelle dans son §1 que « *Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi (...)* ».
- 538- Il est également repris au sein des articles 14.1 du Pacte International relatif aux droits civils et politiques, 47.2 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ou encore l'article 6 de la Déclaration de 1789⁵⁷². Ce principe a été consacré au travers de certains articles du Code de procédure pénale. En l'occurrence, les articles 49 alinéa 2 et l'article 137-1 alinéa 3 interdisent, tant au juge d'instruction qu'au juge de la liberté et de la détention, de participer au jugement des affaires qu'ils ont connu.
- 539- Pour se prononcer sur le principe d'impartialité, la Cour européenne des droits de l'homme établit une distinction entre une démarche subjective, c'est-à-dire chercher à déterminer la conviction ou l'intérêt personnel de tel ou tel juge dans une affaire donnée et une démarche objective, soit déterminer si le juge offre des garanties suffisantes pour exclure à cet égard tout doute légitime⁵⁷³.
- 540- En ce sens, faute de pouvoir lire dans les pensées des juges, il faudra, pour capter toute impartialité, distinguer d'une part, les attitudes du magistrat, ses déclarations, son comportement et déterminer s'il a des liens éventuels avec le mis en cause ou la victime et d'autre part, vérifier si le magistrat a déjà eu l'occasion de participer de près ou de loin à

⁵⁷⁰ DESPORTES F, LAZERGES-COUSQUER L, « *Traité de procédure pénale* », op.cit., p. 203

⁵⁷¹ RENUCCI J-F., « *Droit européen et droits de l'homme* », LGDJ, 7e éd., 2017, n°146, p.488

⁵⁷² Cons. Const. n°2003-466, 20 févr. 2003, Juge de proximité

⁵⁷³ Kyprianou c. Chypre [GC], § 118 ; Piersack c. Belgique, § 30 ; Grieves c. Royaume-Uni [GC], § 69

l'incrimination de la personne accusée. La Cour européenne des droits de l'homme vient rappeler que l'apparence ne suffit pas à constituer la partialité : « *Il faut que le juge, dans son fort intérieur, ait favorisé ou défavorisé tel plaideur, preuve difficile à rapporter, qui conduit la Cour à un examen détaillé des circonstances de la cause, d'autant plus que l'impartialité subjective se présume jusqu'à preuve du contraire. La Cour européenne rappelle désormais que, lorsqu'il s'agit de se prononcer sur l'impartialité d'un tribunal, il faut d'une part, tenir compte de la conviction et du comportement personnel du juge (démarche subjective) et, d'autre part, recherche si ce juge offrait des garanties suffisantes pour exclure tout doute légitime à cet égard (démarche objective) »⁵⁷⁴.*

541- Ainsi, afin de comprendre quel est l'impact de ce principe au niveau du droit de ne pas s'auto-incriminer, il sera nécessaire d'évoquer les différents types d'impartialité, à savoir l'impartialité personnelle (a.) et l'impartialité fonctionnelle (b.)

1. L'impartialité personnelle

542- Ce critère s'analyse au travers des neuf cas de récusations prévus par l'article 668 du Code de procédure pénale. « *Tout juge ou conseiller peut être récusé pour les causes ci-après :*

1° Si le juge ou son conjoint ou son partenaire lié par un pacte civil de solidarité ou son concubin sont parents ou alliés de l'une des parties ou de son conjoint, de son partenaire lié par un pacte civil de solidarité ou de son concubin jusqu'au degré de cousin issu de germain inclusivement.

La récusation peut être exercée contre le juge, même au cas de divorce ou de décès de son conjoint, de son partenaire lié par un pacte civil de solidarité ou de son concubin, s'il a été allié d'une des parties jusqu'au deuxième degré inclusivement ;

2° Si le juge ou son conjoint ou son partenaire lié par un pacte civil de solidarité ou son concubin, si les personnes dont il est tuteur, subrogé tuteur, curateur ou conseil judiciaire, si les sociétés ou associations à l'administration ou à la surveillance desquelles il participe ont intérêt dans la contestation ;

3° Si le juge ou son conjoint ou son partenaire lié par un pacte civil de solidarité ou son concubin, est parent ou allié, jusqu'au degré indiqué ci-dessus, du tuteur, subrogé tuteur,

⁵⁷⁴ GUINCHARD S. et BUISSON J., « *Manuel, Procédure pénale* », op.cit., p.372

curateur ou conseil judiciaire d'une des parties ou d'un administrateur, directeur ou gérant d'une société, partie en cause ;

4° Si le juge ou son conjoint ou son partenaire lié par un pacte civil de solidarité ou son concubin, se trouve dans une situation de dépendance vis-à-vis d'une des parties ;

5° Si le juge a connu du procès comme magistrat, arbitre ou conseil, ou s'il a déposé comme témoin sur les faits du procès ;

6° S'il y a eu procès entre le juge, son conjoint, son partenaire lié par un pacte civil de solidarité ou son concubin leurs parents ou alliés en ligne directe, et l'une des parties, son conjoint, ou ses parents ou alliés dans la même ligne ;

7° Si le juge ou son conjoint ou son partenaire lié par un pacte civil de solidarité ou son concubin, ont un procès devant un tribunal où l'une des parties est juge ;

8° Si le juge ou son conjoint ou son partenaire lié par un pacte civil de solidarité ou son concubin, leurs parents ou alliés en ligne directe ont un différend sur pareille question que celle débattue entre les parties ;

9° S'il y a eu entre le juge ou son conjoint ou son partenaire lié par un pacte civil de solidarité ou son concubin et une des parties toutes manifestations assez graves pour faire suspecter son impartialité ».

543- La procédure de récusation est la procédure par laquelle une partie au procès va demander au Tribunal l'exclusion d'un juge membre de ce tribunal en cas de partialité, qu'elle soit fonctionnelle ou personnelle. De toute évidence, ces neuf cas ne sont pas les seuls pouvant entraîner la récusation d'un magistrat. Il serait impossible de dresser l'ensemble des cas pouvant conduire à une telle atteinte. Il faut les examiner au cas par cas avec l'appui de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et sa jurisprudence.

544- Le critère subjectif se traduit au travers d'une impartialité personnelle. Elle s'analyse au regard de l'ensemble des cas cités par l'article 668 du Code de procédure pénale. L'article prévoit, dans la plupart des cas, la situation où le magistrat lui-même, son conjoint ou son partenaire lié par un pacte civil de solidarité ou son concubin serait amené à avoir un lien avec une des parties. L'article est ici bien trop précis en ne ciblant que la personne avec qui il vit. Qu'en est-il si le mis en cause a un lien avec son fils, ou sa mère ? N'y a-t-il pas d'atteinte à l'auto-incrimination ? En réalité si. Si tous les cas ne peuvent être énumérés, l'article semble

réunir l'ensemble des personnes qui pourrait avoir un lien étroit jusqu'au troisième degré⁵⁷⁵ entre le magistrat et une des parties.

545- L'impartialité personnelle ayant été évoquée, il est opportun de constater désormais les contours de l'impartialité fonctionnelle.

2. L'impartialité fonctionnelle

546- Ce critère, à l'inverse, se traduit au travers d'une impartialité fonctionnelle. Il s'agit ici d'éviter qu'un magistrat, qui aurait déjà connu de la procédure ou qui aurait connu une procédure en lien avec celle-ci, ne puisse siéger. Si en principe, l'exercice successif des fonctions de poursuite et de jugement ou d'instruction est prohibé⁵⁷⁶ tant au regard de l'application de la Cour de cassation que la Cour de Strasbourg, la question se pose davantage pour l'exercice successif des fonctions d'instruction ou de détention et de jugement dans la même procédure.

547- La jurisprudence abondante en la matière a vu le jour avec l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme « Piersack c/ Belgique »⁵⁷⁷ qui pose la problématique de l'impartialité en matière pénale. « *Si l'impartialité se définit d'ordinaire par l'absence de préjugé... elle peut s'apprécier de diverses manières. On peut distinguer... entre une démarche subjective, essayant de déterminer ce que tel juge pensait dans son for intérieur en telle circonstance et une démarche objective amenant à rechercher s'il offrait des garanties suffisantes pour exclure à cet égard tout doute légitime* »⁵⁷⁸.

548- Dans un premier temps, la Cour de Strasbourg fut catégorique dès lors qu'elle sanctionnait toute situation où un magistrat qui avait eu à connaître d'une affaire participait à son jugement « *Chef hiérarchique des substituts responsables du dossier, il avait eu compétence pour contrôler leurs réquisitions écrites éventuelles, discuter avec eux de l'orientation à imprimer à l'affaire et leur donner des consultations* ».

⁵⁷⁵ Article R 721-1 alinéa 3 du Code de l'organisation judiciaire.

⁵⁷⁶ Cass. crim. 22 mars 1860, B. n°82 - 5 déc. 1903, B. n°411 - 22 févr. 1917, B. n°50 : magistrat ayant, dans la même affaire, requis l'ouverture d'une information puis siégé au sein de la juridiction de jugement - Cass. crim. 10 févr. 1922 B. n°66 (préc.) : magistrat composant la Cour d'Appel statuant sur opposition contre un arrêt rendu sur ses réquisitions

⁵⁷⁷ CEDH, Piersack c/ BELGIQUE, 1er octobre 1982, série A, n°53

⁵⁷⁸ GUINCHARD S. et BUISSON J., « *Manuel, Procédure pénale* », op.cit., p. 208

- 549- Peu importe que le magistrat est personnellement accompli l'acte ou non. En l'état, cette jurisprudence ne pouvait qu'être appréciée vis à vis de la personne qui aurait eu l'occasion de s'auto-incriminer avant son jugement, puisqu'elle aurait eu en face d'elle, le jour de l'audience, des personnes totalement neutres, qui n'auraient participé, ni de près, ni de loin à la connaissance de son cas, qu'il s'agisse du fond ou de la forme.
- 550- Pourtant, au fil des jurisprudences, la Cour de Strasbourg a fini par adopter une position beaucoup plus souple mettant à mal le droit de ne pas s'auto incriminer.
- 551- C'est l'arrêt Hauschildt⁵⁷⁹ qui marque cette rupture. La question se posait de savoir si le principe d'impartialité était respecté face à un membre de juridiction de jugement qui avait eu l'occasion de se prononcer sur la détention provisoire du mis en cause. La Cour européenne des droits de l'homme a répondu par la positive et s'est mise à considérer que dès lors que la connaissance antérieure du dossier n'avait pu faire naître de doutes ou d'appréhensions objectivement justifiées, il n'y avait pas lieu de remettre en cause l'impartialité du magistrat.
- 552- Cette jurisprudence a été confirmée par la suite par de nombreuses autres⁵⁸⁰. Toutes s'accordent sur le fait que le magistrat qui n'a pas eu à porter de pré-jugement peut dès lors siéger lors de l'audience de jugement.
- 553- Cette jurisprudence pourrait se comprendre dès lors que le magistrat de la liberté et de la détention ne se prononce que sur la détention et sur les circonstances prévues par l'article 144 du Code de procédure pénale, ils ne se prononcent pas sur le fond du dossier. Pourtant, doit-on considérer que le magistrat qui, au regard de la gravité de l'infraction reprochée, décide du maintien en détention du mis en examen, ne porte pas un pré-jugement sur celui-ci ? Pire, s'il a avoué les faits devant la Chambre de l'Instruction et décide de se rétracter lors de son jugement, le magistrat n'aura-t-il pas de préjugés sur sa culpabilité ? Il semble en réalité que ces jurisprudences, en assouplissant leurs décisions, tendent vers une atteinte à la garantie des droits.
- 554- La décision adoptée vis à vis du juge d'instruction semble encore plus difficile à comprendre puisque la Cour de Strasbourg se prononce en faveur d'une indifférence d'exercice successif

⁵⁷⁹ CEDH Hauschildt c/ Danemark , 24 mai 1989 , requête n°10486/83

⁵⁸⁰ CEDH, 16 déc. 1992, Sainte-Marie c/ France ; D 1993, somm. 204 - CEDH, 24 févr. 1993, Fey c/ Autriche - CEDH 26 févr. 1993, Padovani c/ Italie.

des fonctions d’instruction et de jugement dans la même procédure. « *Le simple fait pour un juge, d’avoir déjà pris des décisions avant le procès ne peut passer pour justifier en soi des appréhensions relativement à son impartialité. (...) Ce qui compte est l’étendue et la nature des mesures adoptées par le juge avant le procès* »⁵⁸¹.

555- La jurisprudence tente par tous les moyens de laisser, tant au juge d’instruction qu’au juge des libertés, la possibilité de pouvoir juger dans la même procédure. D’un côté, elle distingue le rôle du juge d’instruction selon qu’il diligente des mesures d’investigations classiques, telles que des auditions de témoins, des demandes de renseignements⁵⁸² ou des mesures laissant supposer une appréciation de sa part, telles que le rejet d’un appel contre une ordonnance d’inculpation, la prorogation de la détention provisoire en se fondant sur l’existence de charges de culpabilité « solides et raisonnables »⁵⁸³. Pourtant, il n’apparaît pas de différence majeure dès lors que, quelle que soit les mesures d’investigations prises, classiques ou laissant place à une appréciation de sa part, lui seul décidera de renvoyer le mis en examen devant le Tribunal Correctionnel ou devant la Cour d’assises, ou de le laisser sous le statut de témoin assisté. D’un autre côté, la Cour européenne des droits de l’homme, comme la jurisprudence interne, apprécie si les actes effectués par les magistrats ayant déjà connu la procédure laissent place à une appréciation de la valeur des charges. Cette appréciation serait par exemple analysée au travers des arrêts rendus par les magistrats suspectés. Dans le cas où un arrêt de la Chambre de l’Instruction rendu par le magistrat suspecté comporte des formules excédant « *une appréciation sommaire des faits reprochés pour justifier la pertinence du maintien en détention provisoire* »⁵⁸⁴ l’impartialité serait remise en cause. Il ne devrait pourtant n’y avoir ni distinctions, ni discussions. A ce stade, il est impossible, sauf à lire dans les pensées des juges, de savoir s’ils ont ou non des préjugés sur la personne qu’ils vont juger alors qu’ils ont déjà eu à connaître de leur affaire. Partant, pourquoi laisser place au doute, il suffirait d’interdire de manière claire et définitive toute possibilité pour un magistrat ayant eu à connaître d’une affaire, de près ou de loin, de participer au jugement. Cela garantirait de manière effective les droits de la défense et particulièrement le droit de ne pas s’auto-incriminer. En l’état, cela laisse à penser que les déclarations ou les actes faits par le suspect serait définitifs, sans aucun retour en arrière.

⁵⁸¹ CEDH, 22 avr. 1994, Saraiva de Carvalho c/ Portugal ; RSC 1994, p 794, obs. Pettiti et p. 390, obs. Massias

⁵⁸² CEDH, 24 févr. 1993, Fey c/ Autriche, RSC 1994, p. 369

⁵⁸³ CEDH, 25 juillet 2002, Perote Pellon c/ Espagne, n° requête : 45238/99

⁵⁸⁴ CEDH, 22 avril 2010, Chesne c/ France, n° requête 29808/06, § 36 à 38.

556- Par exemple, une personne placée en garde à vue reconnaît les faits qui lui sont reprochés. Elle est par la suite déférée devant un juge d'instruction et placée en détention provisoire. Elle fait appel de l'ordonnance de placement en détention provisoire qui est rejetée par les magistrats de la Chambre de l'Instruction. Par la suite, ses auditions de garde à vue sont annulées par la même chambre. Lors de son jugement, les premiers magistrats qui se sont prononcés uniquement sur la détention avaient eu connaissance de ses auditions qui, à l'époque, n'étaient pas encore annulés. Il s'avère que l'un des magistrats siège lors de son jugement. Quid de l'impartialité ? S'il est fait application de la jurisprudence actuelle, partant du fait que le magistrat ne se prononce que sur la détention, il pourrait siéger lors de son audience. Pourtant, cela est une atteinte réelle au droit de ne pas s'auto-incriminer puisqu'il est évident que le magistrat qui aura eu connaissance des procès-verbaux d'auditions auto-incriminants aura des préjugés sur le prévenu.

557- Il est très difficile d'accepter l'application de la jurisprudence et de la loi pour pallier ces lacunes dans la mesure où d'un côté la jurisprudence rappelle que l'impartialité ne peut être mise à mal que dans le cas où la décision prise par le magistrat a impliqué une appréciation de culpabilité de sa part alors que le Code de procédure pénale tend vers une application stricte⁵⁸⁵. Même l'article 253 du Code de procédure pénale, censé être protecteur des droits de la défense, vient créer une distinction entre la matière criminelle et la matière correctionnelle en évoquant que « *ne peuvent faire partie de la Cour en qualité de président ou d'assesseur les magistrats qui, dans l'affaire soumise à la Cour d'Assises, ont, soit fait un acte de poursuite ou d'instruction, soit participé à l'arrêt de mise en accusation ou à une décision sur le fond relative à la culpabilité de l'accusé* ».

558- Cela semble vouloir dire que l'accusé serait protégé de son droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination contrairement au prévenu.

559- Entre la jurisprudence et la loi se mêle une interprétation, au cas par cas, bien trop dangereuse pour la garantie des droits de la défense. En mettant à mal le principe d'impartialité, le principe de la présomption d'innocence l'est aussi négligeant le droit de ne pas s'auto-incriminer.

⁵⁸⁵ Voir article 49 et 137-1 du Code de procédure pénale.

B. Les conséquences de la partialité sur l'auto-incrimination

560- Les préjugés des magistrats, comme des jurés, sont l'ennemi du droit de ne pas s'auto-incriminer, c'est pourquoi en cas de partialité, cela pourrait avoir de lourdes conséquences sur la personne mise en cause.

1. Une impartialité indécélable

561- Les juges ne peuvent avoir d'apriori quant à la culpabilité d'une personne de la phase d'enquête jusqu'à la phase du jugement pénal⁵⁸⁶.

562- L'article 328 al. 2 du Code de procédure pénale rappelle que « *le Président de la Cour d'Assises a le devoir de ne pas manifester son opinion sur la culpabilité* » et ce, en vertu de la présomption d'innocence. Celle-ci est violée chaque fois que « *sans établissement légal de la culpabilité d'un prévenu (...) une décision judiciaire le concernant reflète le sentiment qu'il est coupable. Il peut en aller ainsi même en l'absence de constat formel ; Il suffit d'une motivation donnant à penser que le juge considère l'intéressé comme coupable* »⁵⁸⁷. Le lien entre la présomption d'innocence et les droits de la défense est établi par la Cour de Strasbourg, pour laquelle il y a violation de la présomption d'innocence « *si sans établissement légal de la culpabilité d'un prévenu et notamment sans que ce dernier ait eu l'occasion d'exercer les droits de la défense, une décision judiciaire, le concernant reflète le sentiment qu'il est coupable* »⁵⁸⁸.

563- Par principe, le fait de garder le silence lors d'une audition ou de refuser de remettre sous la contrainte des documents susceptibles de s'auto-incriminer ne devrait pas avoir de conséquences négatives sur la personne mise en cause tout au long de la procédure ou lors de son jugement. « *Le droit de se taire serait vidé de son sens si le silence gardé devait être systématiquement considéré comme un aveu implicite de culpabilité ou interprété en danger de l'accusé* »⁵⁸⁹.

564- Cependant, comment est-il possible d'anticiper les aprioris d'un juge face à une personne qui souhaite garder le silence lors de son jugement ? Si son avis face au silence de l'accusé ne

⁵⁸⁶ CEDH, 6 décembre 1988, Barbera, Mességué et Jabardo c/ Espagne, § 77.

⁵⁸⁷ CEDH, 25 mars 1993, Minelli c/ SUISSE, § 37, Berger n°85 - 25 août 1993 Sekanina c/ Autriche, Berger n°89)

⁵⁸⁸ CEDH, Minelli, § 77, préc. n°234.

⁵⁸⁹ DESPORTES F, LAZERGES-COUSQUER L, « *Traité de procédure pénale* », op.cit., p. 417

pourra être décelé, il serait bien naïf de penser que la personne qui userait de son droit de garder le silence lors de ses auditions ou lors d'une garde à vue ne subirait aucun préjudice. Même si la loi et la jurisprudence sont intervenues à maintes reprises pour recadrer les éventuels débordements, du juge ou des jurés, susceptibles de bafouer le droit de l'accusé de garder le silence, rien ne les empêchera de penser que s'il garde le silence c'est qu'il a sûrement quelque chose à cacher. En ce qui concerne les magistrats, la Cour a jugé qu'il était « *manifestement incompatible* » avec les droits susmentionnés « *de fonder une condamnation exclusivement ou essentiellement sur le silence du prévenu ou sur son refus de répondre à des questions ou de déposer* »⁵⁹⁰.

565- Concernant les jurés, l'arrêt *Condron c/ ROYAUME-UNI*⁵⁹¹ est venu protéger les conséquences tirées du silence de l'accusé en précisant que « *Les requérants prétendent que la décision du juge du fond de laisser au jury la faculté de tirer des déductions en leur défaveur de leur silence pendant l'interrogatoire de police les a privés d'un procès équitable, au mépris de l'article 6§1 de la Convention* ».

566- Malheureusement, les aprioris des magistrats, comme des jurés ne seront, sauf événements exceptionnels, décelés que par eux-mêmes. Ainsi, si un juge se rend compte d'un problème de partialité susceptible de lui être imputé, deux possibilités s'offrent à lui. Il peut se faire remplacer sur l'audience (souvent le cas devant la Chambre de l'Instruction) ou il peut renvoyer l'affaire dans une audience où il ne siègera pas.

567- Si celui-ci persistait malgré son absence d'impartialité, des mesures préventives ont été mises en œuvre afin de garantir le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination.

2. Les garanties procédurales protectrices de l'auto-incrimination

568- De nombreuses garanties procédurales sont protectrices de l'auto-incrimination, à titre d'exemple, il est nécessaire de citer la procédure en suspicion légitime. Prévue par l'article 662 du Code de procédure pénale, il ne s'agit pas d'éliminer tel ou tel juge composant la juridiction mais d'échapper à une juridiction toute entière. C'est le tribunal tout entier qui est

⁵⁹⁰ CEDH, gr. ch., 29 juin 2007, *O'Halloran et Francis c/ ROYAUME-UNI*, préc., § 46. - V. aussi CEDH 18 févr. 2010, *Aleksandr Zaichenko c/ RUSSIE*, req. no 39660/02, § 52 s.

⁵⁹¹ CEDH, 2 mai 2000, *Condron C/ Royaume-uni*, requête n°35718/97

affecté par la suspicion légitime que peut prouver une partie au procès. Cela consiste au renvoi du dossier devant une autre juridiction. L'article 662 du Code de procédure pénale En matière criminelle, correctionnelle ou de police, la chambre criminelle de la Cour de cassation peut dessaisir toute juridiction d'instruction ou de jugement et renvoyer la connaissance de l'affaire à une autre juridiction du même ordre pour cause de suspicion légitime. La requête aux fins de renvoi peut être présentée soit par le procureur général près la Cour de cassation, soit par le ministère public établi près la juridiction saisie, soit par les parties. La requête doit être signifiée à toutes les parties intéressées qui ont un délai de dix jours pour déposer un mémoire au greffe de la Cour de cassation. La présentation de la requête n'a point d'effet suspensif à moins qu'il n'en soit autrement ordonné par la Cour de cassation.

569- Après avoir constaté que la requête en suspicion légitime était un élément de la procédure pénale protecteur du droit de ne pas s'auto-incriminer, il faut désormais citer la procédure de récusation. Encadrée par les articles 669 à 674-2 du Code de procédure pénale, la procédure de récusation peut être mise en œuvre par une partie qui adresse au premier président de la Cour d'appel une requête motivée désignant le ou les juges concernés et les causes de la récusation invoquées. *« La personne mise en examen, le prévenu, l'accusé et toute partie à l'instance qui veut récuser un juge d'instruction, un juge de police, un, plusieurs ou l'ensemble des juges du tribunal correctionnel, des conseillers de la cour d'appel ou de la cour d'assises doit, à peine de nullité, présenter requête au premier président de la cour d'appel.*

Les magistrats du ministère public ne peuvent être récusés.

La requête doit désigner nommément le ou les magistrats récusés et contenir l'exposé des moyens invoqués avec toutes les justifications utiles à l'appui de la demande.

La partie qui aura procédé volontairement devant une cour, un tribunal ou un juge d'instruction ne sera reçue à demander la récusation qu'à raison des circonstances survenues depuis, lorsqu'elles seront de nature à constituer une cause de récusation »⁵⁹².

570- Ces garanties procédurales sont-elles suffisantes à la protection du droit de ne pas s'auto-incriminer ?

571- Si les juges prennent conscience de leur partialité et décide de se récuser, ces garanties sont suffisantes, en revanche, il apparait difficile de disposer de garanties pouvant déceler les

⁵⁹² Article 669 du Code de procédure pénale.

préjugés des magistrats. Un élément pourrait cependant être ajouté à la loi de 2014⁵⁹³. L'article prévoit à ce jour que « *La personne est informée qu'elle a le droit de se taire, de faire des déclarations, soit d'être interrogée* », mais aucun élément ne lui laisse penser que s'il garde le silence cela ne pourra pas être retenu contre lui. En l'état, ne faudrait-il pas ajouter cette mention pour que soit pleinement garanti le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination ? Il apparaît que si c'était le cas, le suspect pourrait avoir pleinement conscience des conséquences de son silence. Cela ne doit pas paraître anodin. Il est important que la personne suspectée ou mise en cause comprenne les contours du droit de garder le silence, il faut qu'elle comprenne que l'application de ce droit la protège contre son droit de ne pas s'auto-incriminer. Il faut également lui expliquer ce qu'est l'auto-incrimination et ce que cela impacte.

Paragraphe 2. Une auto incrimination éraflée par le principe de l'intime conviction

572- Si le droit de ne pas s'auto-incriminer semble protégé grâce au principe d'impartialité en ce qu'il impose au juge de se déporter en cas de subjectivité, l'auto-incrimination apparaît éraflée à cause du principe de l'intime conviction qui permet au juge de prendre une décision selon ce qu'il ressent au fond de lui, selon son intime conviction. Le principe sera évoqué (1.) et permettra de comprendre l'impact que ce droit peut avoir sur l'auto-incrimination et il sera par la suite développé les limites de ce droit imposées par la loi et principalement, le principe de motivation de la sanction pénale (2.)

A. Les contours du principe de l'intime conviction

573- Le système des preuves en procédure pénale française est fondé sur le principe de l'intime conviction.

« L'intime conviction est une opinion profonde que le juge se forge en son âme et conscience et qui constitue, dans un système de preuves judiciaires, le critère et le fondement du pouvoir d'appréciation souveraine reconnu au juge du fait. C'est un jugement personnel que la loi

⁵⁹³ LOI n°2014-535 du 27 mai 2014 portant transposition de la directive 2012/13/UE du Parlement européen et du Conseil, du 22 mai 2012, relative au droit à l'information dans le cadre de la procédure pénale.

prescrit au juge pénal et aux jurés d'établir par eux-mêmes et en raison dans la sincérité de leur conscience, à partir des preuves qui leur sont proposées »⁵⁹⁴.

- 574- Cette formule, complétée par l'article 427 du Code de procédure pénale rappelle que parmi le panel de preuves présenté devant lui, le juge les apprécie librement et détermine leur pertinence « *d'après son intime conviction* ».
- 575- Il peut en exclure certaines comme en consacrer d'autres. « *La loi n'a point prescrit au juge de n'employer que telles ou telles preuves ; elle en a spécifié quelques-unes, elle n'en a exclu aucune [...] Toutes les preuves, quelle que soit leur nature [...] sont simplement offertes à l'appréciation du juge, qui est libre de puiser son opinion aussi bien dans une preuve négative, conjecturale et imparfaite, que dans une preuve affirmative, directe et complète »⁵⁹⁵.*
- 576- Aujourd'hui, si en procédure pénale, l'aveu ou l'ADN est souvent catalogué comme « reine des preuves » le juge n'applique pas de hiérarchie entre les preuves qui lui sont présentées. S'il juge que les aveux de l'accusé ne sont pas valables ou s'il lui apparaît qu'ils ne sont pas crédibles, il n'est pas pour autant tenu de le condamner. Il en est de même pour les preuves scientifiques. Si les empreintes de la personne suspectée se retrouvent sur les lieux de l'infraction, le juge ne va et ne doit pas nécessairement penser qu'il en est l'auteur. Il ne doit apprécier les éléments qui lui sont présentés qu'en fonction des sentiments qui l'animent.
- 577- Cela ne veut pas pour autant dire que l'intime conviction laisse au juge le pouvoir de décider en fonction de sa seule conscience. Le seul fait qu'il soit persuadé de la culpabilité de l'accusé ne doit pas suffire à le condamner. Il faut que cette intime conviction s'appuie sur des éléments concrets et objectifs. C'est toute la difficulté vis-à-vis du droit de ne pas s'auto-incriminer. Est-ce un droit qui protège le mécanisme de l'auto incrimination ou non ? Deux raisonnements peuvent être envisagés. Si le juge pénal fonde son intime conviction sur le silence d'un accusé qui persiste à nier les faits qui lui sont reprochés alors même que des éléments matériels le mettent en cause, le principe d'intime conviction ne viendrait pas mettre à mal le droit de ne pas s'auto-incriminer. Si en revanche le juge pénal fonde son intime conviction sur le silence qu'un accusé aurait gardé devant un officier de police judiciaire, un magistrat instructeur, ou lors de son jugement, pour des raisons qui lui sont propres, le

⁵⁹⁴ Voir articles 353, 427, 304 - CORNU G., « Vocabulaire juridique », op.cit., p. 271.

⁵⁹⁵ HELIE F., « *De la preuve en matière criminelle* », *Revue critique de législation et de jurisprudence* », 1853, 3e année, tome 3, p. 396-417.

principe compromettrait le droit de ne pas s'auto-incriminer. Pour protéger ce droit la loi oblige les juges pénaux, toutes juridictions pénales confondues, à motiver leurs décisions⁵⁹⁶.

B. Les limites du principe de l'intime conviction

578- Si le principe de l'intime conviction peut parfois bafouer le droit de ne pas s'auto-incriminer, le législateur a mis en place des mécanismes permettant d'y pallier. Ainsi, il sera envisagé la protection de l'auto-incrimination à travers le principe de motivation (a.) mais aussi à travers d'autres mécanismes tels que la possibilité laissée au juge pénal de pouvoir ordonner la poursuite d'investigations malgré le commencement du procès pénal (b.)

1. La protection de l'auto-incrimination à travers le principe de motivation

579- Avant sa modification par la loi du 10 août 2011⁵⁹⁷, l'article 353 du Code de procédure pénale était rédigé comme suit : « *La loi ne demande pas compte aux juges des moyens par lesquels ils se sont convaincus, (...) La loi ne leur fait que cette seule question, qui renferme toute la mesure de leurs devoirs : « avez-vous une intime conviction ? ».*

580- De nombreux projets ont tenté de proposer, en vain, une modification de la loi sur ce point en raison de certaines condamnations prononcées malgré l'absence d'éléments démontrant la culpabilité absolue de l'accusé. A titre d'exemple, en 2004, certains parlementaires avaient proposé la modification suivante : « *Vous jurez et promettez d'examiner avec l'attention la plus scrupuleuse les charges qui seront portées contre X..., de ne trahir ni les intérêts de l'accusé, ni ceux de la société qui l'accuse, ni ceux de la victime ; de ne communiquer avec personne jusqu'après votre déclaration ; de n'écouter ni la haine ou la méchanceté, ni la crainte ou l'affection ; de vous rappeler que l'accusé est présumé innocent et que le doute doit lui profiter ; de vous décider d'après les charges et les moyens de défense, suivant votre conscience et votre intime conviction, avec l'impartialité et la fermeté qui conviennent à un homme probe et libre, et de conserver le secret des délibérations, même après la cessation de vos fonctions que vous ne pouvez en conscience, avec l'impartialité et la fermeté qui conviennent à une femme ou à un homme probe et libre retenir sa culpabilité que si la preuve*

⁵⁹⁶ CEDH 19 déc. 1997, Helle c/ Finlande, req. n° 20772/92, Rec. 1997. VIII, <http://hudoc.echr.coe.in>

⁵⁹⁷ Loi n°2011-939 du 10 août 2011 sur la participation des citoyens au fonctionnement de la justice pénale et le jugement des mineurs

en est rapportée par l'accusation et de conserver le secret des délibérations, même après la cessation de vos fonctions »⁵⁹⁸.

581- Si la base de la proposition était bonne, rien dans cette proposition ne palliait le principe selon lequel « *la loi ne demande pas compte aux juges* », le législateur devait simplement se contenter d'approfondir et cibler la fonction des jurés. Or, il fallait justement que le juge rende compte de son intime conviction, qu'il explique son raisonnement le conduisant à telle ou telle décision. En ce sens, le Conseil Constitutionnel a été saisi d'une question prioritaire tendant à statuer sur la constitutionnalité de l'absence de motivation des arrêts de cour d'assises par la chambre criminelle⁵⁹⁹. Cette nouvelle proposition a néanmoins été rejetée par les sages de la rue de Montpensier qui ont considéré que les dispositions contestées ne méconnaissaient aucun autre droit ou liberté que la Constitution garantit : « *qu'il est loisible au législateur [...] de prévoir des règles de procédure différentes selon les faits, les situations et les personnes auxquelles elles s'appliquent, à la condition que ces différences ne procèdent pas de discriminations injustifiées et que soient assurées aux justiciables des garanties égales, notamment quant au respect du principe des droits de la défense ; que les personnes accusées de crime devant la cour d'assises sont dans une situation différente de celle des personnes qui sont poursuivies pour un délit ou une contravention [...] ; que, par suite, le législateur a pu, sans méconnaître le principe d'égalité, édicter pour le prononcé des arrêts de la cour d'assises des règles différentes de celles qui s'appliquent devant les autres juridictions pénales ; qu'il ressort de l'ensemble des dispositions du titre I^{er} du livre II du code de procédure pénale, relatives à la cour d'assises, que les droits de la défense de l'accusé sont assurés tout au long de la procédure suivie devant cette juridiction ; que les dispositions contestées ont pour seul objet de déterminer les modalités selon lesquelles la cour d'assises délibère ; qu'elles ne portent, en elles-mêmes, aucune atteinte aux droits de la défense garantis par l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 ; [...] que l'obligation de motiver les jugements et arrêts de condamnation constitue une garantie légale de cette exigence constitutionnelle ; que, si la Constitution ne confère pas à cette obligation un caractère général et absolu, l'absence de motivation en la forme ne peut trouver de justification qu'à la condition que soient instituées par la loi des garanties propres à*

⁵⁹⁸ En 2004, des parlementaires (Sénat, séance du 13 octobre 2004) ont proposé de modifier l'article 304 du cpp - 7 Juin 2009 - Publié par Parolesdejuges - « *l'intime conviction et la Cour d'Assises* » - Par Michel Huyette : <http://www.huyette.net/article-32357340.html>.

⁵⁹⁹ Cass. Crim. 19 janv. 2011, n° 10-85.159 et 10-85.305

exclure l'arbitraire » qu'il énumère en procédant à leur examen pour noter « qu'il résulte de l'ensemble de ces garanties relatives aux débats devant la cour d'assises et aux modalités de sa délibération, que le grief tiré de ce que les dispositions critiquées laisseraient à cette juridiction un pouvoir arbitraire pour décider de la culpabilité d'un accusé doit être écarté... »⁶⁰⁰.

582- Pour autant, cette décision n'a pas sonné un glas définitif, la loi n° 2011-939 du 10 août 2011 *sur la participation des citoyens au fonctionnement de la justice pénale et le jugement des mineurs*⁶⁰¹ viendra poser le principe de motivation des arrêts d'assises au sein du Code de procédure pénale en modifiant l'article 353 dudit Code pour y ajouter la formule suivante : « *sous réserve de l'exigence de motivation de la décision* ».

583- Cette réforme ne pourra être qu'applaudie tant elle protège les droits de la défense et à fortiori le droit de ne pas s'auto-incriminer. « *Cela permet de préserver les droits de la défense [...] indispensable à la qualité même de la justice et [...] rempart contre l'arbitraire* »⁶⁰².

584- La motivation des décisions pénales permet deux choses, connaître les raisons d'une déclaration de culpabilité et éviter l'impression d'une justice arbitraire et peu transparente

585- Cependant, pour reprendre l'exemple cité précédemment, si l'accusé a souhaité faire droit au silence en amont du procès pénal et / ou lors de son procès pénal, la motivation qui lui incombe ne l'empêchera pas de se forger sa propre opinion. S'il estime, au fond de sa conscience qu'un homme qui garde le silence est un homme coupable, ce n'est pas la motivation des arrêts criminels qui y changera quelque chose. Certes, cela atténue l'atteinte à l'auto-incrimination mais les juges trouveront toujours la possibilité de motiver la culpabilité d'un homme, dans un sens comme dans l'autre.

586- Néanmoins, il faut applaudir l'évolution de la loi. Avant la loi de 2011, le juge n'avait pas à rendre compte de sa décision, il n'y avait donc pas de remise en question de sa part, sa décision était prise, sans qu'il soit nécessaire de l'expliquer. Depuis, le juge pénal doit non seulement expliquer les raisons qui l'ont poussé à prendre telle ou telle décision, mais aussi

⁶⁰⁰ Cons. const. 1^{er} avr. 2011, n° 2011-113/115 QPC, JO 2 avr.

⁶⁰¹ Loi n° 2011-939 du 10 août 2011 sur la participation des citoyens au fonctionnement de la justice pénale et le jugement des mineurs

⁶⁰² RENUCCI JF., « *Intime conviction, motivation des décisions de justice et droit à un procès équitable* » D. 2009. 1058

les comprendre. S'il considère un homme coupable à cause de son silence, il ne pourra plus seulement se contenter d'arguer cet argument, il devra développer d'autres éléments susceptibles d'étayer la culpabilité de l'accusé.

2. La protection de l'auto-incrimination à travers d'autres principes généraux

587- Si la motivation des décisions pénales permet une meilleure protection de l'auto-incrimination, d'autres garanties le permettent également.

588- En effet, l'intime conviction du juge se fonde sur les éléments du dossier pénal et les éléments de preuves apportées au cours des débats, dès lors que chacun d'entre eux ont été obtenus légalement. « *Le juge répressif ne doit fonder sa décision que sur des preuves produites aux débats et, conformément au principe du contradictoire, soumises à la libre discussion des parties* »⁶⁰³.

589- S'il venait à apprendre ou à connaître des éléments sur le mis en cause qui lui retirerait toute objectivité, il serait contraint de se déporter, comme cela a pu être développé précédemment. Son intime conviction ne peut porter sur un sentiment personnel qui l'animerait en fonction d'éléments indépendants de la procédure en cours.

590- La protection de l'auto incrimination passe aussi par la possibilité offerte au juge pénal de pouvoir étayer les preuves qui lui sont apportées. Son pouvoir d'investigation lui permet, s'il juge que les preuves en sa possession sont insuffisantes, de pouvoir solliciter un complément d'information⁶⁰⁴. Cette protection de l'auto incrimination, même si elle est encore fragile, est importante dès lors que cela contribue à préserver les droits de la défense. Dans le cas où l'accusé est assisté par son avocat et surtout s'il assure seul sa défense, il doit être en mesure d'avoir accès à toutes les pièces étayant le dossier pénal et doit pouvoir en discuter librement avec les parties pour discuter de manière légale et contradictoire de son accusation.

⁶⁰³ BUISSON J., « *Preuve* » - Dalloz, novembre 2017

⁶⁰⁴ Cass. Crim. 12 déc. 1996, n° 95-82.198., Bull. crim. n° 465, Juris-Data n° 005348

Section 2. L'impact de l'auto-incrimination sur la personne mise en cause

591- Cette seconde section sera consacrée à l'impact que peut avoir l'auto-incrimination sur la personne mise en cause. Certaines conséquences seront justifiables (Paragraphe 1.), d'autres injustifiées (Paragraphe 2.)

Paragraphe 1. Des conséquences justifiables

592- Il y a des situations où la mise en œuvre du droit au silence ne peut subir que des conséquences négatives.

593- L'exemple du procès de Gérald Seureau en est la parfaite illustration. La nuit de la saint sylvestre, le 31 décembre 2010, Léa fête le réveillon avec ses amis dans une maison à Montpellier. L'alcool coule à flot et des amphétamines circulent lors de la soirée où Léa va rencontrer Gérald Seureau. Au cours de la soirée, les deux jeunes décident de s'éloigner de la soirée vers un parc. Alors que la famille de la jeune femme s'inquiète, le père de Léa et Gérald Seureau se rendent au commissariat pour avoir des nouvelles de la jeune femme. Au moment d'enlever ses gants pour signer le procès-verbal, les officiers de police judiciaire vont constater l'état des mains du jeune homme couvertes de griffures et gonflées. Il est immédiatement placé en garde à vue où il va reconnaître avoir agressé Léa. Il raconte lui avoir porté de nombreux coups et l'avoir violé.

La difficulté que vont rencontrer les officiers est que Gerald Seureau a été entendu sans la présence d'un avocat comme le prévoit la nouvelle loi sur la garde à vue du 14 avril 2011.

La défense va alors soulever la nullité de la garde à vue devant la chambre de l'instruction de la Cour d'Appel de Montpellier. Si la loi ne sera votée que le 14 avril 2011, la Cour européenne des droits de l'homme va enjoindre au Conseil constitutionnel, dès la fin de l'année 2010, de se conformer à la jurisprudence de la Cour. La procédure va alors prendre une tournure complexe.

La Chambre de l'Instruction de Montpellier va valider la procédure malgré l'injonction de conformité faisant valoir que la garde à vue du jeune homme s'était déroulée conformément à la loi en vigueur au 1er janvier 2011. Mais la défense ne l'entend pas ainsi et va se pourvoir en cassation à l'encontre de l'arrêt rendu par la Chambre de l'Instruction. La Cour de cassation, rend bien sur une décision prévisible en cassant l'arrêt de la chambre de l'instruction. Selon la chambre criminelle, la garde à vue de Monsieur Seureau aurait dû se

dérouler conformément à l'application future de la loi du 14 avril 2011. La Cour de cassation a ainsi jugé que le suspect aurait dû être assisté par un avocat et prévoit d'annuler la phase des aveux explicites. Après un renvoi devant la Chambre de l'Instruction de Toulouse, la juridiction prononce en 2012 l'annulation des aveux de Gérald Seureau lors de sa garde à vue estimant que la présence de l'avocat était nécessaire malgré l'avènement officielle de la loi sur la garde à vue 4 mois après.

A partir de cet instant, le jeune homme assure ne plus se souvenir de rien concernant cette nuit de la saint sylvestre...

Lors de son premier procès en novembre 2014, Gérald Seureau se terre dans son silence sans avouer explicitement être l'auteur des coups et du viol commis sur la jeune femme.

Si le jeune homme a pu user de son droit de garder le silence et de ne pas s'auto-incriminer, il est évident que ce silence lui a porté préjudice.

Tout le monde dans cette salle d'assises connaissait la difficulté procédurale qu'avait rencontrée ce dossier. Tout le monde savait que Gerald Seureau avait reconnu avoir violée Léa avant de ne plus se souvenir de ce qu'il s'était passé ce soir-là. L'avocat général ne pourra d'ailleurs, lors de ses réquisitions, évoquer les propos tenus par le jeune homme lors de sa garde à vue. En novembre 2014, Gerald Seureau est condamné à la réclusion criminelle à perpétuité, assortie d'une période de sureté de 20 ans.

594- Partant de ce postulat, il serait bien fantaisiste de penser que le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination pouvait protéger l'accusé. Cet arrêt démontre bien que malgré l'instauration du droit de ne pas s'auto-incriminer et malgré les jurisprudences qui protègent la personne suspectée où la personne mise en cause de son droit de se taire, il y a des situations que la loi ne peut contrôler.

595- Les jurés d'assises qui, il faut le rappeler, sont tirés sur les listes électorales, connaissaient, bien avant d'être tirés au sort, la situation procédurale dans laquelle se trouvait Gérald Seureau. Il aurait été bien audacieux de garantir au jeune homme que son droit de ne pas s'auto incriminer en gardant le silence ne lui porterait pas préjudice en l'état d'une telle médiatisation. Malheureusement, ce sont des situations qui ne peuvent pas être anticipées. « *Si les preuves à charge appellent que l'accusé devrait être en mesure de donner (...) l'absence*

d'explication peut permettre de conclure par un simple raisonnement de bon sens qu'il existe aucune explication possible et que l'accusé est coupable »⁶⁰⁵.

596- C'est cette interprétation qui a été retenue pour l'affaire Colonna. Le 6 février 1998, le préfet Claude Erignac est assassiné à Ajaccio. Alors qu'il va assister à un concert de musique classique à Ajaccio avec sa femme, le préfet de Corse est abattu par arme à feu. L'enquête est diligentée par le SRPJ d'Ajaccio et la direction centrale de la police judiciaire. Le 9 février 1998, « les anonymes » revendiquent l'assassinat du préfet. Le 21 et 22 mai 1999, la DCPJ interpelle plusieurs personnes qui vont désigner Yvan Colonna comme étant le tueur du préfet. Le lendemain, alors que les policiers vont pour l'interpeler, le suspect prend la fuite et ne sera arrêté que le 4 juillet 2003. Le 2 juin 2003, le procès du commando accusé d'avoir assassiné le préfet Erignac ouvre devant la Cour d'Assises. Tous se rétractent sur la dénonciation de Colonna comme tireur. Malgré les déclarations de Pierre Alessandri, qui se revendique comme étant le tireur, Yvan Colonna comparait devant la Cour d'assises pour « assassinat en relation avec une entreprise terroriste » et sera condamné la réclusion criminelle à perpétuité. Dans cette affaire, c'est bien la fuite du suspect qui a été assimilée comme un aveu de culpabilité, comme un refus de se soumettre à sa responsabilité pénale. Peu importe que les membres du commando l'aient discrédité et qu'Yvan Colonna lui-même n'ait cessé de nier sa culpabilité, le fait de prendre la fuite a été un acte lui portant nécessairement préjudice.

Si certains⁶⁰⁶ ont assuré que sa fuite n'avait été mise en œuvre que dans le but de prouver sa culpabilité, la question selon laquelle « *Pourquoi fuir s'il n'a rien à se reprocher ?* » restera dans l'esprit de ses juges.

Même si nul ne peut savoir si, en l'absence de fuite, Colonna aurait été jugé de la même façon, une chose est sûre c'est que les interrogations suivant cet acte ont eu pour conséquences de discréditer la thèse de la défense et de lui porter préjudice.

Il existe cependant des situations où les conséquences tirées du silence semblent injustifiées.

⁶⁰⁵ CEDH Saunders c. Royaume-Uni, 17 décembre 1996, §§ 68-69, Recueil 1996-VI ;

⁶⁰⁶ Thèse de la défense dans le procès d'Yvan COLONNA - PANDELON G., « La question de l'aveu en matière pénale », Thèse pour le doctorat en droit privé et sciences criminelles, Aix-Marseille Université, 24 novembre 2012.

Paragraphe 2. Des conséquences injustifiées

597- Des tas de raisons peuvent créer le besoin de garder le silence lors d'un interrogatoire. Il y a le cas de l'interrogatoire de première comparution qui interviendrait 24h, 48h ou 96h après une garde à vue. La personne est fatiguée, a peu mangé, a peu dormi, a été interrogée pendant des heures et des heures et ne se sent pas forcément capable de tenir des propos cohérents et clairs devant un magistrat instructeur qui l'interrogerait à nouveau. Garder le silence dans un premier temps va permettre à la personne d'organiser sa défense correctement. Un interrogatoire de première comparution est important, c'est celui qui va déterminer si le magistrat instructeur place la personne entendue sous le statut de témoin assisté ou de mis en examen.

598- Plusieurs raisons nécessitent de faire garder le silence à la personne retenue :

599- - L'avocat de la personne mise en cause n'a pas pu prendre connaissance correctement de l'ensemble du dossier pénal et des éléments à charge qui pèsent sur elle.

600- - La personne gardée à vue n'a pas nécessairement eu l'occasion de réunir tous les documents nécessaires à sa défense lors de la mesure de contrainte, il faut donc les rassembler pour les transmettre en amont au juge pour qu'il puisse en prendre connaissance et poser ses questions en fonction dans le cadre d'une prochaine audition.

601- - L'avocat doit préparer la personne à un interrogatoire de première comparution. Préparer un interrogatoire ne veut pas dire instrumentaliser les réponses à donner, cela ne veut pas dire non plus manipuler le juge. Il y a des fois où un innocent peut avoir des propos mal structurés ou une attitude tellement détestable qu'il peut paraître coupable des faits qui lui sont reprochés alors que ce n'est pas le cas. Il est facile d'avoir des aprioris sur une personne qui se comportent mal lors d'une audition. Après plusieurs heures de garde à vue, la personne est fatiguée, elle peut se mettre à souffler à la suite des questions qui lui sont posées, elle peut s'endormir, avoir l'air excédé... tant de comportements qui ne font pas forcément de lui un coupable mais qui vont lui être préjudiciable. L'interrogatoire de première comparution est le premier contact entre le mis en cause et le juge, si la personne n'est pas préparée à un tel interrogatoire, elle n'aura pas une deuxième occasion de faire une première bonne impression, il est donc nécessaire de garder le silence et de se préparer à une prochaine audition.

- 602- Prenons également l'exemple de la personne qui lors de l'entretien avec l'avocat, tient des propos incohérents et dénués de sens. Le rôle de l'avocat est immédiatement de faire une note pendant sa garde à vue afin de rapporter ses doutes sur l'état psychologique voire psychiatrique de la personne gardée à vue. Avant de conseiller à son client de répondre aux questions, il envisagera de demander une expertise du mis en cause. En attendant, il sera nécessaire, afin d'assurer au mieux les droits de la défense que son client garde le silence lors des auditions.
- 603- Faut-il néanmoins considérer que le refus de répondre aux questions ou de faire de simples déclarations fait de la personne suspectée ou mise en cause un coupable ? La réponse ne peut être que négative, il ne faut pas toujours penser que, parce qu'une personne décide de garder le silence, sa participation à l'infraction est indéniable. Dans les exemples cités, il s'agit en l'occurrence de se taire pour ne pas justement s'auto-incriminer involontairement. Si dans le deuxième exemple, il s'avère qu'une expertise psychiatrique a conclu à une abolition de son discernement, les aveux qu'il aurait émis lors de sa garde à vue n'auraient aucune incidence pénale, qu'il reconnaisse ou qu'il ne reconnaisse pas les faits qui lui sont reprochés. A partir de là, autant que la personne garde le silence dans un premier temps.
- 604- Ces exemples démontrent bien qu'il serait injuste et contraire au droit de ne pas s'auto-incriminer de tirer des conséquences négatives du droit de se taire.

CONCLUSION CHAPITRE 2.

- 605- Ce chapitre a permis de comprendre l'importance en tant que telle du droit de ne pas s'auto-incriminer dans la mesure où, de l'auto-incrimination peut découler de nombreuses conséquences.
- 606- Des conséquences sur les droits fondamentaux dans un premier temps où il a pu être constaté que le principe d'impartialité avait une importance particulière au regard du droit de ne pas s'auto-incriminer dans le sens où il le protège. Sans ce principe, le juge laisserait ses convictions personnelles prendre le dessus sur le droit. Même si l'impartialité est parfois indécélable, le législateur a mis en place ce principe lois pour pallier les abus contre les droits de la défense du mis en cause ou du suspect face à l'impartialité personnelle ou fonctionnelle du juge.
- 607- Cependant, comme il l'a pu être constaté tout au long de cette étude, là où un droit vient valoriser le droit de ne pas s'auto-incriminer, un autre vient l'affaiblir. C'est à nouveau le cas concernant les conséquences de l'auto-incrimination sur les droits fondamentaux dès lors que ce droit est éraflé par le principe de l'intime conviction, principe selon lequel un juge doit juger selon sa propre conviction et donc selon ce qu'il pense au fond de lui. Même si le principe de motivation va venir tempérer les diverses atteintes qui pourraient être faite au droit de ne pas s'auto-incriminer, il n'en demeure pas moins que le principe de l'intime conviction est un droit difficilement contournable pour condamner une personne qu'un juge pense coupable. Il ne pourra jamais être contesté le fait qu'un juge pense coupable la personne présentée devant lui si celui-ci décide de garder le silence. La sécurité juridique du mis en cause ne peut donc en conséquence être garantie.

CONCLUSION DU TITRE 1.

- 608- Ce titre 1 relatif à l'auto-incrimination suscitée a permis de mettre en exergue une auto-incrimination ambivalente. En effet, il a été vu que le principe même de l'auto-incrimination était d'être volontaire. La personne mise en cause ou suspectée dispose de son droit d'avouer si elle souhaite s'auto-incriminer, ou de son droit de mentir, si elle ne veut pas s'auto-incriminer.
- 609- D'un autre côté, l'auto-incrimination peut être soumise, c'est à dire qu'elle sera toujours acceptée par la personne concernée mais elle sera contrainte. Si la personne refuse par exemple de se soumettre à une opération nécessaire aux comparaisons et identifications, elle encourt une amende. Le droit de ne pas s'auto-incriminer ne peut valablement être garanti en présence de pareilles mesures. Il faut donc en déduire que le droit de ne pas s'auto-incriminer n'est pas sereinement protégé.
- 610- Cela se démontre au regard de l'existence d'une auto-incrimination involontaire. Il est vrai que par principe, l'auto-incrimination ne peut être que volontaire or, le législateur a mis en place des mesures d'interceptions de correspondance et sonorisation et fixations d'images qui permettent d'obtenir une auto-incrimination de la personne mise en cause sans qu'elle ne s'en rende compte. Si ce type de procédé est jugé légal, il ne peut qu'être constaté que cela tend à l'affaiblissement des droits de la défense. En conséquence, ce développement a permis de constater que l'auto-incrimination était sans cesse suscitée. Il est recherché par tout moyen comme le démontre l'utilisation des procédés techniques cités précédemment. Si la personne mise en cause ou suspectée ne fait pas le choix elle-même de s'auto-incriminer, il sera toujours utilisé un moyen pour la piéger.
- 611- En revanche, le législateur a tout de même prévu l'interdiction de l'utilisation de certains procédés scientifiques tels que le penthotal, l'hypnose ou le polygraphe. Ces procédés ne peuvent être jugés fiables et constitueraient une atteinte réelle aux droits de la défense.
- 612- Cette atteinte aux droits de la défense, elle n'est malheureusement pas assez expliquée à la personne qui contribuerait à sa propre incrimination. Ce développement a permis de constater que l'auto-incrimination connaissait un impact fort, tant sur les droits fondamentaux que sur la personne mise en cause elle-même. Pourtant, la personne entendue en audition libre, en garde à vue, devant un juge d'instruction ou devant un Tribunal ne peut comprendre l'importance de l'auto-incrimination car elle ne lui est pas expliquée. Cette problématique se

pose tout d'abord au regard de la confusion qui est faite entre le droit de ne pas s'auto-incriminer et le droit de se taire et l'absence de consécration expresse du droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination. Sans une explication claire et définie dans les textes, le mis en cause ou le suspect ne peut comprendre l'impact de ses gestes, attitudes ou paroles. Il sait juste que le droit de se taire peut lui permettre de ne pas répondre aux questions qui lui sont posées lors d'un interrogatoire ou devant une juridiction. A titre d'exemple, aucun texte ne prévoit le droit de ne pas fournir de documents susceptibles d'être auto-incriminants. Cela semble logique puisque la personne entendue ne peut pas comprendre un droit qui n'existe pas en droit positif. C'est en ce sens que la consécration textuelle du droit de ne pas s'auto-incriminer est essentielle pour valoriser les droits de la défense.

Titre 2. L'auto incrimination négociée

- 613- Qu'il s'agisse de la médiation pénale⁶⁰⁷, de la composition pénale⁶⁰⁸, de la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité⁶⁰⁹ ou encore de la transaction pénale⁶¹⁰, la procédure pénale actuelle tend vers une négociation en contrepartie d'une reconnaissance de culpabilité. Cette reconnaissance pure et simple de l'infraction sur laquelle repose ces procédures est en lien direct avec le principe d'auto incrimination dès lors qu'il est imposé au mis en cause de contribuer à sa propre culpabilité pour pouvoir bénéficier d'une peine plus clément.
- 614- C'est avant tout l'exemple de la médiation pénale qui doit être évoqué. Cette pratique de négociation⁶¹¹ au sein de la procédure pénale a débuté par la loi n° 93-2 du 4 janvier 1993⁶¹² qui est venue créer cette procédure. Elle a pour but, en cas d'accord entre l'auteur des faits et la victime, de réparer les dommages subis ou de résoudre directement un litige. Son champ d'application n'est pas délimité par le texte mais sera apprécié librement par le magistrat du Parquet, bien que cette procédure s'applique pour des délits de faible gravité⁶¹³. La doctrine évoque son application en cas de contentieux simple, sans gravité⁶¹⁴.
- 615- L'article 41-1 du Code de procédure pénale qui encadre la médiation pénale dispose que « *S'il lui apparaît qu'une telle mesure est susceptible d'assurer la réparation du dommage causé à la victime, de mettre fin au trouble résultant de l'infraction ou de contribuer au reclassement de l'auteur des faits, le procureur de la République peut, préalablement à sa décision sur l'action publique, directement ou par l'intermédiaire d'un officier de police judiciaire, d'un délégué ou d'un médiateur du procureur de la République :*

⁶⁰⁷ Article 41-1 du Code de procédure pénale

⁶⁰⁸ Article 41-3 du Code de procédure pénale

⁶⁰⁹ Article 495-7 du Code de procédure pénale

⁶¹⁰ Article 41-1-1 du Code de procédure pénale

⁶¹¹ Pierre CATALA définit la médiation comme une mesure de pacification du conflit, cité par Béatrice Blohorn-Brenneur, in La médiation judiciaire : vers un nouvel esprit des lois dans les conflits individuels du travail, Gaz. Pal. du 2 juillet 1998, p. 821-824, spéc. p. 821.

⁶¹² Loi n°93-2 du 4 janvier 1993 portant réforme de la procédure pénale publiée au JORF n°0003 du 4 janvier 1993 page 215.

⁶¹³ LAZERGES C., « *Typologie des procédures de médiation pénale* », p. 217-234, sur une distinction ordre imposé/ordre négocié ;

⁶¹⁴ V. par ex. BOULOC B, « *Procédure pénale* », op.cit., n° 595 ; J. Leblois-Happe, La médiation pénale comme mode de réponse à la petite délinquance : état des lieux et perspectives, Rev. sc. crim. 1994, p. 525-536.

5° *Faire procéder, à la demande ou avec l'accord de la victime, à une mission de médiation entre l'auteur des faits et la victime* ».

- 616- Cette mesure s'apparente à celle concernant la faculté de conciliation offerte au juge pour enfant dans l'ordonnance n° 45-174 du 2 février 1945⁶¹⁵ en ce sens qu'elle a pour but de permettre de trouver un accord entre la victime et le délinquant en vue de la réparation du dommage causé. Cette procédure a été critiquée car visiblement difficile à mettre en œuvre vis à vis des victimes qui voyaient cela comme « un accord d'impunité »⁶¹⁶. Pourtant, cette procédure ne s'applique qu'à des délits de faible gravité et cela pourrait permettre au délinquant de comprendre l'impact que de tels faits peuvent engendrer tant vis-à-vis de la victime que de soi-même.
- 617- Plusieurs conditions sont nécessaires pour mettre en œuvre cette procédure. Bien sûr, l'accord de la victime et du délinquant doivent être recensés, c'est ainsi qu'entre en jeu la notion d'auto-incrimination. Pour que cette procédure puisse prendre place, il faut que la personne mise en cause reconnaisse les faits et accepte de contribuer à la réparation du dommage. Cette procédure fait donc face à un double consentement. Celui de la culpabilité et celui de la réparation. C'est de là que découle toute la légitimité de cette procédure. Il n'est pas question de négocier pour punir mais de négocier pour réparer. L'auto-incrimination si elle est imposée pour rentrer dans le cadre de cette procédure peut néanmoins apparaître moins forcée que dans le cadre d'une procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité⁶¹⁷ puisqu'il n'est pas ici question de s'auto-incriminer pour obtenir une peine plus douce mais pour travailler sur le concept de réparation de la faute. Cela ne veut pas dire que l'auto-incrimination est moins grave, mais qu'elle n'a pas la même finalité. Il est tout de même nécessaire d'indiquer que le délinquant ne risque pas une peine plus lourde ou plus légère qui aurait tendance à l'influencer, et en conséquence, à s'auto-incriminer. Le cas de la médiation pénale va permettre au délinquant de faire un travail sur lui-même et la conséquence des actes causés. Il s'agit d'une justice privée entre le délinquant et la victime qui souhaite uniquement voir son préjudice réparé et ce, en toute rapidité⁶¹⁸. Cette forme de négociation ne va être que

⁶¹⁵ Ordonnance n° 45-174 du 2 février 1945 relative à l'enfance délinquante, J.O. du 4 février 1945, et rectificatif J.O. du 6 et 21 mars 1945, p. 530-534 ; VOISIN S., « *La médiation pénale est-elle juste ?* », Petites affiches - n°170 - page 49, Date de parution : 26/08/2002, Id : PA200217009, LPA 26 août, 002, n° PA200217009, p. 49

⁶¹⁶ VOISIN S., op.cit

⁶¹⁷ LOI n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, JORF n°59 du 10 mars 2004 page 4567

⁶¹⁸ Cahiers français, n° 251, mai/juin 1991, La justice, dossier réalisé sous la direction de Y. Léonard.

la première marche de la mutation de la procédure pénale vers un mode transactionnel, mais aussi, vers une atteinte réelle au droit de ne pas s'auto-incriminer.

- 618- En effet, le cas de la composition pénale doit être cité également. La deuxième étape sera franchie avec le mécanisme de la composition pénale créée par la loi n°99-515 du 23 juin 1999⁶¹⁹ sur l'efficacité de la procédure pénale. Encadrée par l'article 41-2 et 41-3 du Code de procédure pénale, la composition pénale consiste, pour le procureur de la République, tant que l'action publique n'a pas été mise en mouvement, à proposer ou faire proposer, par une personne habilitée, à celui qui reconnaît avoir commis certains délits ou certaines contraventions d'exécution, une ou plusieurs mesures présentant le caractère d'une sanction.
- 619- Elle est définie par Francis Le Gunehec comme « *une forme de transaction permettant au procureur de la République de proposer à une personne majeure qui reconnaît avoir commis un délit ou une contravention, dont la liste est limitativement fixée par la loi, d'effectuer certaines mesures présentant le caractère d'une sanction ; l'acceptation de ces mesures doit être validée par le tribunal ; leur exécution éteint l'action publique* »⁶²⁰.
- 620- Si au départ, le champ d'application de cette procédure était restreint aux délits et contraventions prévus par le texte, tels que des appels téléphoniques malveillants⁶²¹, menaces⁶²², ou encore vol simple⁶²³, elle est désormais applicable à l'ensemble des contraventions⁶²⁴ et à la majorité des délits dont la peine n'excède pas cinq années d'emprisonnement⁶²⁵.
- 621- Souvent assimilée à une alternative aux poursuites, la composition pénale a pour objectif premier d'assurer la réparation du dommage causé à la victime, de mettre fin aux troubles de l'infraction ou encore de contribuer au reclassement de l'auteur des faits. Cette procédure joue un rôle considérable sur la personne mise en cause qui doit contribuer à sa propre incrimination pour que cette procédure puisse être mise en œuvre. Cette négociation sera donc

⁶¹⁹ Loi n°99-515 du 23 juin 1999 renforçant l'efficacité de la procédure pénale, JORF n°144 du 24 juin 1999 page 9247.

⁶²⁰ Définition proposée par LE GUNEHEC, Présentation de la loi n° 99-515 du 23 juin 1999. Première partie : dispositions relatives aux alternatives aux poursuites, JCP 1999.

⁶²¹ Article 222-16 du Code pénal

⁶²² Article 222-17 du Code pénal

⁶²³ Article 311-3 du Code pénal

⁶²⁴ Article 41-3 du Code de procédure pénale

⁶²⁵ Article 41-2 du Code de procédure pénale

obscurcie par un consentement parfois vicié de la part du mis en cause qui préférera toujours faire l'objet d'une composition pénale que d'un réel procès devant le Tribunal correctionnel. En effet, il faut ici observer une différence nette entre la médiation pénale qui a certes, pour objet de contribuer à sa propre incrimination pour réparer le préjudice causé et la procédure de composition pénale où la contribution à sa propre incrimination a lieu en vue d'une négociation non pas entre la victime et le délinquant mais avec le ministère public et le mis en cause et ce, dans le but de bénéficier d'une peine moins lourde, car même s'il n'y a pas de négociation de la peine comme ce peut être le cas lors d'une comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité, la peine sera toujours plus clémente en cas de composition pénale que devant un Tribunal correctionnel. L'autorité dont dispose le Parquet ne peut qu'affaiblir la posture dans laquelle se trouve le délinquant, qui se verra surement contraint d'accepter une peine plus basse au risque de devoir comparaître devant un Tribunal correctionnel. En outre, dans le cadre de ce type de procédure, l'avocat n'étant pas obligatoire, le prévenu n'aura presque que d'autres choix d'accepter la peine proposée au risque de voir une peine plus lourde prononcée par la suite. Il faut bien rappeler que, dans cette procédure, en l'absence de conseil, le mis en cause est seul face au Ministère public et donc dépourvu de toutes personnes susceptibles de garantir les droits de la défense. Cela n'apparaît d'ailleurs pas équitable qu'une procédure telle que la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité impose un avocat alors que la procédure de composition pénale non. Pourtant, ce sont des peines relativement similaires qui sont prononcées à l'encontre de délinquant de même nature. Si certes, le but de la première consiste à négocier la peine, une sorte de négociation peut avoir lieu également dans le cas de la composition pénale. En effet, un cas d'espèce est à évoquer. Un homme est convoqué devant le ministère public en vue d'une composition pénale. Des faits de conduite en état d'ivresse lui sont reprochés. En effet, alors qu'il sortait du Casino avec sa femme, où il avait consommé plusieurs verres d'alcool, Monsieur X décide de déplacer son véhicule qu'il considérait comme gênant la circulation puisque son véhicule chevauchait une place normale et une place affectée aux véhicules électriques. Au moment où Monsieur X se trouve au volant de son véhicule, la gendarmerie l'interpelle, relève son identité, procède au contrôle de son alcoolémie, le place en garde à vue et une procédure de composition pénale lui est proposée. Monsieur X avait reconnu que le moteur de son véhicule était bien allumé et qu'il circulait sur la voie publique. Monsieur X fait le choix de prendre un avocat et ce dernier se rend compte que Monsieur X est de nationalité roumaine, qu'il est venu en France il y a quelques mois dans le but de créer une société dans le BTP en France, de la même manière qu'il avait créé son entreprise en

Roumanie ; que le soir des faits, certes Monsieur X était en état d'ébriété au moment où il a déplacé son véhicule pour mieux le garer, mais il avait, dès sa sortie du Casino, fait appel à un taxi dans le but de les raccompagner chez eux. Monsieur X se présente avec son conseil devant le représentant du ministère public, qui lui propose, conformément aux réquisitions du procureur de la république, une peine de six mois de suspension de permis. Il fallait soit accepter cette peine, soit la refuser, au risque de comparaitre plus tard devant le Tribunal correctionnel avec une possibilité d'être plus sévèrement puni. Mais aussi avec la possibilité que le ministère public mette fin aux poursuites, compte tenu des arguments apportés, à savoir que Monsieur X ne comptait pas conduire en l'état d'un empire alcoolique mais seulement éviter de déranger les véhicules souhaitant se garer sur une place spécifique. La façon dont s'est déroulée cette audience démontre l'importance du Conseil dans ce type de procédure. Si l'avocat n'avait pas été présent, Monsieur X aurait été contraint d'accepter sa peine, six mois de suspension de permis, mettre un terme à son projet professionnel et mettre en péril les besoins de sa vie de famille. Cela démontre que l'ensemble des procédures négociées devrait imposer la présence de l'avocat et ce, en vertu des droits de la défense mais surtout, en garanti du droit de ne pas s'auto-incriminer, il n'est pas normal que dans le cadre d'une procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité, les droits de la défense soient garantis alors qu'ils sont bafoués dans la procédure de composition pénale. Dans l'exemple anecdotique cité, il a bien été ressenti cette crainte du mis en cause de devoir s'auto-incriminer au risque d'être puni d'une peine plus sévère où la peine d'emprisonnement est encourue⁶²⁶. Cela continuera d'arriver dès lors que le mis en cause ne bénéficie pas d'une parfaite connaissance de la procédure ni des conséquences qui en découle. La seule personne pouvant l'en informer étant le Conseil. Cela est préjudiciable pour la personne mise en cause à qui il faudrait imposer un avocat dans ce type de procédure négociée où la contribution à sa propre incrimination est nécessaire à la conclusion de la négociation pénale. Le concept de négociation prend donc ici une autre tournure au regard du consentement nécessaire à la notion de contractualisation. L'étude de la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité permettra de vérifier si oui ou non, le consentement est vicié dans ce type de procédures pénales⁶²⁷.

⁶²⁶ Article L 234-1 du Code de la route.

⁶²⁷ LEROY J., « *L'aveu de culpabilité dans la composition pénale et le plaider coupable* », Gazette du Palais - n°233, Date de parution : 21/08/2014, Id : GPL188r7, Gaz. Pal. 21 août 2014, n° 188r7

- 622- C'est ainsi que, dans le prolongement de la composition pénale, une troisième marche sera atteinte avec la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité. Par sa création⁶²⁸, la procédure pénale va connaître une révolution en matière transactionnelle. L'étude de l'auto-incrimination sera développée principalement à travers cette mesure pénale.
- 623- Enfin, c'est sur la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité qu'il faudra s'appesantir. Définitivement adopté le 11 février 2004, après deux lectures par chaque assemblée devant la Commission Mixte Paritaire, le texte comportant de nombreuses dispositions de droit pénal et de procédure pénale a été déféré le même jour devant le Conseil constitutionnel par plus de soixante députés et par plus de soixante sénateurs. Les deux saisines ne mettaient en cause que six articles de la loi, dont l'article 137, relatif à la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité.
- 624- Saisi du contrôle de constitutionnalité de la loi, le Conseil Constitutionnel a, par sa décision n°2004-492 DC du 2 mars 2004⁶²⁹, prononcé deux censures sur les nouvelles procédures applicables à la criminalité et à la délinquance en bande organisée et sur la publicité de l'audience d'homologation et a émis diverses réserves d'interprétation.
- 625- La procédure a été créée, suite à cette décision, par la loi n°2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité⁶³⁰. Elle figure actuellement aux articles 495-7 à 495-16 du Code de procédure pénale. C'est très certainement le texte concernant la matière pénale le plus important de ces dix dernières années.
- 626- La mise en œuvre de la procédure de comparution sur reconnaissance préalable se déroule en deux phases principales. C'est un double degré de procédure constituée d'une peine proposée par le Ministère Public et de sa nécessaire homologation par un magistrat du siège.
- 627- La première, appelée la phase «active», est un passage en privé avec le procureur de la République, qui va proposer des peines éventuellement acceptées.

⁶²⁸ LOI n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, JORF n°59 du 10 mars 2004 page 4567

⁶²⁹ Décision n° 2004-492 DC du 2 mars 2004, JORF n°59 du 10 mars 2004 page 4637

⁶³⁰ LOI n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, JORF n°59 du 10 mars 2004 page 4567

- 628- Si la peine est acceptée, la procédure aboutit alors à une deuxième phase constituée par un passage devant un juge classique, le président du Tribunal de Grande Instance ou du juge délégué.
- 629- Cette notion de négociation, qui n'existe pourtant pas en procédure pénale, s'inspire directement du « *plea bargaining* » qui se définit comme un « *accord négocié entre un procureur et un accusé aux termes duquel l'accusé plaide coupable pour une infraction moindre ou pour l'un des multiples chefs d'accusation en échange d'une concession par le procureur, habituellement d'une peine moins sévère ou d'un abandon des autres chefs d'accusation* »⁶³¹. Il s'agit d'une procédure anglo saxonne par laquelle le procureur de la République propose à un prévenu un allègement de la peine encourue en échange d'une reconnaissance des faits qui lui sont reprochés. Elle est assimilée à un mode de contractualisation de la justice pénale, puisque la plupart des affaires sont traitées par une convention passée entre le procureur de la République et la défense, homologuée par le juge en audience publique⁶³². Ce type de procédure a vu le jour dans le système américain suite à l'afflux de contentieux voyant le jour. En effet, les procédures pénales aux Etats-Unis se déroulent en deux temps. Une première audience, publique, a lieu afin de savoir si la personne mis en cause entend plaider coupable ou non. S'il souhaite plaider coupable, il va s'auto-incriminer en reconnaissant les faits qui lui sont reprochés, si en revanche, il souhaite plaider non coupable, il sera nécessaire de convoquer un jury pour que son procès est lieu. La difficulté de ce type d'audience est le coût de son organisation⁶³³ et sa longueur. Il a donc été privilégié une procédure plus conforme à la philosophie anglo-américaine⁶³⁴, une procédure de négociation entre l'accusation et la défense. Cette procédure est correctement définie dans l'arrêt rendu par la Cour suprême dans une affaire Brady v. United States, en 1970⁶³⁵ : « *le plaider coupable est plus que la reconnaissance d'une conduite passée ; il est le consentement du défendeur à ce qu'un jugement de condamnation puisse être prononcé sans procès, une renonciation à son droit au procès devant un jury ou un juge ; les renonciations*

⁶³¹ *Black's Law Dictionary*, v. « *plea Bargain* ». Cette définition est reproduite dans « *Plaider coupable* » *La pratique américaine, le texte français*, I. Papadopoulos (dir.), PUF, coll. Droit et Justice, 2004, p. 18.

⁶³² PAPAPOULOS J., « *Plaider coupable : La pratique américaine, le texte français* », Coll. Droit et justice, éd. Presses Universitaires de France – Puf, 2005, p. 119.

⁶³³ LEROY J., « *L'aveu de culpabilité dans la composition pénale et le plaider coupable* », *Gazette du Palais* - n°233, Date de parution : 21/08/2014, Id : GPL188r7, *Gaz. Pal.* 21 août 2014, n° 188r7

⁶³⁴ *Ibid.*

⁶³⁵ Brady v. United States, 397 U.S. 742 (1970)

aux droits constitutionnels non seulement doivent être volontaires mais doivent aussi être des actes en connaissance de cause et intelligents, pris en tenant suffisamment compte des circonstances pertinentes et des conséquences afférentes ». Contrairement à la procédure pénale française, la procédure du plea bargaining prévoit un réel accompagnement du mis en cause dans le choix de sa défense pénale ce qui peut être reproché à des procédures négociées telles que la composition pénale ou la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité. En effet, le juge va expliquer au prévenu les conséquences de son choix. Cette absence de conseils dans les procédures française est dommageable car cela permettrait davantage, dans des procédures telles que la composition pénale, où l'avocat n'est pas obligatoire, de mieux comprendre les tenants et les aboutissants d'une peine négociée. Cela tendrait à la valorisation des droits de la défense car cela est protecteur du droit de ne pas s'auto-incriminer.

- 630- Bien que non codifiées, les procédures de « plaider coupable » constituent un axe majeur des systèmes pénaux des pays du *Common Law* car elles tirent leur force de l'existence d'une procédure pénale accusatoire qui met en pleine et pure contradiction le Ministère Public et la Défense. Mais alors qu'en droit anglo-saxon, la peine et la qualification juridique retenues sont réellement négociées par la personne poursuivie, en droit français la peine est proposée par le procureur de la République et acceptée ou refusée par la personne poursuivie.
- 631- Malgré tout, l'influence du droit anglo-saxon est indéniable, et par certains aspects, la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité se rapproche effectivement de son modèle d'inspiration, le « plea bargaining ».
- 632- Cette technique a également été réceptionnée par des États de l'Union Européenne. En validant la loi devant lui déferée, le Conseil Constitutionnel, dans sa décision du 2 mars 2004⁶³⁶, a permis à notre pays de se doter d'une modalité procédurale déjà en vigueur depuis la fin des années 80 dans d'autres pays européens, tels que l'Espagne, l'Italie et le Portugal⁶³⁷.
- 633- Plus rarement, en Suisse, le nouveau code de procédure pénale du 5 octobre 2007, entré en vigueur le 1er janvier 2011, instaure une procédure simplifiée ressemblant à ce type de

⁶³⁶ Dans sa décision n°2004-492 du 2 mars 2004, le Conseil Constitutionnel a validé la loi Perben II dans sa quasi-totalité, et a émis quelques réserves d'interprétation de portée générale, notamment en ce qui concerne l'équilibre dans l'utilisation du nouvel instrument procédural.

⁶³⁷ « Est ainsi consacré avec éclat le principe d'une sorte de consensualisme judiciaire (...) qui fait flores à l'étranger, pas seulement en *Common Law*, mais aussi – quoique plus récemment – dans tous les pays d'Europe continentale ». J. PRADEL, Vers un « aggiornamento » des réponses de la procédure pénale à la criminalité. Apports de la loi 2004-204 du 9 mars 2004, dite Perben II., JCP Éd. G^{ale} n° 19, 5 mai 2004.

procédure. Il s'agit de la procédure simplifiée répertoriée à l'article 358 du Code de procédure pénale. Cette procédure est soumise au contrôle du Tribunal et ce dernier est libre de rejeter celle-ci, notamment s'il considère que les sanctions sont inappropriées comme le prévoit l'article 361 al. 1 du Code de procédure pénale suisse. En cas de rejet, une procédure ordinaire est ouverte comme le dispose l'article 362 al. 3 du même code. Il faut noter que les déclarations du prévenu, telle que la reconnaissance de certains faits et l'acceptation de la peine, ne sont pas exploitables dans la procédure ordinaire subséquente comme le soutient l'article 362 al. 4 du Code de procédure pénale.

- 634- Enfin, pour bien prendre en compte l'ensemble des procédures qui tendent vers un mécanisme de négociation pénale, la procédure de transaction, qui connaît, depuis peu, un fort engouement⁶³⁸ est à évoquer. Cette procédure prévoit qu'un « *officier de police judiciaire peut, tant que l'action publique n'a pas été mise en mouvement et sur autorisation du procureur de la République, transiger avec les personnes physiques et les personnes morales sur la poursuite* » des contraventions et délits prévus par le texte⁶³⁹.
- 635- Si au départ son champ d'application était restreint à un contentieux principalement fiscal et douanier, cette procédure se penche petit à petit vers un contentieux pénal tels que les contraventions prévues par le Code pénal (sauf celles relevant de la procédure d'amende forfaitaire), les délits prévus par le Code pénal et punis d'une peine d'amende, les délits prévus par le même code et punis d'un an d'emprisonnement au plus (à l'exception du délit d'outrage), le délit de vol simple lorsque la valeur de la chose volée est inférieure à un seuil fixé par décret, le délit d'usage illicite de stupéfiants prévu à l'article L. 3421-1 du Code de la santé publique, le délit prévu au premier alinéa de l'article L. 126-3 du Code de la construction et de l'habitation et ce, conformément à la loi n° 2014-896 du 15 août 2014⁶⁴⁰ avec la création de l'article 41-1-1 du Code de procédure pénale⁶⁴¹.
- 636- Cette proposition de transaction, comme le prévoit le (II) de cet article « *est déterminée en fonction des circonstances et de la gravité de l'infraction, de la personnalité et de la situation matérielle, familiale et sociale de son auteur ainsi que de ses ressources et de ses charges* ».

⁶³⁸ GUYOMAR M., « *Transaction pénale et droit au procès équitable* », Gazette du Palais - n°36 - page 24, Date de parution : 24/10/2017, Id : GPL305f1, Gaz. Pal. 24 oct. 2017, n° 305f1, p. 24

⁶³⁹ Article 41-1-1 du Code de procédure pénale

⁶⁴⁰ Loi n°2014-896 du 15 août 2014 relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales (1), JORF n°0189 du 17 août 2014 page 13647.

⁶⁴¹ LOI n° 2014-896 du 15 août 2014 relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales (1), JORF n°0189 du 17 août 2014 page 13647.

Il s'agit d'une négociation encore plus innovatrice que les précédentes car cette procédure va permettre au délinquant de transiger directement avec l'officier de police judiciaire qui semble être les premiers acteurs de l'infraction commise, même si cette transaction se fait sous le couvert du ministère public. Pour que cette négociation respecte les droits de la défense, il est nécessaire que le mis en cause soit informé de la nature des faits reprochés ainsi que de leur qualification juridique, cela méconnaîtrait le droit à un procès équitable garanti par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme⁶⁴². Cependant, ici encore, le droit de ne pas s'auto-incriminer ne va pas pouvoir être respecté au regard de ce que nécessite une telle transaction : la reconnaissance d'une culpabilité. Quid de l'énonciation du droit de garder le silence lors de la garde à vue ? A-t-il vraiment un sens lorsque l'officier de police judiciaire envisage une procédure de transaction pénale ? Cette procédure pose un réel problème vis-à-vis des éléments qui entourent le droit de ne pas s'auto-incriminer. En effet, il semble que la position de l'officier de police judiciaire qui interpelle un délinquant en train de commettre une infraction et qui, compte tenu de la faible gravité des faits, va lui proposer une transaction avant de le placer en garde à vue, semble relativement ambiguë. S'il décide de ne pas le placer en garde à vue, le mis en cause ne bénéficiera d'aucun droit de la défense et son droit de garder le silence ne lui sera pas notifié. Il sera seul face à un officier de police judiciaire qui va prendre en main toute la procédure et indiquer certainement au mis en cause qu'il serait mieux pour lui qu'il accepte cette transaction car cela pourrait lui éviter un placement en garde à vue. Tout comme il pourrait lui être conseillé, en amont de la garde à vue, de ne pas choisir d'avocat pour que la transaction se déroule plus rapidement. Cela peut donc causer une réelle atteinte au droit de ne pas s'auto-incriminer de laisser un mis en cause, seul face à un officier de police judiciaire avec un déroulement de la procédure pénale qui ne sera expliqué que par cette autorité. Ainsi, si le terme de « transaction » est évoqué en l'espèce, compte tenu de ces éléments, il est nécessaire de se demander si le consentement de l'intéressé est réel ou imposé.

637- En effet, comme en atteste l'ensemble des procédures citées supra, toutes reposent sur le même mécanisme : un aveu de culpabilité permettant la reconnaissance de sa participation à l'infraction reprochée. *« Par ces lois successives, le législateur a donc bien entendu modifier l'édifice entier de la procédure pénale en la faisant reposer sur le socle d'une offre acceptée,*

⁶⁴² CE, 6-1, 24 mai 2017, n° 395321, ECLI:FR:CECHR:2017:395321.20170524, Syndicat de la magistrature et a., Lebon T., M. Beaufils, rapp., M^{me} von Cœster, rapp. publ. ; SCP Sevaux, Mathonnet, av.

d'un consentement, autrement dit, sur les fondements d'un accord »⁶⁴³. Au regard de l'aspect contractuel important de ces procédures négociées et particulièrement la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité qui sera largement développée infra au travers de l'auto-incrimination, il sera analysé quel est l'impact d'une procédure négociée sur ce droit (Chapitre 1.). C'est ainsi que le caractère contractuel de ces procédures sera abordé permettant de vérifier si oui ou non il s'agit d'un réel contrat entre les divers protagonistes. (Chapitre 2.)

Chapitre 1. L'auto-incrimination nécessaire à la contractualisation de la procédure

638- L'originalité de cette procédure se traduit par son aspect contractuel souvent cité par la doctrine⁶⁴⁴. Partant du principe qu'une justice contractualisée est une justice plus rapide, et sans doute plus efficace, les pouvoirs publics continuent d'adopter une politique de réponse pénale immédiate, utilisant des procédures rapides comme les alternatives aux poursuites. Mais à quel prix ? Si cette originalité tend parfois à la protection de l'auto incrimination (Section 1.) il semble que cette protection soit lacunaire (Section 2.)

Section. 1. L'apparence d'une protection de l'auto incrimination par la contractualisation

639- Si d'apparence, l'auto-incrimination semble protégée par cette procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité grâce à l'aspect contractuel strict qu'impose le droit civil (Paragraphe 1.), cette protection sera en réalité lacunaire, particulièrement due à la supériorité du Ministère public qui semble être le seul à disposer de la maîtrise de cette procédure (Paragraphe 2.)

⁶⁴³ AMBROISE-CASTÉROT C. « *Aveu* » – op.cit.

⁶⁴⁴ AMBROISE-CASTÉROT C., « *Le consentement en procédure pénale* », op.cit.

Paragraphe 1. Une protection nécessaire

- 640- La procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité étant une procédure touchant de près le phénomène de contractualisation de la procédure pénale, il est nécessaire que les parties soient protégées dans ce contrat. Cette protection passe notamment par un équilibre des parties qui doit être présent tout au long du déroulement de la procédure.
- 641- L'idée d'une justice contractualisée ou négociée, n'est pas tout à fait inconnue dans le système français où plusieurs procédures ont introduit des formes de transaction telles que les alternatives aux poursuites, comme la médiation pénale ou la procédure de composition pénale⁶⁴⁵. En ce sens, il est opportun de traiter en premier lieu ce qu'est réellement le domaine contractuel et ce qu'il n'est pas (A.), pour se rendre compte du rapprochement des procédures de reconnaissance de culpabilité vers l'apparence d'un contrat négocié (B.).

A. L'assimilation de la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité à un contrat civil

- 642- La question s'est posée de savoir si la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité était une procédure consensuelle au regard de certains auteurs qui énonçaient les termes de justice consensuelle ou acceptée⁶⁴⁶. « *En apparence trop négocié, ce mode de comparution donne à penser au prévenu que, finalement, tout se discute et que la justice se résume à une vulgaire foire au marchandage. A l'heure où l'autorité perd sans cesse du terrain et la Justice de la crédibilité, cette procédure constitue une regrettable et nouvelle occasion de perdre des repères* »⁶⁴⁷.
- 643- La notion de contrat se traduit par un accord de volonté ayant pour but d'engendrer une obligation d'une ou de plusieurs personnes envers une ou plusieurs autres⁶⁴⁸. L'article 1101 du Code civil le définit comme « *un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destinées à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations.* »

⁶⁴⁵ DANET J., DALLE H., JANAS J. et MOLINS F., « *Le nouveau procès pénal après la loi Perben II* », Coll. journées d'études 2004, Dalloz-Sirey 2004.

⁶⁴⁶ AMBROISE-CASTEROT C., « *Le consentement en procédure pénale* », op.cit.

⁶⁴⁷ Propos de Emmanuel VAUTIER, avocat à la Cour, inscrit au barreau de Meaux, membre du conseil de l'ordre, à propos des dysfonctionnements de la procédure de CRPC.

⁶⁴⁸ REY Alain, Sous la direction de ROBERT Paul, Dictionnaire Le Petit Robert, 2010.

644- L'article 1102 du Code civil prévoit en ce sens que « *Chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son cocontractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi* ». C'est à partir de cette liberté contractuelle que débute un contrat. La théorie de l'autonomie de la volonté, est d'ailleurs souvent présentée comme fondement de la liberté contractuelle puisque aucun homme ne put, par principe, être assujéti à des obligations que par sa propre volonté⁶⁴⁹. Il s'agit d'une liberté de créer, par la rencontre de deux volontés au moins, une ou plusieurs obligations. Il y a une volonté de se lier à l'autre. Dans le cas d'une procédure négociée telle que la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité, il y a une volonté de la part du mis en cause de se lier au ministère public. Une liberté de s'obliger⁶⁵⁰ va alors prendre place. Cependant pour que cette liberté contractuelle soit pleinement garantie il faut respecter plusieurs principes. Tout d'abord il faut que l'individu qui fait le choix de contracter soit libre de choisir son cocontractant, de déterminer le contenu et la durée du contrat. Dans le cas de la procédure de comparution sur reconnaissance de culpabilité, la question relative au contenu peut se poser. En effet, si le mis en cause propose une peine de 3 mois d'emprisonnement alors que le procureur de la République lui en a proposé 6 et que ce dernier n'entend pas négocier la peine ? Peut-on considérer qu'il est d'accord sur le contenu du contrat ? En réalité s'il n'est pas totalement libre de déterminer le contenu du contrat, il a, en revanche, la possibilité d'accepter ou non le contrat. S'il fait le choix finalement d'accepter la peine de 6 mois de suspension de permis c'est qu'il est d'accord sur le contenu, sinon il aurait refusé cette procédure.

645- Ensuite, le principe de la force obligatoire doit s'imposer. C'est-à-dire que le contrat s'impose au juge, qui est la loi des parties, si les parties ne respectent pas le contrat, le contentieux pourra se régler devant une juridiction. Le principe de la procédure prévue aux articles 495-7 à 495-16 du Code de procédure pénale pourrait reprendre cette idée selon laquelle puisque le juge est l'homologateur de l'accord conclu entre le procureur de la République et le mis en cause, le juge fait la loi des parties. En effet, sans l'accord final du magistrat, la procédure ne peut prendre place. Mais en réalité le juge n'est là que pour valider le contrat. Ainsi, une fois la peine acceptée par le mis en cause, il n'y a pas de sanctions qui puissent être prises par un juge s'il venait à ne pas respecter le contrat. Si le délinquant ne respecte pas les termes de la

⁶⁴⁹ LIBCHABER R., « *La propriété, droit fondamental* », in CABRILLAC R., « *Libertés et droits fondamentaux* » 24e éd., Paris, Dalloz, 2018 p. 684.

⁶⁵⁰ V. notamment M. – L IZORCHE, « *L'avènement de l'engagement unilatéral en droit privé contemporain* », thèse 1989, PUAM 1995, préf. J. MESTRE ; E. DOCKES, « *L'engagement unilatéral de l'employeur* », Dr. Soc. Mars 1994, p.227 ; S. JEAN, « *L'acte unilatéral de l'employeur* », thèse Paris I, 1999, dactyl.

négociation conclue alors il prend le risque d'être jugé mais dans le cadre d'une nouvelle procédure par le Tribunal correctionnel, et non pas par le magistrat qui a homologué le prétendu contrat⁶⁵¹. Le juge apparaît donc comme tiers dans cette procédure. Il s'agit donc ici d'un argument qui tendrait à différencier la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité de la notion de contrat en tant que telle. Enfin, il apparaît nécessaire de rappeler l'importance de l'effet relatif du contrat. S'il est essentiel que le contrat conclu ne nuise pas aux tiers, le principe impose que le contrat ne doit leur profiter que s'ils l'acceptent⁶⁵². Cela pourrait en effet correspondre à la mise en œuvre de la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité dès lors qu'une victime a fait le choix de se constituer partie civile. Néanmoins, elle n'a que ce seul droit de solliciter des dommages et intérêts, elle n'a aucun droit de regard sur la peine proposée, ni homologuée. Il peut donc être considéré que ce contrat s'il en est un, ne peut pas nuire à la partie civile, mais qu'elle n'en est pas pour autant partie à la convention. Il ne peut en effet pas être soutenu que la victime est une partie au contrat qui lie le délinquant au ministère public, puisque elle n'est justement pas liée par ce contrat. Le seul lien réside entre le Parquet et le mis en cause qui vont s'entendre sur une peine, la partie civile n'ayant aucun droit de regard sur cette négociation, elle ne peut être considérée comme une partie.

646- Ainsi, si le principe de l'autonomie semble respecté et si la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité peut être ainsi assimilée à un contrat, il faut désormais vérifier si le « contrat » qui lie le délinquant du ministère public dans le cadre de la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité rassemble les éléments essentiels requis par l'ancien article 1108 du Code civil.

647- Le deuxième de ces critères est juridique conformément aux conditions nécessaires à la validation du contrat. En effet, selon l'ancien article 1108 du Code civil, quatre conditions sont essentielles pour la validité d'une convention : Le consentement de la partie qui s'oblige ; Sa capacité de contracter ; Un objet certain qui forme la matière de l'engagement ; Une cause licite dans l'obligation ». Depuis la réforme du droit des contrats, l'article 1128 du Code civil

⁶⁵¹ A titre d'exemple, le cas où le mis en cause aurait pour obligation dans le cadre d'une procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité de ne pas d'utiliser des chèques ou d'émettre des cartes de paiement dans le cadre de sa sanction et où, malgré cette interdiction, il continuerait à le faire.

⁶⁵²LIBCHABER R., « *La propriété, droit fondamental* », in CABRILLAC R., « *Libertés et droits fondamentaux* » op.cit., p. 685

impose pour valider un contrat : « 1° Le consentement des parties ; 2° Leur capacité de contracter ; 3° Un contenu licite et certain ».

1. Le consentement des parties

648- Pour former un contrat et qu'il soit valide, le consentement des parties est requis. En matière pénale, c'est la même chose, ce consentement permet de valider la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité. Il sera particulièrement opportun de s'intéresser au consentement des parties, qui dans ce type de procédures semble vicié. Cela permettra de vérifier si le mis en cause n'est pas contraint de s'auto-incriminer et si, en conséquence, sa protection est assurée.

649- En effet, dans le cadre de la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité le consentement semble poser une difficulté dès lors que le mis en cause va être en quelque sorte contraint de devoir s'auto-incriminer pour pouvoir bénéficier d'une peine moins lourde. Est-ce que, s'il n'avait pas bénéficié d'une peine en dessous du maximum fixé il aurait tout autant contribué à sa propre incrimination ? C'est en ce sens que le consentement des parties peut apparaître vicié.

650- Le consentement à un contrat est en principe instantané. « *Le modèle simple de la rencontre de l'offre et de l'acceptation trouve ici toute sa justification* »⁶⁵³. Le principe de contractualisation est prévu par l'article 1101 du Code civil. Il se formalise par une offre et une acceptation. Dans le cas de la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité c'est l'offre qui va être faite en échange d'un aveu, en échange d'une auto-incrimination. L'aveu constitue le socle de la procédure négociée. S'il n'y a pas d'aveu, le ministère public ne proposera pas de peine. Il est donc obligatoire que le délinquant s'auto-incrimine pour qu'une peine plus douce soit proposée. Pour que cette proposition ait lieu, il faut donc que le mis en cause renonce à son innocence. Le Parquet va, dans cette procédure, disposer d'un pouvoir très large. La doctrine confirme ce sentiment de « toute-puissance » en indiquant que « *Ces nouveaux modes alternatifs (alternatifs aux poursuites ou alternatifs au procès « traditionnel » ou « troisième voie ») mettent en lumière un déplacement de la fonction de juger, de dire le droit (juris dictio), puisque c'est désormais le procureur de la République qui se trouve investi de la tâche de choisir et prononcer la peine, en plus de celle*

⁶⁵³ MAINGUY D., « *Contrats spéciaux* », Dalloz Cours, 5^e édition, JOUVE, septembre 2006, p.55

de se réserver le choix de poursuivre ou non. Le magistrat du siège n'a plus pour compétence réservée, et tellement réduite, que le champ de la validation ou de l'homologation, lorsque le législateur la requiert »⁶⁵⁴.

- 651- Une fois l'aveu donné, une offre est faite par le ministère public qui a le pouvoir de proposer la peine qui lui plaira⁶⁵⁵. Seul le mis en cause peut l'accepter, liant les deux parties comme si elles étaient liées à un contrat synallagmatique, tel que prévu par l'article 1106 du Code civil qui rappelle que « *Le contrat est synallagmatique lorsque les contractants s'obligent réciproquement les uns envers les autres* ». Dans le cadre de cette procédure incluant une reconnaissance de culpabilité, la rencontre entre la personne mise en cause et le procureur de la République semble rejoindre ce contrat synallagmatique. La prestation du premier, se caractérise par cette reconnaissance et la contrepartie du second se définit par la proposition émise quant à l'octroi d'une peine aménagée, soumise par le magistrat du Parquet à celui du siège, et non pas du prononcé de la peine elle-même, qui lui, reste aléatoire. C'est au mis en cause de choisir si oui ou non il accepte la proposition du parquet. Il peut l'accepter, la refuser et même prendre le temps de la réflexion comme cela est prévu également dans un contrat⁶⁵⁶. S'il accepte la proposition du ministère public, les deux parties seront liées si le juge décide d'homologuer la procédure. Le consentement de la peine sera donc donné par l'auto-incrimination du mis en cause. Un contrat synallagmatique sera conclu entre les deux parties, le ministère public et le délinquant. Ces deux parties apparaissent donc protégées au sein de cette procédure pénale.
- 652- Il convient donc de souligner que la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité représente une convention négociée dans laquelle chaque partie reçoit en échange de sa prestation une contrepartie qu'elle acceptera, si elle la juge satisfaisante, pour conclure le contrat. La question se posera cependant de savoir si ce consentement n'est pas vicié car empreinte de contrainte.

⁶⁵⁴ V. not., SAAS, De la composition pénale au plaider-coupable : le pouvoir de sanction du procureur, RSC 2004. 827

⁶⁵⁵ Ainsi, la peine d'emprisonnement ne saurait excéder la moitié de la peine normalement encourue, et ce, dans la limite d'un an d'emprisonnement ferme, seuil qui ne peut jamais être dépassé quelle que soit la sanction prévue au texte (art. 495-8). La peine d'amende ne doit pas, bien entendu, dépasser le montant prévu par la loi. En revanche, il faut noter que ces peines peuvent être cumulées, éventuellement, avec d'autres et qu'un sursis est toujours possible : V. not., AMBROISE-CASTEROT C., « *Aveu* » – op.cit.

⁶⁵⁶ Le prévenu vient entériner son auto-incrimination. Il peut aussi demander à bénéficier d'un délai de réflexion. En vertu de l'article 495-8 du Code de procédure pénale, la personne peut demander à disposer d'un délai de dix jours avant de faire connaître si elle accepte ou refuse, la ou les peines proposées.

653- L'article 1130 du Code civil prévoit les cas où le consentement serait vicié : « *L'erreur, le dol et la violence vicient le consentement lorsqu'ils sont de telle nature que, sans eux, l'une des parties n'aurait pas contracté ou aurait contracté à des conditions substantiellement différentes* ».

654- Dans cet article deux éléments méritent d'être analysés. Tout d'abord le concept de violence. Celle-ci doit être entendue comme une pression exercée sur un contractant aux fins de le contraindre à consentir au contrat. Depuis la réforme du droit des obligations quatre articles sont désormais consacrés à cette notion de violence. C'est ainsi que le nouvel article 1140 du Code civil définit la violence comme : « *il y a violence lorsqu'une partie s'engage sous la pression d'une contrainte qui lui inspire la crainte d'exposer sa personne, sa fortune ou celles de ses proches à un mal considérable.* » Il ressort de cet article que pour qu'il y ait violence il faut l'exercice d'une contrainte et l'inspiration d'une crainte. Il ne s'agit donc pas d'une violence physique mais d'une violence psychologique, d'une violence morale qui se traduirait comme une menace tenant à imposer au contractant de former un contrat. Cette contrainte doit avoir pour but d'atteindre le consentement de la victime. Dans cette procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité où le prévenu reconnaît sa culpabilité et s'auto-incrimine, l'offre du Parquet consiste en la proposition de recourir à des peines réduites, par rapport à celles qui seraient encourues dans le procès traditionnel. Mais il ne peut être question de contractualisation puisqu'il n'y a en réalité pas de consentement libre et éclairé au vu de la menace au final d'une sanction plus lourde si la personne mise en cause ne reconnaît pas sa culpabilité. En effet, dans cette procédure, l'adhésion du « contrat » par les personnes mises en cause, pourra être sollicité sur fond de pression, dans le sens où ils sont dans une position d'infériorité face aux acteurs de cette procédure. « *Le pot de terre se heurtera au pot de fer* »⁶⁵⁷. Il s'agit d'un réel détournement de la preuve pénale. Qu'il s'agisse de n'importe quelle procédure négociée citée précédemment, l'auto-incrimination est toujours mise en avant au travers de l'aveu. Mais cet aveu, tant recherché, n'a finalement aucun impact juridique. Peu importe en réalité que le prévenu ait commis ou non l'infraction qui lui est reprochée, peu importe également que des vérifications soient faites en ce sens. « *Ici, l'aveu est recherché et admis presque sans condition, qu'il corresponde ou non à la vérité. Cet aveu revient en quelque sorte à une dispense de preuve. Il n'est que la valeur*

⁶⁵⁷ Le Monde, 27 janv. 2004, Entretien avec Me Robert Badinter, art. préc.

marchande d'une transaction sur la peine, de type accusatoire. Il n'est plus question ici de rechercher une vérité matérielle, mais de se contenter d'une vérité juridique »⁶⁵⁸.

655- On pourrait rétorquer que le prévenu est assisté de son avocat, mais c'est une forte responsabilité qui pèse sur ce dernier puisqu'il lui reste, dans cette situation déséquilibrée, à tenter de négocier au mieux, tout en gardant à l'esprit les précisions données par le ministère de la justice, à travers la circulaire du 2 septembre 2004⁶⁵⁹ : « *la loi ne prévoit pas de négociation sur la peine entre l'avocat et le procureur de la République, qui est totalement libre de choisir la ou les peines qu'il entend proposer à l'auteur des faits, sans tenir aucun compte des éventuelles observations de l'avocat* »⁶⁶⁰. C'est bien la preuve qu'il n'y a ni débat, ni contrat.

656- Certains auteurs se montrent également réticents à cette idée de contractualisation, tels que le Professeur Xavier Pin, qui estime par exemple que la « *contractualisation est excessive* », même s'il admet que le procès pénal est « *transfiguré* »⁶⁶¹.

657- Cependant, pour aller à l'encontre de la doctrine, il faut également rappeler qu'en matière civile, la menace dont fait l'objet le contractant doit être illégitime, en ce sens que l'acte constitutif de la contrainte ne doit pas être autorisé par le droit positif. Ainsi, la menace d'une poursuite judiciaire ou de la mise en œuvre d'une mesure d'exécution forcée ne saurait constituer, en elle-même, une contrainte illégitime⁶⁶². En l'état, il ne semble pas qu'il faille considérer la proposition de peine faite par le ministère public en l'échange de l'auto-incrimination du mis en cause comme une contrainte illégitime. Il faut encore une fois rappeler que le mis en cause a le libre choix de recourir à cette procédure. Certes, il y a un risque de bénéficier d'une peine plus lourde devant le Tribunal correctionnel, tout comme ce dernier peut prononcer exactement la peine. Rien ne garantit en réalité que le Parquet sera plus clément parce qu'il s'agit d'une procédure négociée. Le Tribunal correctionnel va statuer

⁶⁵⁸ LOUIS-LUCAS P., « *Vérité matérielle et vérité juridique* », in Mélanges offerts à René Savatier, 1965, Dalloz, p. 583

⁶⁵⁹ Circulaire du 2 septembre 2004 du ministère de la justice « présentation des dispositions de la loi n°2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalités relatives à la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité », N°NOR : JUS-D-04-30176C, N° CIRCULAIRE : Crim - 04-12-E8-02.09.04, REFERENCE : S.D.J.P.G. n°02-L-242.

⁶⁶⁰ Circ. n° 04-12-E8 du 2 sept. 2004, op. cit., n° 2.2.3.

⁶⁶¹ PIN X., « *La privatisation du procès pénal* », Rev. Sc. Crim. 2002, p.257.

⁶⁶² BAMDE A., « *La violence : notion, éléments constitutifs et réforme des obligations* », 20 février 2017, Droit des contrats, <https://aurelienbamde.com/2017/02/20/la-violence-notion-elements-constitutifs-et-reforme-des-obligations/>

en fonction de la situation, des faits et de la personnalité du prévenu⁶⁶³, il est totalement probable que la peine soit identique. Si le prévenu fait le choix d'accepter une peine, en échange de son auto-incrimination, il sait qu'il renonce à sa présomption d'innocence. S'il le fait c'est pour qu'il puisse bénéficier d'une peine moins lourde et donc que cela lui soit profitable, il ne peut donc pas revendiquer la contrainte illégitime.

658- Ainsi, dès lors que le mis en cause aura, par le biais de son auto-incrimination donné son accord à la proposition émise par le parquet la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité pourra être homologuée tout comme le consentement des parties validera le contrat. Il peut donc être considéré que cette procédure s'assimile à un contrat au sens civil du terme.

2. La capacité des parties

659- La capacité d'un individu est une composante de sa personnalité juridique⁶⁶⁴, cet éléments demeurent essentiel à la conclusion d'un contrat que ce soit en matière civile ou en matière pénale. Ainsi, les articles 1145 à 1147 et suivants du Code civil prévoient les éléments qui entourent cette notion de capacité pour pouvoir conclure un contrat. C'est ainsi que l'article 1145 du Code civil rappelle que « *Toute personne physique peut contracter sauf en cas d'incapacité prévue par la loi* », que l'article 1146 du même code indique que « *Sont incapables de contracter, dans la mesure définie par la loi : « 1° Les mineurs non émancipés ; « 2° Les majeurs protégés au sens de l'article 425* ». La procédure de reconnaissance préalable de culpabilité prévoit cette notion de capacité juridique puisqu'elle rappelle au sein de l'article 495-16 du Code de procédure pénale que cette procédure n'est pas applicable aux mineurs de 18 ans. Elle ne précise rien en ce qui concerne les majeurs sous curatelle ou sous tutelle. Toute personne majeure, quelle que soit sa distinction peut donc faire l'objet d'une telle procédure. Ainsi, il peut être considéré qu'en présence de leur tuteur et curateur, ces personnes, si elles sont reconnues pénalement responsable pourront faire l'objet d'une procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité. Ainsi, il apparaît à nouveau que tout de cette procédure a les apparences d'un contrat.

⁶⁶³ Article 132-24 du Code pénal relatif au principe de la personnalisation de la peine.

⁶⁶⁴ TERRE F., SIMLER P., LEQUETTE Y., « *Droit civil, Les obligations* », Droit privé, Précis, 12e éd, Varese, 2018, p. 113

3. Un contenu licite et certain

- 660- Cet élément, nécessaire à la validation de la formation d'un contrat, suppose de vérifier l'objet de l'engagement des parties. C'est à dire vers quoi les parties ont voulu tendre en contractant. Les nouveaux articles 1162 et 1169 du Code civil sont venus prévoir que, pour être valide, le contrat doit non seulement ne pas « *déroger à l'ordre public [...] par son but* », mais surtout prévoir « *au moment de sa formation la contrepartie convenue au profit de celui qui s'engage* » laquelle contrepartie doit être certaine. Il faut donc un but et une contrepartie. Il faut donc déterminer quel est le but que les parties poursuivent en contractant, soit la raison pour laquelle elles s'engagent.
- 661- Ainsi, dans le cas de la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité, le mis en cause accepte de s'auto-incriminer pour que le ministère public lui fasse une proposition en deca du maximum légal, et par son aveu et son consentement, le délinquant va accepter cette proposition. Le mis en cause s'auto-incrimine pour que le procureur de la République lui fasse une proposition plus basse. Le ministère public en l'échange de cet aveu, va émettre cette proposition. Libre au mis en cause de l'accepter ou pas. Dès lors que cette négociation abouti à une procédure pénale prévue par la loi, elle devient, par principe, licite
- 662- Ces deux raisons pour lesquelles le ministère public et le mis en cause s'engagent vont constituer l'objet du contrat. L'objet de l'obligation résidera dans le fait que le mis en cause puisse bénéficier d'une peine plus douce s'il s'auto-incrimine. Pour le ministère public, cela résidera dans le fait d'obtenir l'aveu pour pouvoir mettre en marche cette procédure négociée. Ce développement permet donc de constater l'importance de l'aspect contractuel qui tend à la protection du mis en cause. Le fait qu'un contrat, au sens du droit civil, est strict et relativement encadré permet de vérifier l'équilibre des parties toujours présent. En effet, il apparait que la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité ressemble en tout point à un contrat négocié. Il respecte le consentement des parties, la capacité des parties et une cause licite et certaine est bien présente dans cette procédure pénale. Tant le ministère public que le mis en cause y trouvent une issue positive.

B. L'apparence d'une sanction négociée

- 663- En effet, la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité dispose de toutes les qualités requises pour qu'il ressemble à un contrat négocié.

- 664- L'initiative de la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité doit pouvoir résulter du choix de la partie poursuivante, comme de celui de la partie poursuivie, sans que l'une ni l'autre ne soit liée par une quelconque obligation dans son choix. C'est ce qu'exprime le Code de procédure pénale en disposant que « *le procureur de la République peut, d'office ou à la demande de l'intéressé ou de son avocat, recourir à la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité* » comme le prévoit l'article 495-7 du Code de procédure pénale. La continuité selon laquelle la procédure de comparution préalable de culpabilité serait une procédure contractuelle demeure toujours présente.
- 665- En effet, chacun est libre de souhaiter recourir à la procédure. Si c'est le cas, cela signifie que l'autre n'y a pas émis d'opposition. Ainsi est posé le principe de contractualisation. Il ne faut pas oublier que par principe, cette procédure a été créée dans un but de célérité, bien sûr, mais cette célérité ne peut prendre place que si le mis en cause bénéficie d'une peine moins lourde. Le délinquant aura donc tendance à l'accepter. Dès lors qu'il a la possibilité de la refuser et qu'il ne le fait pas, il peut être considéré que le délinquant souhaite conclure ce contrat avec le Parquet. La protection de l'auto-incrimination apparaît alors comme concrète puisqu'il n'est pas imposé au prévenu de participer à sa culpabilité, du moins pas en apparence. Dans le cadre de ce mécanisme reposant sur le principe d'acceptation, le droit de ne pas s'auto-incriminer est garanti.
- 666- Dans ce processus pénal, les acteurs semblent réciproquement bénéficiaires d'une issue positive. C'est dans ce climat consensuel que s'inscrit la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité, climat indispensable à toute rencontre en vue de conclure un contrat.
- 667- La procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité comporte trois phases principales: la reconnaissance de la culpabilité, constituée par la prestation de l'auteur du délit; la proposition de peine, qui équivaut à la contrepartie du magistrat; l'acceptation ou le refus de la peine proposée, qui représente en quelque sorte l'échange des consentements.
- 668- La reconnaissance de culpabilité est, par construction et comme son nom l'indique, la condition préalable à la conclusion de la convention. En vertu de l'article 495-7 du Code de procédure pénale, la procédure ne peut être mise en œuvre que lorsque la personne « *reconnaît les faits qui lui sont reprochés* ». L'auto-incrimination est au cœur de cette procédure, elle en constitue le socle. Mais il y a un déséquilibre entre les parties qui est à noter. Si l'intéressé reconnaît les faits, il n'a aucune assurance de lier le procureur de la

République, ce dernier peut refuser, alors même que l'aveu est la condition nécessaire. Si par exemple, à la suite de l'instruction du dossier le ministère public se rend compte que cette procédure doit faire l'objet d'une procédure devant le tribunal correctionnel, il peut mettre un terme à la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité. Il apparaît alors que l'aveu est une condition nécessaire mais pas suffisante, fragilisant le droit de ne pas s'auto-incriminer.

- 669- L'article 495-8 du Code de procédure pénale précise que les déclarations par lesquelles la personne reconnaît les faits qui lui sont reprochés sont recueillies en présence de l'avocat de l'intéressé. Toutefois, cette reconnaissance peut être écrite. Il s'agit alors d'une auto-incrimination écrite. C'est le cas lorsque la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité est engagée dans le cadre d'une citation directe ou d'une convocation en justice. En échange de cette reconnaissance de culpabilité, le procureur de la République propose la peine. Le magistrat va arrêter sa proposition à l'issue d'un dialogue ouvert dans lequel chacune des parties en présence pourra faire valoir son argumentation et défendre ses intérêts, ou au contraire en l'absence de tout échange. L'auto-incrimination apparaît alors comme un élément essentiel de négociation. Le prévenu doit s'auto-incriminer s'il veut avoir une chance de pouvoir négocier sa peine.
- 670- En théorie, toute idée de négociation doit être proscrite lors du déroulement de la procédure, ce qui a d'ailleurs été clairement affirmé par le garde des sceaux à l'occasion de ses différentes interventions publiques sur le sujet⁶⁶⁵, rappelé lors des débats parlementaires⁶⁶⁶, et relevé par une grande partie de la doctrine⁶⁶⁷. Cependant, absence de négociation ne veut pas dire absence de discussion et rien n'interdit de penser que la proposition initiale du procureur de la République puisse évoluer au cours des échanges qui ne manqueront pas d'intervenir pendant la comparution devant lui, notamment avec l'avocat du prévenu. Sur ce point, la lecture de la circulaire du 2 septembre 2004⁶⁶⁸ émanant de la Direction des affaires criminelles et des

⁶⁶⁵ PERBEN D., Garde des sceaux, décl. Sén., préc ; *ibid.*, discours à l'assemblée générale de la conférence des bâtonniers, préc.

⁶⁶⁶ ZOCCHETTO F., « *Rapp. au nom de la Comm. des lois au Sénat* », *op. cit.* ; WARSHMANN J-L., *Rapp. au nom de la Comm. des lois à l'AN*, *op. cit.*

⁶⁶⁷ Entre autres : CERE J.P et REMILLEUX P., « *De la composition pénale à la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité : le "plaider-coupable à la française"* », *AJ pénal* 2003, p. 45 ; Le GUHENEZ F., « *Loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, deuxième partie: adaptation et diversification des réponses pénales* », *JCP* 2004, actu.188, p.657.

⁶⁶⁸ Circulaire du 2 septembre 2004 du ministère de la justice « présentation des dispositions de la loi n°2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalités relatives à la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de

grâces est intrigante. Même si ce texte précise que la loi ne prévoit aucune négociation sur la peine entre l'avocat et le procureur de la République, qui est totalement libre de choisir la peine, sans tenir aucun compte des éventuelles observations de l'avocat, il peut être constaté que le procès-verbal de présentation, dans lequel figure le détail des peines proposées, ne doit faire apparaître que les peines définitivement proposées, « *et non la ou les peines que le parquet a pu le cas échéant proposer dans un premier temps, avant d'être convaincu de modifier sa proposition* »⁶⁶⁹. Ce qui démontre que dans la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité, le ministère public est intransigeant. Il n'a pas pour vocation de négocier avec les personnes faisant l'objet de la procédure, mais il peut tout de même, favoriser la mise en œuvre de celle-ci, en étant ouvert à la discussion ou modifier sa proposition initiale. Ce qui semble bien confirmer un climat de consensualisme de la procédure.

671- Une fois la proposition établie, la loi offre plusieurs possibilités à l'intéressé. Il peut refuser ou accepter la peine proposée. Cela peut être analysé comme un double degré d'auto-incrimination. Le premier est relatif à la reconnaissance de l'infraction et le second est directement relatif à l'acceptation de la peine. Le prévenu vient entériner son auto-incrimination. Il peut aussi demander à bénéficier d'un délai de réflexion. En vertu de l'article 495-8 du Code de procédure pénale, la personne peut demander à disposer d'un délai de dix jours avant de faire connaître si elle accepte ou refuse, la ou les peines proposées. Ce qui peut rappeler le délai de rétractation du Code de la consommation. Là encore, dans le texte, se retrouve l'esprit de la négociation. En effet, le délai de réflexion accordé à l'une des parties avant de donner son consentement favorise un consentement éclairé, exempt de tous vices et s'inscrivant, dès lors, dans une juste acceptation des éléments du contrat négocié comme le prévoit le code civil. Il s'agit donc d'une protection du droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination. Il va prendre le risque de s'auto-incriminer tout en maîtrisant son aveu, il s'agira d'un aveu réfléchi et pris en connaissance de cause.

672- La circulaire ministérielle du 2 septembre 2004⁶⁷⁰ mentionne d'ailleurs sur ce point que la possibilité de bénéficier d'un tel délai de réflexion était indispensable eu égard à l'importance des peines pouvant être proposées. En cas d'acceptation des peines proposées, il peut être considéré que le contrat est formé et la procédure se poursuivra devant le juge du siège.

culpabilité », N°NOR : JUS-D-04-30176C, N° CIRCULAIRE : Crim - 04-12-E8-02.09.04, REFERENCE : S.D.J.P.G. n°02-L-242.

⁶⁶⁹ Circ. n° 04-12-E8 du 2 sept. 2004, op. cit. n° 2.2.3.

⁶⁷⁰ Ibid.

673- Ainsi, au vu des éléments développés précédents, il semble que les règles de la négociation soient respectées et que les deux parties sortent bénéficiaires de cette négociation. Il ne s'agit en réalité que d'une apparence. En effet, certaines dispositions consensuelles de la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité ont du mal à se révéler totalement effectives. Le contrat conclu s'apparente moins à un contrat négocié par deux partenaires en position d'égalité, qu'à un contrat d'adhésion, dans lequel le contractant en position de force est le ministère public qui se sert de l'auto-incrimination pour pouvoir proposer la peine que bon lui semblera face à un mis en cause pris dans une situation de faiblesse où il ne lui reste plus beaucoup de droit à invoquer pour se défendre et particulièrement celui de la présomption d'innocence. La protection du droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination apparaît alors lacunaire.

Paragraphe 2. Une protection lacunaire

674- La protection du mis en cause peut apparaître lacunaire dans le sens où, face au ministère public, le mis en cause ne fait qu'adhérer à un contrat, sans que les conditions ne soient négociables. Il ne serait pas laissé de véritables marges de manœuvres au prévenu.

675- La théorie de droit civil du contrat d'adhésion est ancienne. Déjà développée dès le début du vingtième siècle par Saleilles⁶⁷¹, elle fut précisée dans les années 1970 par Georges Berlioz⁶⁷². Le contrat d'adhésion est aujourd'hui défini par la doctrine à partir de deux critères majeurs.

676- Dans un premier temps, l'offre est toujours générale, permanente et détaillée, de façon à ce que pour l'éventuel contractant, il n'y ait plus qu'à adhérer ; dans un second temps, la supériorité du pollicitant, qui découle d'une position de monopole de droit ou de fait.

677- D'un point de vue de pure technique juridique, cette conception ne peut être transposée en droit pénal, il faut en revanche se pencher sur la qualification qui pourrait être attribuée, à partir de ces critères, à l'acte passé entre le procureur de la République et le prévenu.

678- D'une part, l'offre du Parquet est en effet générale, permanente, et détaillée (A.) ; D'autre part, la position de supériorité de ce dernier, inhérente notamment à sa situation de monopole, comme à l'état de dépendance psychologique du mis en cause, ne peut être contestée (B.).

⁶⁷¹ SALEILLES R., « *Etude sur la théorie générale de l'obligation* », éd. Mémoire du droit, 3^e ed., mars 2001, p. 479

⁶⁷² BERLIOZ G., « *Le contrat d'adhésion* », 2e édition, Paris, L.G.D.J., 1976, 222 pages, préface de Berthold Goldman.

A. Les critères émanant de l'offre du Parquet

679- Dans la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité, l'offre du Parquet consiste en la proposition de recourir à des peines réduites, par rapport à celles encourues dans un procès classique. Cette offre se veut générale, permanente et détaillée. Elle se veut générale, puisqu'elle s'adresse à tout individu auteur d'un délit entrant dans le domaine d'application *rationae materiae* de la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité⁶⁷³. Sont seulement exclus de ce champ les mineurs de dix-huit ans, les délits relatifs à des infractions en matière de presse, les délits d'homicide involontaires, les délits politiques ou les délits dont la procédure de poursuite est prévue par une loi spéciale.

680- Elle se veut permanente, dans le sens où elle résulte de la loi et que celle-ci est d'application stricte et elle se veut, enfin, détaillée, d'abord parce que l'article 495-8 du Code de procédure pénale en fixe précisément les limites « *Le procureur de la République peut proposer à la personne d'exécuter une ou plusieurs des peines principales ou complémentaires encourues ; la nature et le quantum de la ou des peines sont déterminés conformément aux articles 130-1 et 132-1 du code pénal.*

Lorsqu'est proposée une peine d'emprisonnement, sa durée ne peut être supérieure à un an ni excéder la moitié de la peine d'emprisonnement encourue. Le procureur peut proposer qu'elle soit assortie en tout ou partie du sursis. Il peut également proposer qu'elle fasse l'objet d'une des mesures d'aménagement énumérées par l'article 712-6. Si le procureur de la République propose une peine d'emprisonnement ferme, il précise à la personne s'il entend que cette peine soit immédiatement mise à exécution ou si la personne sera convoquée devant le juge de l'application des peines pour que soient déterminées les modalités de son exécution, notamment la semi-liberté, le placement à l'extérieur ou le placement sous surveillance électronique.

Lorsqu'est proposée une peine d'amende, son montant ne peut être supérieur à celui de l'amende encourue. Elle peut être assortie du sursis.

Les déclarations par lesquelles la personne reconnaît les faits qui lui sont reprochés sont recueillies, et la proposition de peine est faite par le procureur de la République, en présence de l'avocat de l'intéressé choisi par lui ou, à sa demande, désigné par le bâtonnier de l'ordre des avocats, l'intéressé étant informé que les frais seront à sa charge sauf s'il remplit les

⁶⁷³ Article 495-16 du code de procédure pénale

conditions d'accès à l'aide juridictionnelle. La personne ne peut renoncer à son droit d'être assistée par un avocat. L'avocat doit pouvoir consulter sur-le-champ le dossier.

La personne peut librement s'entretenir avec son avocat, hors la présence du procureur de la République, avant de faire connaître sa décision. Elle est avisée par le procureur de la République qu'elle peut demander à disposer d'un délai de dix jours avant de faire connaître si elle accepte ou si elle refuse la ou les peines proposées ».

681- ; et enfin parce que les recommandations à l'intention des magistrats par la circulaire du 2 septembre 2004⁶⁷⁴ en précise les contours. Cette circulaire va ainsi présenter les dispositions de la loi n°2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité relatives à la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité et préciser quels types d'affaires peuvent être présentés devant cette procédure, quelles sont les possibilités dont dispose l'avocat en matière de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité ou encore dans quel cadre le mis en cause peut être déféré en amont de cette procédure ; Outre la recommandation de faire figurer avec précision au procès-verbal de proposition de peines, le détail des peines envisagées, la circulaire comporte en annexe une série d'imprimés relatifs à la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité, que le procureur de la République complète et que la personne intéressée n'aura plus qu'à signer, de la même façon qu'elle le ferait pour un formulaire d'adhésion.

B. Le critère objectif tiré de la position de supériorité du procureur de la République

682- Le premier de ces critères est objectif, il réside en la situation de monopole du Parquet. Le « Ministère public » est l'expression par laquelle on désigne l'ensemble des Magistrats qui dans une juridiction sont chargés de défendre les intérêts de la collectivité nationale⁶⁷⁵, ainsi, par principe, le procureur de la République aura toujours un monopole, un pouvoir incontestable, sur la personne mise en cause qui fait l'objet d'une procédure pénale. Même si ce monopole reste contesté comme cela a pu être démontré supra, ce constat relève d'une pure logique politique qu'il ne peut être question de discuter. De ce fait, la théorie du contrat négocié semble être mise à mal et le droit de ne pas s'auto-incriminer bafoué face au déséquilibre des parties. En définitive, la spécificité de l'accord passé dans le cadre de la

⁶⁷⁴ Circ. n° 04-12-E8 du 2 sept. 2004, op. cit.

⁶⁷⁵ LEMELIN L., et PANSIER F-J., « Le Procureur de la République », PUF, 1998, Coll. Que Sais-je?.

comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité semble entraîner un certain déséquilibre mettant à mal le droit de ne pas s'auto-incriminer⁶⁷⁶.

- 683- Cependant, il ne faut pas oublier que le mis en cause comparait devant la justice car il a commis une infraction. Ainsi, quelle que soit la juridiction devant laquelle il va se trouver, il va être confronté à une personne qui sera nécessairement « supérieure » hiérarchiquement à lui, car il va être jugé. Cela veut-il dire qu'aucune procédure pénale ne doit être assimilée à un contrat ? Il faut au contraire faire la part des choses et observer si le ministère public, dans le cadre de ses fonctions au sein de cette procédure pénale, abuse de cette fonction.
- 684- En réalité, dans cette procédure, il ne faut pas se concentrer sur cette notion de hiérarchisation, il faut observer à qui bénéficie cette procédure. En l'occurrence la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité, si elle aboutit, bénéficie tant au ministère public, qu'au mis en cause.
- 685- En conséquence, tout dépend réellement des circonstances dans lesquelles s'est déroulée l'infraction reprochée. Soit le ministère public décide, comme il en a le droit, de ne pas négocier la peine proposée, de considérer qu'elle est ferme et définitive et que le mis en cause doit faire le choix de l'accepter ou non sans la négocier et dans ces cas-là, la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité doit être assimilée à un contrat d'adhésion. Soit en revanche, au regard des circonstances de l'infraction, le ministère public, qui avait prévu de proposer une peine ferme et définitive, sans possibilité de négociation, se rend compte que les arguments, soulevés au cours des débats quant au contour de la commission de l'infraction, ne méritent pas la peine proposée et dans ces cas-là il va baisser le quantum de la peine ou prévoir une autre sanction. Il sera alors question d'une réelle négociation entre le ministère public et le mis en cause, au point qu'il sera nécessaire d'assimiler cette procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité à un contrat synallagmatique.
- 686- Il sera alors nécessaire de constater dans quelles mesures la contractualisation de la procédure est un avantage ou un inconvénient face au droit de ne pas s'auto-incriminer.

⁶⁷⁶ AMBROISE-CASTEROT C., « *Aveu* », op.cit.

Section 2. L'impact de l'évolution de la procédure pénale négociée sur l'auto-incrimination

687- Cette procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité à certes, connu une révolution procédurale avec son avènement mais il est à noter une évolution procédurale importante avec la création de la loi du 13 décembre 2011⁶⁷⁷ qui a étendu son champ d'application, entraînant nécessairement un impact sur le droit de ne pas s'auto-incriminer. Il sera donc dans un premier temps analysé l'évolution de la procédure à travers l'avènement de cette loi (Paragraphe 1.) pour dans un second temps observer les évolutions à venir découlant de cette loi (Paragraphe 2.)

Paragraphe 1. Une première évolution, la loi du 13 décembre 2011

688- La comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité a basculé vers une évolution procédurale incertaine avec l'avènement de la loi du 13 décembre 2011⁶⁷⁸ qui a fait dériver la procédure vers un mode de jugement de droit commun en élargissant le champ d'application de la procédure. Il sera observé la mouvance politique qui a influencée cette extension, puis l'application théorique de celle-ci.

A. L'influence politique tendant à l'extension de la procédure

689- La première influence politique qu'il est nécessaire de citer en ce qui concerne l'évolution de la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité est le rapport « Léger ». Parmi les critiques dont a fait l'objet cette procédure le rapport « Léger » est à énoncer en ce qu'il apporte une vision disproportionnée et ce, notamment à l'encontre du respect des droits de l'homme. Sa position sur le fait d'étendre la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité aux affaires criminelles, se contentant seulement d'un aveu donné en amont et donc, d'occulter tous les éléments nécessaires à la condamnation d'un homme tels que le contexte des faits ou la personnalité de l'accusé ne permettent pas à cette procédure d'être efficace et opportune. En effet, le 1er septembre 2009, le comité de

⁶⁷⁷ Loi n°2011-1862 du 13 décembre 2011, op.cit.

⁶⁷⁸ Ibid.

réflexion sur la justice pénale a rendu public son rapport au sein duquel est évoquée une modification de la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité. D'une part, il semble que le comité « Léger » prône l'interdiction de toute discussion sur la culpabilité dans le cadre de l'audience. Le débat serait de rigueur uniquement pour la peine. Il met en quelque sorte la présomption d'innocence et le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination de côté ce qui entraîne une dévalorisation des droits de la défense. Or, ce qui compte dans cette procédure c'est justement cette reconnaissance de culpabilité. Le rapport « Léger » a ainsi suggéré une volonté d'étendre le champ d'application de la procédure aux affaires criminelles et ce, au regard de l'impact de l'aveu dans la procédure correctionnelle *« Le comité Léger souligne parfaitement les aspects les plus contestables de la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité à une exception près, l'aveu »*⁶⁷⁹.

690- *« Le comité propose, à la majorité de ses membres, l'instauration d'une procédure simplifiée originale en cas de reconnaissance de culpabilité en matière criminelle. Dans cette hypothèse, et contrairement à ce qui est prévu en matière correctionnelle pour la CRPC, une véritable audience aura lieu en présence de l'accusé et de la victime. Au cours de cette audience, la cour s'assurera du caractère fondé de la reconnaissance de culpabilité de l'accusé. (...) En revanche, un débat aura lieu s'agissant de la peine qui devra être prononcée. Les parties pourront citer des témoins pour éclairer la cour sur la personnalité de l'accusé »*⁶⁸⁰.

691- S'il prévoit que cette procédure ne serait réservée qu'aux crimes les « moins graves », il faut tout de même souligner la dangerosité de cette proposition. Cela réside notamment au regard de la proposition émise par le procureur de la République qui peut suggérer à l'auteur des faits une peine d'emprisonnement dont la durée ne peut être supérieure à un an, ni excéder la moitié de la peine encourue ; elle peut être assortie en tout ou partie du sursis. Cela semble difficilement applicable, pour des raisons de sécurité d'ordre public, que la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité s'étende en matière de crimes, même si les crimes « les moins graves » sont concernés, la mise en œuvre de cette procédure ne doit pas être minimisée.

⁶⁷⁹ GILARDEAU E., « *Au crépuscule de la justice pénale* », questions contemporaines, L'harmattan, janvier 2011, p. 194.

⁶⁸⁰ Rapport du comité de réflexion sur la justice pénale sous la présidence de Monsieur Philippe Léger remis le 1er septembre 2009.

- 692- En outre, le droit de ne pas s'auto-incriminer est déjà altéré dans ce type de procédure sans qu'il y ait lieu, en plus, de l'étendre à la matière criminelle. Si la Cour européenne des droits de l'homme ne vient pas condamner cette pratique c'est bien parce qu'elle permet au prévenu de bénéficier d'une peine moindre en cas de délit simple et qu'il consent à s'auto-incriminer pour pouvoir en bénéficier.
- 693- Aujourd'hui, les délits qui font l'objet d'une procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité ne concernent pas un contentieux délictuel « majeur » mais davantage des délits routiers ou des délits d'affaire, il n'est pas de coutume qu'un trafiquant de stupéfiant comparaisse devant un magistrat du Parquet avant un magistrat du siège⁶⁸¹. Il est donc difficile d'envisager une étendue au domaine criminel alors que seuls les délits simples font l'objet d'une telle procédure. Pour que celle-ci soit applicable aux crimes, il faudrait inventorier une catégorie de crimes « les moins graves ». Il serait alors question d'envisager de faire bénéficier du mécanisme de la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité tous les crimes correctionnalisés, tels que les crimes de viols, correctionnalisés en agressions sexuelles. Cela apparaîtrait être une atteinte réelle au droit de la défense.
- 694- Les principes repris par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme n'auraient plus lieu d'être dès lors que plus aucune preuve ne serait analysée, plus aucun élément du dossier n'aurait d'impact sur la peine. Le simple aveu de l'accusé et sa reconnaissance de l'infraction suffirait à le condamner. Tous les principes relatifs à la protection de l'auto-incrimination seraient bafoués. Cela laisserait place également à une incompréhension tant juridique que sociale. C'est une des raisons pour lesquelles le Rapport Léger n'a pas vu son projet voir le jour. L'extension de la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité sera par contre davantage influencée par la création de la Commission Guinchard qui suggérera une intervention prompte du législateur.

⁶⁸¹ Le choix du contentieux : la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité est principalement utilisée pour les conduites en état alcoolique (généralement avec un taux supérieur à 0,80 mg d'alcool par litre d'air expiré ainsi que les conduites sans permis et sans assurance, en réitération ou récidive du moins lorsque ces infractions n'ont pas fait de victimes. Elle peut être retenue aussi pour les auteurs de vol ou de dégradation mais de préférence lorsque ces infractions ont concerné des victimes « institutionnelles ». Dans plusieurs tribunaux (Bobigny, Lyon...), la CRPC est également appliquée à certaines infractions au droit pénal du travail (travail dissimulé, infractions aux règles d'hygiène et de sécurité), voire à certaines infractions au droit pénal de la consommation - https://www.senat.fr/rap/104-409/104_4092.html?utm_source=dlvr.it&utm_medium=facebook – un premier bilan d'encouragement.

695- La liste des délits prévus initialement par l'article 495-7 du Code de procédure pénale était susceptible d'évoluer dans l'avenir avec le rapport sur la répartition des contentieux confié par le garde des sceaux au recteur Serge Guinchard en décembre 2007, qui proposait de supprimer le plafond de 5 ans d'emprisonnement pour l'utilisation de la procédure. Ce rapport remis en juin 2008 comportait soixante-cinq préconisations. Plusieurs ont été mises en œuvre dans la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009⁶⁸² de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures (« Loi Warsmann I ») et dans la loi n° 2010-1609 du 22 décembre 2010⁶⁸³ relative à l'exécution des décisions de justice, aux conditions d'exercice de certaines professions réglementées et aux experts judiciaires dite « Loi Béteille ». La présente loi reprend une quinzaine de préconisation du « Rapport Guinchard ». Délibéré en conseil des ministres le 3 mai 2010, le projet de loi a été adopté en première lecture au Sénat le 14 avril 2011 et à l'Assemblée nationale le 4 juillet 2011. Réunie le 6 juillet 2011, la commission mixte paritaire (CMP) n'est pas parvenue à élaborer un texte commun aux deux assemblées, un désaccord persistant sur ces articles. L'Assemblée nationale a fini par définitivement adopter le projet de loi le 16 novembre 2011. La décision du Conseil constitutionnel du 8 décembre 2011⁶⁸⁴ valide donc l'extension du champ d'application de la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité à l'ensemble des délits comme le prévoit l'article 495-7 du Code de procédure pénale, à l'exception des délits d'atteintes volontaires et involontaires à l'intégrité des personnes et d'agressions sexuelles lorsqu'ils sont punis d'une peine d'emprisonnement d'une durée supérieure à cinq ans et des délits mentionnés à l'article 495-16 du Code de procédure pénale. Les nouvelles dispositions ne peuvent donc donner lieu à des questions prioritaires de constitutionnalité.

696- Afin de favoriser le recours à la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité, l'article 27 de la loi du 13 décembre 2011 a apporté au Code de procédure pénale plusieurs modifications qui ont étendu le domaine d'application de la procédure.

⁶⁸² Loi n°2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures, JORF n°0110 du 13 mai 2009 page 7920.

⁶⁸³ Loi n°2010-1609 du 22 décembre 2010 relative à l'exécution des décisions de justice, aux conditions d'exercice de certaines professions réglementées et aux experts judiciaires, JORF n°0297 du 23 décembre 2010 page 22552.

⁶⁸⁴ Décision n°2011-641 DC du 8 décembre 2011 – Loi relative à la répartition des contentieux et à l'allègement de certaines procédures juridictionnelles.

B. L'extension du domaine d'application de la procédure

697- Au regard de la création de la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité par la loi du 9 mars 2004 dite « Perben 2 »⁶⁸⁵, le champ d'application de la procédure a fortement été étendu avec l'avènement de loi du 13 décembre 2011⁶⁸⁶, il sera donc tout d'abord observé le nouveau domaine d'application de la procédure et constaté par la suite l'application généralisation de la procédure au regard de cette extension.

1. Le nouveau domaine d'application de la procédure

698- Il est nécessaire dans un premier temps de décrire le champ d'application de la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité antérieurement à la loi du 13 décembre 2011.

699- La procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité a été créée par la loi du 9 mars 2004⁶⁸⁷ portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité. Depuis sa création, la procédure est énoncée aux articles 495-7 à 495-16 du Code de procédure pénale. Concernant son champ d'application, l'article 495-7 du Code de procédure pénale permettait l'application de la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité. « *Pour les délits punis à titre principal d'une peine d'amende ou d'une peine d'emprisonnement d'une durée inférieure ou égale à cinq ans, le procureur de la République peut, d'office ou à la demande de l'intéressé ou de son avocat, recourir à la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité conformément aux dispositions de la présente section à l'égard de toute personne convoquée à cette fin ou déférée devant lui en application des dispositions de l'article 393, lorsque cette personne reconnaît les faits qui lui sont reprochés* ». Mais depuis l'avènement de la loi du 13 décembre 2011, il en est tout autre. L'article 27 de la loi n°2011-1862 du 13 décembre 2011 a élargi le domaine de la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité, quant au champ des infractions visées d'une part, et avec l'introduction d'une nouvelle possibilité de recourir à cette procédure à l'issue d'une instruction judiciaire d'autre part.

⁶⁸⁵ Loi n°2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, JORF n°59 du 10 mars 2004 page 4567.

⁶⁸⁶ Loi n°2011-1862 du 13 décembre 2011 relative à la répartition des contentieux et à l'allègement de certaines procédures juridictionnelles, JORF n°0289 du 14 décembre 2011 page 21105.

⁶⁸⁷ Loi n°2004-204 du 9 mars 2004, op.cit.

- 700- Selon l'article 495-7 du Code de procédure pénale, la procédure est désormais applicable « *Pour tous les délits, à l'exception de ceux mentionnés à l'article 495-16 et des délits d'atteintes volontaires et involontaires à l'intégrité des personnes et d'agressions sexuelles prévus aux articles 222-9 à 222-31-2 du code pénal lorsqu'ils sont punis d'une peine d'emprisonnement d'une durée supérieure à cinq ans, le procureur de la République peut, d'office ou à la demande de l'intéressé ou de son avocat, recourir à la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité conformément aux dispositions de la présente section à l'égard de toute personne convoquée à cette fin ou déférée devant lui en application de l'article 393 du présent code, lorsque cette personne reconnaît les faits qui lui sont reproché* ».
- 701- Depuis la modification de la procédure par la loi du 13 décembre 2011, il est constaté une extension généreuse du champ d'application de la procédure. Etendue par l'article 27 de loi du 13 décembre 2011⁶⁸⁸, la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité est jugée comme « *un élargissement sensible* » de la procédure.
- 702- Alors que ce processus pénal de poursuite et de jugement n'était jusque-là applicable qu'aux délits punis à titre principal d'une peine d'amende ou d'une peine d'emprisonnement d'une durée maximale de cinq ans, elle peut désormais être utilisée à l'égard de tous les délits (sauf exception prévue par la loi). Elle se généralise à l'ensemble des délits, quelle que soit la peine d'emprisonnement encourue, sauf les exceptions prévues par la loi. Cela fait ainsi basculer cette procédure vers un mode de jugement de droit commun mettant à mal le droit de ne pas participer à sa propre incrimination.

2. L'application généralisée de la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité attentatoire au droit de ne pas s'auto-incriminer

- 703- La procédure pénale simplifiée qu'est la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité se développe.
- 704- L'article 495-16 du Code de procédure pénale dont la rédaction n'a pas été modifiée, prévoit des exceptions et dispose que la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité ne peut être mise en œuvre dans le cadre des délits de presse, d'homicides involontaires ou des délits « *dont la procédure de poursuite est prévue par une loi spéciale* »,

⁶⁸⁸ Loi n°2011-1862 du 13 décembre 2011, op.cit.

expression qui inclut notamment la fraude fiscale, laquelle est par conséquent exclue du champ de la procédure.

- 705- La procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité s'applique également, aux violences ayant entraîné une incapacité totale de travail (ITT) inférieure ou égale à huit jours, ou n'ayant entraîné aucune ITT, commises sur un conjoint ou un concubin, aux violences ayant entraîné une ITT de plus de 8 jours, ou encore aux violences ayant entraîné une ITT de plus de 8 jours avec circonstances aggravantes (sur conjoint, concubin, mineur de 15 ans).
- 706- Les délits également concernés par la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité sont principalement les accidents mortels de la circulation ou ayant entraîné des blessures importantes, ou bien encore les agressions sexuelles punies de peines égales ou supérieures à cinq ans d'emprisonnement. Le législateur a estimé que de par leur nature et leur gravité, ces délits devaient nécessairement donner lieu à un examen approfondi des faits lors d'audiences publiques devant le Tribunal correctionnel ce qui paraît quand même plus adéquat au regard de la peine d'emprisonnement maximale que peut requérir le procureur de la République ne pouvant excéder un an d'emprisonnement. Il serait critiquable de sanctionner un prévenu d'une peine maximale d'un an d'emprisonnement pour un délit d'une si grande gravité.
- 707- Cependant, le législateur semble avoir été « gourmand » au regard du champ d'application de la procédure. Elle pourra désormais s'appliquer aux vols commis avec plusieurs circonstances aggravantes et donc un délit puni de sept ou dix ans d'emprisonnement ou aux infractions en matière de trafic de stupéfiants (acquisition, détention, transport, cession, offre ou emploi). Cette extension de la loi semble donc tout à fait inappropriée et dangereuse pour la sécurité et l'ordre public. Le législateur, en ne modifiant pas la peine maximale d'un an d'emprisonnement pour l'application de la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité, rend critiquable l'extension du champ d'application de la procédure par la loi du 13 décembre 2011⁶⁸⁹.
- 708- De plus, une remarque est à faire concernant l'extension du champ d'application de la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité pour les infractions de la vie des affaires qui semblent largement prises en compte. Désormais, la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité concerne un certain nombre de délits en matière

⁶⁸⁹ Loi n°2011-1862 du 13 décembre 2011, op. cit.

économique et financière pour lesquels les peines d'emprisonnement encourues sont supérieures à cinq ans. Sont à citer les délits de corruption et trafic d'influence par une personne dépositaire de l'autorité publique, chargée d'une mission de service public, ou investie d'un mandat électif public, les délits de droit commun tels que l'escroquerie, l'abus de confiance avec circonstances aggravantes.... La réforme prévue par la loi du 13 décembre 2011⁶⁹⁰, fait donc entrer dans le domaine d'application de la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité la quasi-totalité des infractions de la vie des affaires et notamment l'ensemble des délits de corruption et de trafic d'influence et le délit de blanchiment aggravé, rendant une fois de plus le processus pénal « banalisé ».

- 709- Cette banalisation n'impacte pas que la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité mais la procédure pénale en général en ce qui concerne l'atteinte qui est faite au droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination.
- 710- Ce principe apparaissait déjà bafoué malgré l'acceptation du prévenu de mettre en œuvre ce type de procédure. Avec l'extension du champ d'application de la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité, l'impact sur l'auto-incrimination s'étend également. La seule priorité de la procédure est la reconnaissance de l'infraction, l'aveu de culpabilité, il n'est porté aucune attention à l'impact que cela peut avoir sur l'auto-incrimination alors qu'il est le premier principe bafoué ici. Justifier cette atteinte par l'octroi d'une peine inférieure au détriment des droits de la défense ne peut s'appliquer pour toutes les infractions. Qu'un prévenu qui reconnaît avoir conduit sans permis de conduire bénéficie de la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité est une chose, en faire bénéficier un prévenu qui reconnaît avoir agressé sexuellement plusieurs personnes en est une autre. Ce n'est, non pas en terme de gravité cette fois qu'il faut analyser la dangerosité de la banalisation de cette procédure, mais bien en terme de droit de la défense. Dans le cas d'une agression sexuelle, il est nécessaire de discuter du contexte, de la personnalité de la victime, de la personnalité de l'auteur, de son statut psychologique, voir psychiatrique. Or la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité est sensée être une procédure rapide, environ 15 minutes par dossier. Comment il peut être envisageable de traiter tous ces éléments pour garantir l'ensemble des droits de la défense en seulement quinze minutes ? Si le prévenu fait l'objet d'une altération de son discernement au moment des faits, il faut bien vérifier qu'il comprenne bien ce qui lui est reproché lors d'une procédure de

⁶⁹⁰ Ibid.

comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité, il faut vérifier si sa reconnaissance de culpabilité est avérée et pleinement comprise. L'auto incrimination ne doit pas être une action banalisée comme l'est devenue la procédure pénale⁶⁹¹ et comme elle est en train de le devenir⁶⁹². En ce qui concerne le fait de s'auto-incriminer, la procédure pénale évolue de sorte à ce que dès que le mis en cause contribue à sa propre incrimination, il est mis en place un système procédural automatisé où des peines sont données à « la louche » sans respecter le principe de la personnalisation de la peine⁶⁹³. Ce n'est plus important de prendre en compte ni les contours de l'infraction, ni les éléments de personnalité relatifs au délinquant. L'essentiel est la célérité de la justice et l'automatisation des peines, comme c'est le cas en matière de composition pénale ou de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité. Il est dommage de banaliser un acte si fort qu'est l'auto-incrimination au regard des droits de la défense qui ne cessent d'être défendus⁶⁹⁴ sur la scène pénale. L'aveu de culpabilité va entraîner, nécessairement, l'octroi d'une peine, il est donc impératif de ne pas systématiser ce type de procédure qui impacte sur les droits de la défense. Cela ne veut pas dire que certaines infractions justifient une atteinte aux droits de la défense mais que certaines méritent une attention particulière. Cela ne semble pas pour autant inquiéter les législateurs ni les politiques qui ne manquent pas et ce, contrairement au principe de la présomption d'innocence et au droit de ne pas s'auto incriminer, d'envisager un système de forfaitisation des peines.

711- Il est vrai que la procédure pénale tend, depuis des années, vers cette contractualisation comme cela a pu être démontré avec les procédures simplifiées développées précédemment et cela est confirmé davantage avec les projets politiques récents. En effet, le président de la République Française, Emmanuel Macron, a annoncé au courant du mois de mars 2018 qu'il entendait réformer le système des peines en proscrivant les peines de prison courtes mais en

⁶⁹¹ PENAUD B., « *De l'inflation législative à la surpopulation carcérale : pour une réforme des peines* », Gazette du Palais - n°265 - page 3, Date de parution : 22/09/2009, Id : GP20090922001, Réf : Gaz. Pal. 22 sept. 2009, n° GP20090922001, p. 3 ; MAURO J-F., « *Inflation législative inutile* », Gazette du Palais - n°186 - page 19, Date de parution : 05/07/2001, Id : GP20010705003 ; Gaz. Pal. 5 juill. 2001, n° GP20010705003, p. 19 ; FOURMENT F., Rédaction Lextenso., « *Loi du 9 mars 2004 : 10 ans !, 10 ans seulement ?* », Gazette du Palais - n°233 - page 3, Date de parution : 21/08/2014, Id : GPL189b2 , Réf : Gaz. Pal. 21 août 2014, n° 189b2, . 3

⁶⁹² V. supra n° sur la forfaitisation des peines

⁶⁹³ Article 132-24 du Code pénal relatif à la personnalisation de la peine.

⁶⁹⁴ CEDH, FUNKE c. FRANCE, 25 février 1993, préc. ; CEDH Saunders c. Royaume-Uni, 17 décembre 1996, préc., §68-69 ; CEDH, SCHMID-LAFFER c. SUISSE, 19 juin 2015, préc. ; CEDH, CORBET et autres c. FRANCE, 19 mars 2015, préc. ; CHAMBAZ c. SUISSE, 5 avril 2012, préc.

appliquant de manière effective, celle de plus d'un an, tout en multipliant les alternatives en milieux ouverts⁶⁹⁵. Dans cette réforme il entend réformer le système des peines en prévoyant une forfaitisation pour les délits tels que les délits d'usage de stupéfiant ou délits routiers. Le but étant de privilégier l'amende à la peine de prison. Si ce type de procédures n'a pas encore vu le jour, c'est ce vers quoi semble tendre la procédure pénale. Pourtant, cela constituerait une atteinte inévitable, comme les procédures négociées, au droit de ne pas s'auto-incriminer, puisque les personnes qui seraient interpellées se verraient directement proposer une amende plutôt que de recevoir une convocation devant un Tribunal. Il n'est pas laissé le choix à la personne poursuivie qui pourrait s'expliquer sur les causes de l'infraction ou les circonstances atténuantes dont il pourrait bénéficier.

- 712- Ces éléments démontrent bien la volonté des législateurs et des politiques de tendre vers des procédures rapides sans encombrement pour les délits de « faible gravité » et ce, dans un but de célérité de la justice. C'est justement ce qui pose une difficulté morale, c'est qu'aujourd'hui ces procédures qui tendent vers la célérité de la justice mettent parfois à mal des droits essentiels en procédure pénale tels que le droit de ne pas s'auto-incriminer. Ces atteintes, du moins en droit interne, ne peuvent être justifiées que par l'absence de consécration de la notion. C'est là que réside l'importance de mettre en avant ces droits qui sont reconnus sur la scène internationale et qui pourrait, s'ils étaient consacrés textuellement, être mieux protégés.

Paragraphe 2. Une révolution en marche pénalisante pour le droit de ne pas s'auto-incriminer

- 713- Une révolution est en marche comme a pu le démontrer l'évolution de la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité. En effet, au regard des évolutions législatives⁶⁹⁶ qui l'ont concerné, cette procédure ne cesse de voir son champ d'application s'étendre. Cette évolution comme cela a été évoqué précédemment est également dû à l'influence américaine et européenne qui pèse sur la procédure pénale française (A.) de sorte à ce qu'aujourd'hui, cette dernière est en voie de se diriger vers un développement probable en ce qui concerne la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité (B.)

⁶⁹⁵ TRUFFY W., « *Prison seulement pour les cas graves, délits forfaitisés... la révolution des peines* », article du Midi Libre en date du 7 mars 2018.

⁶⁹⁶ Loi n° 2011-1862 du 13 décembre 2011, op.cit.

A. La procédure pénale française influencée

- 714- Aujourd'hui la procédure pénale française se rapproche du système anglo-saxon, même si pour certains auteurs, ce rapprochement ne semble être qu'apparent puisque la procédure est loin d'aboutir à une véritable négociation entre l'accusation et la défense⁶⁹⁷.
- 715- Pourtant, notre procédure pénale est influencée par le modèle anglo-saxon si l'on en juge la création de la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité, puisque celle-ci s'est directement inspirée du fameux « plea bargaining » même si elle s'apparente davantage à un « guilty plea »⁶⁹⁸. Dans le système judiciaire anglo-saxon, « *le plea bargaining* » est la clé de voûte du système pénal aux États-Unis d'Amérique⁶⁹⁹ comme cela a pu être démontré supra. Au XXe siècle, la grande majorité des affaires criminelles ont été résolues par la procédure du « plea bargaining ». Dans le début des années 2000, la procédure est menée dans presque toutes les affaires criminelles, et environ neuf sur dix propositions émises par le procureur de la République sont acceptées. Ce dernier accepte souvent une sentence minorée ou une amende.
- 716- La composition pénale en France avait déjà dirigé la procédure pénale vers cette notion de « marchandage à l'américaine »⁷⁰⁰, mais aujourd'hui c'est avec la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité qu'il faut associer la procédure de « plea bargaining », à la différence que celle-ci ne s'applique qu'aux délits, les crimes sont exclus du champ d'application de la procédure. Cependant, il semble qu'un développement s'installe à cet égard puisque le rapport léger souhaite étendre le champ d'application de la procédure aux crimes comme il l'a pu être constaté précédemment. Le problème qui se poserait alors, comme il peut l'être constaté dans le système judiciaire anglo-saxon, est que le système encourage souvent le Parquet à choisir les chefs d'inculpation les plus graves au début pour se donner une marge de négociation par la suite, ce qui ressemble totalement au leurre de la peine applicable. Cela assimile la procédure à une tarification forfaitaire, c'est à dire que ce

⁶⁹⁷ AMBROISE-CASTEROT C., « *Aveu* », op.cit.

⁶⁹⁸ Ibid.

⁶⁹⁹ PAPAPOULOS J., « *Plaider coupable : La pratique américaine, le texte français* », op.cit. ; MINKOWSKI J., « *La part de la négociation dans le procès pénal* », Actes de colloque « *La négociation peut-elle tout ?* » Gazette du Palais - n°hors-serie 2- page 4, Date de parution : 18/05/2018, Id : GPL322d6, Gaz. Pal. 18 mai 2018, n° 322d6, p. 4

⁷⁰⁰ BUREAU A., « *Etat des lieux d'un dispositif procédural atypique : la composition pénale* », *archives de politique criminelle* », 2005/1 (n°27), Ed. A. PEDONE, p. 125

principe associe une action à une peine. Pour autant, « le plea bargaining » est largement utilisé dans le système de justice pénale mais on en fait rarement l'éloge. Les accusés d'infractions criminelles sont moins enthousiastes à la perspective d'admettre ouvertement un comportement criminel et s'auto-incriminer sans le bénéfice d'un procès. De plus, il faut savoir qu'aux Etats-Unis, les procureurs sont évalués en grande partie sur leurs taux de condamnation, ils sont obligés d'essayer de gagner à tout prix.

717- Selon certains auteurs, les procureurs utilisent cette procédure de façon tellement fréquente qu'il arrive parfois que les personnes mises en cause soient privées des garanties procédurales.

718- Ce qui pourrait très bien être le cas dans le cadre de système judiciaire français si la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité voyait, en plus de l'extension admise par la loi du 13 décembre 2011, une extension supplémentaire, comme par exemple à tous les délits sans exceptions prévus par la loi ou pire aux crimes.

719- En ce sens Alain Alcufrom, vice-président du Tribunal de Grande Instance de Paris, propose une extension de la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité à d'autre procédure⁷⁰¹. Il souhaite que soit instauré un plaider coupable informel à l'audience du fond, quand les faits sont jugés. « *Cette pratique permettrait à l'avocat de la défense qui le souhaite de se rapprocher du procureur en début d'audience, pour lui préciser que son client reconnaît sa culpabilité et lui demander la peine que ce dernier envisagerait. En cas d'accord, la peine suggérée pourrait être soumise au tribunal, qui s'il acquiesce, pourrait prononcer une peine conforme. Cela allégerait considérablement le temps d'évocation de l'affaire. Le tribunal pourrait alors se focaliser, si un accord n'a pas été trouvé, sur les demandes des victimes. Si le tribunal décidait de ne pas entériner l'accord entre avocat et procureur, l'audience se poursuivrait classiquement.* ». Il semble que la procédure pénale va tendre vers cette direction. D'une part pour une question de rapidité et ensuite pour une question stratégique. Le fait de trouver un accord sur l'audience entre le prévenu et le procureur de la République peut inciter le Président du Tribunal correctionnel à être plus clément.

⁷⁰¹ ALFCUFROM A. « *Audition sous serment, plaider-coupable informel : « Les vœux d'un juge »* », EXPRESS YOURSELF - Article édité et mis en une par la rédaction Afficher / Masquer la tooltip, publié le 13/01/2017 à 14:57 , mis à jour le 16/01/2017 à 08:58.

B. Un développement probable à venir affaiblissant le droit de ne pas s'auto-incriminer

- 720- La résistance du modèle français paraît être le signe d'une volonté de préserver notre mode de jugement, nos façons de traiter les affaires pénales, même si la tendance est à l'allègement des formes procédurales. Pour certains auteurs « *la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité ne se développera davantage en matière correctionnelle, à court terme du moins, puisque ça ne semble pas être la volonté du Gouvernement en place, ni même en matière criminelle* ». Cependant, si on se fonde sur l'évolution de la procédure pénale actuelle, la proposition de réforme avec le rapport « Leger » et l'avènement de la loi du 13 décembre 2011⁷⁰², il semble que la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité soit réellement en train de prendre la tournure du « *plea bargaining* », avec la possibilité d'une extension qui surgira tôt au tard avec une atteinte toujours plus grandissante du droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination.
- 721- Le fait de pouvoir solliciter la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité devant le juge d'instruction depuis la loi du 13 décembre 2011⁷⁰³ semble d'ailleurs l'indiquer même si devant le juge d'instruction il existe un débat qui n'a pas lieu devant le procureur de la République.
- 722- Cependant, même si en effet, ce changement ne risque pas d'avoir lieu à court terme, il faut envisager la possibilité que la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité verra son champ d'application s'étendre à nouveau et que les droits de la défense et le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination seront mis à mal.
- 723- Cependant, il ne faut pas oublier que ce type de procédure est souvent privilégié des personnes qui en font l'objet car en règle générale, elles vont bénéficier d'une peine moins lourde et d'une procédure plus rapide. La question qu'il est nécessaire de se poser est la suivante : est ce qu'il vaut mieux élargir le champ d'application d'une procédure telle que la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité au risque de voir une atteinte au principe de la présomption d'innocence et au droit de ne pas s'auto-incriminer s'étendre de la même façon ? ou est ce qu'il vaut mieux laisser étendre le champ d'application de ces procédures pour pouvoir privilégier la célérité de la justice et permettre au prévenu de bénéficier d'une peine moins lourde ? Cette question ne peut faire l'objet que de deux réponses. Si l'on se place en tant que Conseil, il est impératif de protéger le droit de ne pas s'auto-incriminer. En limitant le champ d'application de ces procédures, cela permet de

⁷⁰² Loi n°2011-1862 du 13 décembre 2011, op.cit.

⁷⁰³ Ibid.

prendre conscience de l'acte d'auto-incrimination et ainsi, d'y accorder un intérêt tel qu'il finira par être consacré en procédure pénale. Plus le champ d'application d'une procédure est large, plus le prévenu s'auto-incrimine dans des procédures de plus en plus importantes dont elles mériteraient que les contours soient étudiés. En revanche, si l'on se place du côté du prévenu, il ne faut pas oublier que c'est lui qui accepte ou non de faire l'objet d'une telle procédure, donc il est conscient qu'il va devoir reconnaître les faits qui lui sont reprochés pour bénéficier d'une peine moins lourde et c'est le plus souvent ce qui est privilégié. En tout état de cause, la personne qui verrait ses droits de la défense dévalorisés a le choix. Il peut faire le choix de s'auto-incriminer ou de ne pas s'auto-incriminer et donc, de ne pas faire l'objet de ce type de procédure. L'extension du champ d'application de la procédure de comparution sur reconnaissance de culpabilité, si elle survient, aura nécessairement un impact sur la procédure pénale et sur l'atteinte qui réside sur le droit de ne pas s'auto-incriminer. Cependant, ce développement probable à venir, en tout état de cause aura une issue négative pour l'un, comme il aura une issue positive pour l'autre.

CONCLUSION CHAPITRE 1.

- 724- La procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité est un bon exemple pour expliquer la notion d'auto-incrimination négociée. Il est vrai que la procédure pénale tend vers un mode de négociation très influencée par le droit américain et ce, par souci de célérité. Le principe même de ces procédures consiste en une négociation entre le prévenu et le procureur de la République pour qu'en échange de la reconnaissance de culpabilité du mis en cause, ce dernier bénéficie d'une peine moins lourde. En effet, sans cette auto-incrimination préalable, la procédure ne peut prendre place.
- 725- Il a pu être vu dans ce développement toute l'évolution qu'avait connue la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité et l'impact de cette évolution sur le droit de ne pas s'auto-incriminer. Dès lors qu'il y a une atteinte au droit de ne pas s'auto-incriminer lors de l'avènement de la procédure, il est certain que cette atteinte va perdurer et s'amplifier si le champ d'application de celle-ci est étendu. La loi du 13 décembre 2011⁷⁰⁴ ne semble d'ailleurs pas être la dernière évolution que va connaître cette procédure.
- 726- La question est de savoir dans quelle mesure le fait de s'auto-incriminer tend dans ce cas précis à l'affaiblissement ou à la valorisation des droits de la défense.
- 727- D'un côté cela tend à l'affaiblissement des droits de la défense dans la mesure où il est imposé à un prévenu de s'auto-accuser pour pouvoir bénéficier d'une peine moins lourde. Il ne s'agit donc pas d'un consentement libre et éclairé. Seule la proposition d'une peine moins lourde va inciter le prévenu à reconnaître sa culpabilité.
- 728- Ainsi, en définitive, cela ne tendrait il pas à la valorisation des droits de la défense ? Il est laissé l'opportunité à un prévenu de ne pas comparaitre devant un Tribunal correctionnel avec l'ampleur que cela représente mais seulement de passer un « entretien » avec un procureur de la République, son greffier et un conseil pour pouvoir négocier au mieux une peine qui de toute façon sera moins lourde que celle requise devant le Tribunal.
- 729- Il faut ainsi distinguer deux choses. Il y a le principe même du droit de la défense qui est nécessairement atteint puisqu'une procédure prévoit l'auto-incrimination de la personne pour bénéficier d'une peine moindre et l'intérêt même de la personne qui va bénéficier d'une peine moindre.

⁷⁰⁴Loi n°2011-1862 du 13 décembre 2011, op.cit.

Chapitre 2. Les critiques des procédures négociées face à l'auto-incrimination

730- Ce chapitre sera consacré à l'étude des critiques des procédures négociées face à l'auto-incrimination. Le but est de démontrer dans quelles mesures reconnaître une infraction, avouer un délit et donc de contribuer à sa propre incrimination, est un avantage ou un inconvénient pour la personne mise en cause. Il sera donc observé les critiques positives (Section 1.) pour envisager l'analyse des critiques négatives (Section 2.)

Section 1. Les critiques positives valorisant le droit de ne pas s'auto-incriminer

731- Le projet de loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, présenté en Conseil des Ministres le 9 avril 2003, visait à introduire dans la procédure pénale française la « comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité ». La première « mouture » du projet de loi tendait à proposer au délinquant une alternative au procès, puisque la reconnaissance de culpabilité permet au procureur de la République lorsque les conditions d'application sont remplies et que le prévenu a reconnu les faits, de proposer une peine moins lourde que la peine encourue. Cela tend à lui éviter « *le risque d'un procès* ». Le procès constituerait alors un péril imminent pour le délinquant, voire un piège menaçant que la nouvelle procédure permettrait d'éviter (Paragraphe 1.), cependant, en s'auto-incriminant, le prévenu n'est pas le seul à bénéficier de certains avantages (Paragraphe 2.)

Paragraphe 1. A l'égard du prévenu

732- Certaines critiques positives sont à émettre notamment en ce qui concerne le prévenu, qui, lorsqu'il va se mettre dans la position de responsable de l'infraction, peut prendre conscience de la gravité des faits et se responsabiliser (A.). Cette auto-incrimination dans le cadre de cette procédure va également pouvoir lui faire bénéficier d'une réduction de peine ce qui, en général, est le principal objectif du prévenu (B.). Enfin, et comme cela a été évoqué précédemment, si à tout moment il ressent le besoin de revenir sur sa reconnaissance de culpabilité et qu'il décide de ne plus s'auto-incriminer, il a la possibilité de refuser la procédure (C.)

A. L'entière reconnaissance de l'infraction

733- Parmi les intérêts reconnus à cette procédure face au droit de ne pas s'auto incriminer, il faut citer la reconnaissance pleine et entière de l'infraction par le prévenu. La doctrine mentionne que « *Plusieurs condamnés mettent en avant, au contraire, leur compréhension de la CRPC, grâce aux explications qui leur ont été données par les différents intervenants. La rapidité et, surtout, la confidentialité de la procédure sont également mises en avant* »⁷⁰⁵. L'intérêt pour la personne qui reconnaît les faits, qui s'auto-incrimine, est la possibilité de pouvoir s'expliquer plus facilement qu'à l'audience. Il faut savoir que la salle d'audience en cas de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité est totalement différente d'un Tribunal correctionnel. En pratique, même si l'audience est publique personne à part le procureur de la République, son greffier, le prévenu et l'avocat sont présents. Il s'agit d'une salle d'audience beaucoup plus petite, qui ne laisse pas place à la curiosité et est par conséquent très peu visitée par le public. Le prévenu aura donc plus de facilité à s'exprimer. Non pas réellement s'expliquer sur les faits car la reconnaissance de l'infraction est présente mais s'expliquer sur sa personnalité (si la personne exerce un travail, une formation ou d'autres activités, sa situation familiale, si elle a des difficultés financières, personnelles...). Cela aura une influence sur le choix de la peine qui sera proposée par le procureur de la République qui est censée prendre sa décision sur le fondement du principe de personnalisation de la peine consacré par l'article 132-24 du Code pénal. Il est opportun de parler « d'intimité » à ce moment de la procédure et cela va permettre au prévenu de mieux comprendre le principe de la reconnaissance de l'infraction. En conséquence, la peine va bénéficier d'une meilleure exécution puisqu'elle sera acceptée et comprise par le prévenu. Cette procédure permet donc de travailler plus efficacement sur la réinsertion des délinquants. La procédure de reconnaissance de culpabilité se veut donc en marge du « vrai » procès pénal. Cependant il a été observé que cette auto-incrimination peut être à double tranchant.

⁷⁰⁵ CAPDEVILLE – LASSERRE J. et BACCARA E., « *La comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité : la parole est au condamné* », Gazette du Palais, 31 décembre 2011 n° 365.

B. Le bénéfice de la réduction de la peine

- 734- La critique la plus positive, tout du moins du côté du prévenu, qui est à relever dans la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité est la possibilité de bénéficier d'une peine plus douce. C'est ce à quoi aspire l'ensemble des personnes qui comparait devant le procureur de la République. C'est bien d'ailleurs la seule réelle issue positive face à une personne qui met de côté son droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination.
- 735- En effet, l'intérêt principal de la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité repose bien entendu sur le fait que la peine proposée par le Parquet soit en règle générale moins sévère que celle qui serait prononcée par un tribunal classique, puisque le procureur de la République tient compte du fait que la personne reconnaît sa responsabilité à la suite de la commission de l'infraction.
- 736- En droit comparé, dans les trois pays de *Common Law* étudiés, à savoir les États-Unis, le Canada et le Royaume-Uni toutes les infractions peuvent faire l'objet d'une reconnaissance préalable de culpabilité et, en pratique, l'immense majorité des accusés choisit de plaider coupable, quelle que soit la gravité du fait reproché. Cette reconnaissance de culpabilité se traduit en général par une réduction de peine de 20 à 30 %⁷⁰⁶. Cependant, plus elle a lieu tôt, plus la réduction de peine est importante.
- 737- L'auto-incrimination trouve donc un avantage offert au prévenu de pouvoir, de par son aveu de culpabilité, bénéficier d'une peine moindre.

C. Le possible refus de la procédure

- 738- Dans le cadre de cette procédure la garantie du droit de ne pas s'auto-incriminer réside dans la possibilité dont dispose le prévenu de refuser la proposition de peine proposée par le procureur de la République.
- 739- Après avoir recueilli les déclarations dans lesquelles la personne mise en cause reconnaît sa culpabilité, le Procureur de la République propose une peine. Si la personne refuse la proposition, le parquet a la plénitude de l'opportunité des poursuites et la personne est

⁷⁰⁶ http://www.justice.gouv.fr/art_pix/1_stat_chiffrescles10_20101213.pdf

renvoyée devant le Tribunal Correctionnel ou le juge d'instruction selon l'article 495-12 du code de procédure pénale.

740- Il faut savoir que le refus de cette procédure peut parfois être plus bénéfique que son acceptation et qu'il ne faut pas accepter la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité trop rapidement.

741- Il est donc quelquefois préférable de ne pas s'auto-incriminer et oser refuser cette procédure, plusieurs hypothèses sont à envisager.

742- La première de ces hypothèses est celle de la personne qui se trouve dans la situation d'une irresponsabilité pénale. A titre d'exemple, il se peut qu'à la suite de la commission de l'infraction, l'intéressé soit placé en garde à vue. Lors de cette procédure, il s'avère que la personne mise en cause omet de préciser qu'il prend un traitement médical important, susceptible d'altérer ou d'abolir son discernement. Lors de la comparution devant le procureur de la République, l'avocat avec l'appui de certificats médicaux établit l'existence d'un trouble psychologique chez le mis en cause, ce qui peut avoir un effet exonératoire sur la responsabilité pénale. Le procureur de la République, à la place de lui proposer une peine de 6 mois d'emprisonnement, lui soumet une peine de trois mois d'emprisonnement. Dans ce cas, ne vaut-il pas mieux refuser la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité, puisque pénalement il devrait être jugé irresponsable et donc renvoyer l'intéressé devant le tribunal correctionnel ou devant le juge d'instruction.

743- L'hypothèse de la personne morale est également à évoquer. Selon l'article 121-2 du Code pénal, les personnes morales sont responsables des infractions commises, pour leur compte, par leurs organes ou représentants. Ont la qualité de représentant au sens de cet article les personnes pourvues de la compétence, de l'autorité et des moyens nécessaires en raison d'une délégation de pouvoir de la part des organes de la personne morale ou d'une subdélégation des pouvoirs d'une personne déléguée par ces mêmes organes⁷⁰⁷. Dans le cas où le parquet écarterait la responsabilité pénale du délégataire, le délégant pourrait voir sa responsabilité pénale engagée dans le cadre de la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité. Suite à la connaissance de la délégation de pouvoir, si le Parquet adjoint une peine moindre au délégant, il paraît normal que l'intéressé refuse la proposition émise par le Parquet pour pouvoir basculer sur un réel procès devant le Tribunal Correctionnel afin de pouvoir

⁷⁰⁷ Cass. Crim. 26 juin 2001 ; Bull crim. N°161 ; D. 2002. Somm. 1802, obs. Roujou de Boubée

expliquer certaines incohérences qui ne peuvent être suffisamment développées lors de la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité comme cela a été décrit précédemment. Ce sont des cas qui, en théorie, paraissent peu probables mais qui, en pratique, peuvent être fréquents. Il peut arriver que le parquet, pour accélérer la procédure, omette de tenir compte de certains éléments indispensables à une meilleure personnalisation de la peine.

744- Il est ainsi remarqué les lacunes d'une procédure comme la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité et le manque à gagner d'un réel procès. Il peut, de plus, être supposé qu'avec l'extension du champ d'application de la procédure avec la loi du 13 décembre 2011⁷⁰⁸, les cas précités risquent de s'accroître et, de ce fait, il est nécessaire de se questionner sur le réel intérêt de la procédure. La possibilité offerte au prévenu de pouvoir refuser cette procédure et donc de ne pas s'auto-incriminer est donc un avantage.

Paragraphe 2. A l'égard de la justice

745- Certaines critiques positives sont également à émettre cette fois-ci du côté de la justice. Il faut citer en premier lieu le désengorgement des tribunaux. La procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité instaurée, tend à alléger les prétoires en assurant une réponse rapide à la délinquance autour d'un objectif principal : la rapidité de la sanction. La comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité résulte d'une volonté législative de désengorger les tribunaux dans les affaires les plus simples ou bien le contentieux de masse que constitue notamment le contentieux du permis de conduire⁷⁰⁹. Les avis sont partagés sur cette question. Il semble que l'enjeu premier de cette procédure ne soit pas toujours effectif.

746- Cela n'est malheureusement pas un secret, le procès pénal est long. L'engorgement des tribunaux est surtout visible dans les juridictions internes qui croupissent sous le poids des dossiers accumulés depuis des années⁷¹⁰.

747- Seulement, une procédure plus rapide s'avère nécessaire. Il est intéressant de noter à cet égard que le projet de loi relatif à la répartition des contentieux et à l'allègement de certaines

⁷⁰⁸ LOI n° 2011-1862 du 13 décembre 2011 relative à la répartition des contentieux et à l'allègement de certaines procédures juridictionnelles, JORF n°0289 du 14 décembre 2011 page 21105

⁷⁰⁹ Actualité internationale, France 24, « *Affaire Gérard Depardieu : Gérard Depardieu renvoyé en correctionnel pour conduite en état d'ivresse* », 08/01/2013.

⁷¹⁰ LIVENNAIS. T, « *Mémoire en vue de l'obtention du Master 2 Droit fondamental des affaires* », Image et Droit pénal, Sous la direction de Mme le Professeur Corinne Mascala, Année universitaire 2009/2010, Université Toulouse I Capitole

procédures juridictionnelles du 3 mars 2002, montre une volonté d'élargir la procédure de l'ordonnance pénale et de la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité⁷¹¹. Cependant, les infractions relatives à la presse restent néanmoins expressément exclues de l'application de la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité et aucun changement ne semble se profiler⁷¹².

748- La procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité pourrait contribuer à « faire l'économie des débats devant le tribunal correctionnel », soit de désengorger « les audiences correctionnelles » et donc les tribunaux⁷¹³. Le but est de viser un contentieux de masse. L'intérêt pour la justice est qu'il s'agit d'une procédure rapide au niveau de l'audience, afin d'éviter un procès. C'est un gain de temps dans les affaires simples, dans lesquelles il n'y a pas forcément de discussion sur la culpabilité puisque lorsque le prévenu accepte cette procédure, il en accepte le principe et par conséquent, le fait de s'auto-incriminer dans un but précis, voir la peine encourue réduite.

749- Le procureur de la République peut proposer une peine directement au prévenu sans passer par l'audience au tribunal. En général, les audiences devant le procureur de la République ou le juge homologateur durent entre dix et quinze minutes, sans compter les contraintes qu'impose la procédure. Il y a trois contraintes d'audience. La première où il faut convoquer la personne à une première audience de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité ; La deuxième, où il faut également prévoir une deuxième audience en cas d'échec de la première ou de refus de l'intéressé et enfin, la troisième, dans le cas où une partie civile se constitue, il faudra donc éventuellement renvoyer sur intérêts civils. Sa rapidité semble alors contestée. Malgré tout, il semble que le représentant du Parquet et le juge du siège consacrent la plupart du temps, lors d'une audience de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité, un temps inférieur à celui d'une audience correctionnelle traditionnelle, même si en pratique, comme nous pouvons le constater lors de la procédure devant le procureur de la République et devant le juge homologateur, il y a beaucoup de répétitions, notamment au regard de la proposition de la peine et de l'acceptation de celle-ci, même si ces mêmes répétitions peuvent se retrouver devant le Tribunal.

⁷¹¹ Loi n° 2011-1862 du 13 décembre 2011, op.cit.

⁷¹² Articles 20 et 21 du projet de loi disponible à l'adresse suivante : <http://www.senat.fr/leg/pjl09-344.html>.

⁷¹³ DESPORTES F., LAZERGES-COUSQUER L., « *Traité de procédure pénale* », op.cit., p. 2349.

750- En outre, il semble que la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité tende au désengorgement souhaité, même si celui-ci est loin d'être effectif. Son succès est évident, comme en témoigne le passage de 27 200 condamnations suite à une comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité en 2005 à 78 000 en 2010⁷¹⁴. On estime ainsi, aujourd'hui, que près de 10 % des affaires jugées le sont par l'intermédiaire de cette procédure⁷¹⁵.

751- L'efficacité de cette procédure semble donc être confirmée réellement par les chiffres, malgré quelques critiques doctrinales de certains auteurs. Divers avis sont donnés au regard de la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité. Certains démontrent que le désengorgement des tribunaux, enjeu de la procédure est en réalité factice. La comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité a donné lieu la première année à 3500 décisions⁷¹⁶, ce qui est fort peu. Cependant, il est difficile de noter que cette évolution n'est pas si significative puisqu'il ne semblait pas y avoir d'objectifs avoués par le gouvernement au départ. Il indique un succès plus que mitigé ou une difficulté de mise en œuvre pour les magistrats au regard notamment de raisons d'organisation pratique⁷¹⁷.

752- Jean-François Beynel, Président du Tribunal de Grande Instance de Mulhouse, quant à lui, donne son point de vue sur l'effectivité du désengorgement des tribunaux suite à la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité « *Si nous avons rendu deux mille cent jugements correctionnels en 2010, et que nous sommes à presque deux mille trois cent cette année, alors que l'on a fait plus de cinq cents CRPC, nous n'avons pas désengorgé le tribunal correctionnel avec cette dernière procédure :*

nous avons amélioré le taux de poursuite et le taux de réponse pénale. Ne croyons pas, c'est mon point de vue, que la CRPC permet de juger moins en correctionnelle.

La CRPC est une manière de répondre à une commande publique, qui amène à juger plus de monde et de réprimer de manière plus systématique, parce que c'est ainsi que l'on nous demande de fonctionner. Les parquets ont une commande, qu'ils honorent, qui est de faire

⁷¹⁴ http://www.justice.gouv.fr/art_pix/1_stat_chiffrescles10_20101213.pdf

⁷¹⁵ LASSERRE CAPDEVILLE. J, « *La comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité : présentation et interrogations juridiques* », op.cit., P. 5.

⁷¹⁶ http://www.justice.gouv.fr/art_pix/1_stat_chiffrescles10_20101213.pdf [archive]

⁷¹⁷ <http://www.maitre-eolas.fr/post/2005/04/19/119-la-comparution-du-procureur-dans-la-crpc>

augmenter leur taux de réponse pénale. Je pense que s'ils n'augmentaient pas leur taux, ils auraient quelques difficultés »⁷¹⁸.

- 753- Il semble donc que le désengorgement ne soit pas si effectif qu'il était prévu et que le dispositif serve plus à améliorer les statistiques, le taux de réponse pénale étant plus parlant dans l'opinion publique, incarnant une vertu sécuritaire plus médiatique.
- 754- Cependant, au regard des statistiques du gouvernement⁷¹⁹, au cours de ces six dernières années, la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité semble avoir connu un réel succès. Malgré ces critiques, la majorité des magistrats estiment le désengorgement de la procédure réel. Ainsi, si le droit de ne pas s'auto-incriminer dont fait preuve le prévenu durant cette procédure est mis à mal, il a au moins pour avantage de désengorger les tribunaux, même si cet argument fait l'objet de plusieurs critiques.

Section 2. Les critiques négatives dévalorisant le droit de ne pas s'auto-incriminer

- 755- La procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité ne connaît évidemment pas que des critiques positives. Il faudra donc ici observer les critiques négatives qui peuvent être remarquées et ce, au niveau du rôle de l'avocat totalement banalisé dans cette procédure ou ce dernier est pourtant obligatoire (Paragraphe 1.), au niveau du mépris du principe de la présomption d'innocence, bafoué dans cette procédure (Paragraphe 2.) et au niveau d'un mépris général des droits de la défense (Paragraphe 3.)

Paragraphe 1. Le rôle circonscrit des avocats

- 756- Certaines interventions d'acteurs considérés comme secondaires lors de la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité vont, avec l'avènement de la loi du 13 décembre 2011⁷²⁰, s'amenuiser. Notamment celle de l'avocat qui va voir son rôle dans la procédure circonscrit.
- 757- Quelle que soit la partie à l'initiative de la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité, que ce soit lors de l'audience devant le procureur de la République ou lors de l'audience d'homologation devant le président du Tribunal de Grande Instance, la

⁷¹⁸ BEYNEL. J-F, « *La CRPC vue par un magistrat* », Gazette du Palais, 31 décembre 2011 n° 365, P. 18.

⁷¹⁹ Les chiffres clés de la justice de 2004 à 2011 (Activités des parquets / Décisions rendues) / Ministère de la justice.

⁷²⁰ LOI n° 2011-1862 du 13 décembre 2011, op.cit

présence de l'avocat est obligatoire. Elle tend à protéger l'individu contre la force de son propre consentement, afin de lui éviter l'application d'une peine négociée mais non comprise. En ce sens, la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité se distingue de la procédure de la composition pénale qui ne permet que l'assistance de l'avocat comme le dispose l'article 495-8 du Code de procédure pénale. Afin de donner le maximum de garanties à l'intéressé, la présence de l'avocat est obligatoire, à peine de nullité de la procédure. Plus encore, le délinquant ne pourra renoncer à son droit d'être assisté par un avocat⁷²¹. C'est un triomphe des droits de la défense, encore un des rares cas où l'avocat est obligatoire et qui pourrait permettre à priori de protéger le mis en cause quant à son droit de ne pas s'auto incriminer.

758- C'est une procédure relativement complexe qui requiert de l'avocat qu'il prenne la place et le temps nécessaires à une défense efficace qui concourt réellement à la qualité de la décision de Justice. Le législateur qui a rendu obligatoire la présence de l'avocat, affirme donc la nécessité et exige l'effectivité de sa mission. C'est donc une exigence et une nouvelle place pour la défense et pour les citoyens.

759- Pourtant, son rôle reste très encadré par la loi. Il a très peu de possibilité d'intervention en pratique, sauf si bien sûr il dispose d'éléments de nature à aménager la peine de la personne mise en cause, et quand bien même il en serait question, quand il est observé la durée de la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité, il n'aurait que peu de temps pour pouvoir intervenir. Le rôle de l'avocat est circonscrit dans le cadre de la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité⁷²² car il n'a que peu de marge de manœuvre quant à la négociation de la peine prévue par le procureur de la République. L'avocat en matière de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité veille uniquement à la garantie des droits de la défense. Le rôle de l'avocat est réduit au simple conseil. Ce qui pose problème dans la relation avocat - client, car ces derniers leur reprochent souvent de ne pas s'être suffisamment « battu » pour leur cause, d'où, la revendication de beaucoup d'avocats qui souhaiteraient voir leur rôle revalorisé dans cette procédure de « plaider coupable » à la française, et pouvoir, au minimum, discuter davantage les sanctions proposées par le ministère public et disposer d'un rôle plus percutant « *Dans la pratique on se*

⁷²¹ La présence de l'avocat est prévue tant lors de la proposition de peine, tant lors de la reconnaissance de culpabilité à proprement parler (article 495-8 du Code de Procédure Pénale)

⁷²² CAPDEVILLE – LASSERRE J., BACCARA E., « *La comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité : la parole est au condamné* », op.cit., P. 23

rend compte que celui-ci a souvent un rôle de faire-valoir et qu'il constitue littéralement un alibi, comme le dénoncent de nombreux membres de la profession »⁷²³.

760- En outre, avec l'extension du champ d'application de la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité par la loi du 13 décembre 2011⁷²⁴, la considération et le rôle de l'avocat s'amointrit de plus en plus puisque le processus pénal s'applique désormais à « tous les délits ».

761- Alors que l'année 2011⁷²⁵ semblait garantir de manière effective le droit de ne pas s'auto-incriminer avec un nouveau rôle majeur donné à l'avocat dans le cadre de la garde à vue, il semble que dans la procédure simplifiée de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité, il en soit autrement. En effet, le droit de ne pas s'auto-incriminer apparaît bafoué au regard de l'atteinte perpétuelle aux droits de la défense que subit le mis en cause dans une procédure négociée comme la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité, comme il sera constaté une atteinte évidente à des principes essentiels tels que le principe de la présomption d'innocence

Paragraphe 2. Un mépris au regard du principe de présomption d'innocence

762- Les fortes critiques qu'a connu la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité se retrouvent par le fait qu'elle a été désapprouvée de nombreuses fois à l'égard de certains droits fondamentaux et précisément le droit à un procès équitable et au droit de ne pas s'auto incriminer. Certains auteurs se sont demandés comment il était possible que cette procédure ait pu être mise en œuvre alors qu'elle bafouait certains grands principes directeurs du procès pénal⁷²⁶. « *Aujourd'hui inscrit dans les déclarations constitutionnelles et internationales ainsi que dans l'article préliminaire du code de procédure pénale, le principe de la présomption d'innocence proclame dans l'article 9 de la déclaration des droits de*

⁷²³ Proposition de loi tendant à l'abrogation de la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité et protection des droits de la défense du 23 mai 2012.

⁷²⁴ Loi n°2011-1862 du 13 décembre 2011 relative à la répartition des contentieux et à l'allègement de certaines procédures juridictionnelles, JORF n°0289 du 14 décembre 2011 page 21105.

⁷²⁵ LOI n° 2011-392 du 14 avril 2011 relative à la garde à vue, JORF n°0089 du 15 avril 2011, page 6610

⁷²⁶ OBERDORFF. H, ROBERT. J, « *Libertés fondamentales et droits de l'homme* », texte français et internationaux, 6^e éd., Montchrestien, Lextenso éditions, Juillet 2017, Lonrai, p. 1023.

l'homme et du citoyen de 1789 « tout homme étant présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable, s'il est jugé indispensable de l'arrêter, toute rigueur qui ne serait pas nécessaire pour s'assurer de sa personne doit être sévèrement réprimée par la loi ».

763- *« Toute personne accusée d'une infraction est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie »*⁷²⁷. La loi du 4 janvier 1993⁷²⁸ a introduit au sein du Code civil l'article 9-1, dont les dispositions, modifiées par la loi du 24 août 1993⁷²⁹, puis par celle du 15 juin 2000⁷³⁰, tendent à assurer la protection de la présomption d'innocence en énonçant que *« Chacun a droit au respect de la présomption d'innocence.*

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

764- Le droit de ne pas s'auto-incriminer trouve sa raison d'être dans la présomption d'innocence car il interdit les diverses ingérences arbitraires et brutales qui peuvent être provoquées par l'autorité publique. Le but de ce droit est d'interdire tout procédé tendant à obliger la personne mise en cause à participer à sa propre culpabilité et donc à renoncer à la présomption d'innocence. Tout autant que le principe de la présomption d'innocence, le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination doit être érigé en droit de la personnalité afin d'avoir plus d'impact sur la scène pénale. Sa violation est de nature à porter atteinte à la réputation et à l'honneur de la personne que l'on forcerait à s'auto incriminer.

765- En ce sens, la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité se trouve désapprouvée car elle met à mal le principe de la présomption d'innocence. Le fait de plaider

⁷²⁷ Article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, usuellement appelée Convention européenne des droits de l'homme de 1950.

⁷²⁸ Loi n°93-2 du 4 janvier 1993 portant réforme de la procédure pénale publiée au JORF n°0003 du 4 janvier 1993 page 215.

⁷²⁹ Loi n°93-1027 du 24 août 1993 relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée d'accueil et de séjours des étrangers en France publiée au JORF n°200 du 29 août 1993 page 12196.

⁷³⁰ Loi n°2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes, JORF n°138 du 16 juin 2000 page 9038 texte n°1.

coupable et donc, de s'auto-incriminer, opère un renversement de la charge de la preuve. Seule une déclaration de culpabilité par la justice peut renverser la présomption⁷³¹. Le fait de proposer une peine sans discussion sur les circonstances de l'infraction prive le mis en cause d'un débat judiciaire qui l'expose (peut-être (ou peut-être pas)) à une peine moindre. La procédure est inversée, le mis en cause n'a plus à combattre l'accusation puisqu'il s'est lui-même accusé préalablement.

- 766- En ce qui concerne « l'aveu », le problème qui se pose réellement dans la pratique, outre la méconnaissance du principe de présomption d'innocence, est la reconnaissance réelle de l'infraction. Comme le souligne les sénateurs dans leur proposition de loi tendant à l'abrogation de la procédure⁷³², le mis en cause reconnaît souvent un comportement et non une qualification correspondant à une infraction en bonne et due forme. Il y a donc une réelle atteinte au droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination.
- 767- La méconnaissance du droit à un procès équitable est critiquée dans le sens où l'intéressé est « *en situation de subir une pression réelle sous la menace d'un placement en détention provisoire ou sous contrôle judiciaire, ou d'une aggravation de la sanction encourue en cas de refus de la proposition du Procureur* »⁷³³.
- 768- Même si ces arguments perdurent, puisque la loi Perben II « *illustre la tendance sécuritaire qui peut être interprétée comme une volonté politique de contournement du développement considérable des droits de la défense* », il semble toutefois que le système mis en place, à terme, opère un « *glissement vers une « négociation-marchandage » centrée sur la désignation d'un coupable et, subséquemment le prononcé d'une sanction* »⁷³⁴.
- 769- Tout cela est en réalité très critiquable dans le sens où la présomption d'innocence, tout comme le droit de ne pas s'auto-incriminer n'existent pas en matière de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité puisqu'elle n'a pas le temps de naître une fois l'enquête effectuée et encore moins lorsqu'elle est terminée. Pour exister, il faudrait une réelle

⁷³¹ GIACOPELLI. M., Premier regard sur la loi du 9 mars 2004, « Perben 2 », La justice pénale à l'épreuve des principes d'efficacité et de judiciarité. Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, mai 2004.)

⁷³² Proposition de loi tendant à l'abrogation de la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité et protection des droits de la défense du 23 mai 2012.

⁷³³ Considérants 106 et suivants de la décision du Conseil Constitutionnel, Loi Perben II : le Conseil Constitutionnel a prononcé deux censures et émis diverses réserves d'interprétation, JCP Éd. G^{ale}, 31 mars 2004, Jurisprudence 10 048.

⁷³⁴ GIACOPELLI. M., Premier regard sur la loi du 9 mars 2004, « Perben 2 », La justice pénale à l'épreuve des principes d'efficacité et de judiciarité. Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, mai 2004.)

comparution pour être réellement jugé, or dans cette procédure simplifiée, il y a une comparution devant un juge pour une homologation où le juge ne juge plus, il « enregistre ». La comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité est en effet aux antipodes du droit de ne pas s'auto-incriminer et ce, d'autant que les pouvoirs du Parquet ont été renforcés par la loi du 12 mai 2009⁷³⁵ de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures.

770- Ce droit est directement bafoué à l'égard de cette procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité puisque pour avoir une peine moins lourde, le principe même de cette procédure est de reconnaître cette culpabilité.

771- Néanmoins, le législateur ne semble pas outré par ces atteintes puisqu'il a permis l'avènement de la loi du 13 décembre 2011⁷³⁶ qui étend le champ d'application de la procédure à bons nombres de délits, laissant alors place à une méconnaissance étendue des droits de la défense.

Paragraphe 3. Une comparution doublée d'une convocation, un mépris des droits de la défense

Recevoir une convocation en vue d'une procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité en même temps qu'une convocation devant le Tribunal correctionnel en cas d'échec de la première procédure est une atteinte aux droits de la défense. Pourtant, s'il a longtemps été espéré une protection de ces droits (A.) cela fut un échec, dévalorisant le droit de ne pas s'auto-incriminer (B.)

A. Une protection espérée

772- Alors qu'une procédure commence à l'encontre d'un suspect poursuivi du chef de violences aggravées, un procureur de la République met en œuvre la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité et saisit, concomitamment, un Tribunal correctionnel. L'atteinte au droit de la défense est alors remise en question.

⁷³⁵ Loi n°2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures, JORF n°0110 du 13 mai 2009 page 7920.

⁷³⁶ Loi n°2011-1862 du 13 décembre 2011 relative à la répartition des contentieux et à l'allègement de certaines procédures juridictionnelles, JORF n°0289 du 14 décembre 2011 page 21105.

- 773- La Chambre criminelle censure l'arrêt de la Cour d'appel pour avoir méconnu le sens et la portée de ces deux textes. En effet, dans un premier attendu, la Cour dispose qu'aux termes de l'article 112-2 du Code pénal les lois fixant les modalités des poursuites et les formes de la procédure sont applicables immédiatement à la répression des infractions commises avant leur entrée en vigueur.
- 774- Dans un second attendu, la Cour dispose que l'article 495-15-1 du Code de procédure pénale, issu de la loi du 12 mai 2009⁷³⁷, autorise le procureur de la République à mettre en œuvre une procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité et à saisir simultanément le Tribunal correctionnel.
- L'arrêt du 24 novembre 2009⁷³⁸ démontre alors une censure jurisprudentielle.
- 775- A propos de la jurisprudence antérieure, l'arrêt de la Chambre criminelle du 4 octobre 2006⁷³⁹, énonçait que lorsque le Ministère public mettait en œuvre la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité, il ne pouvait pas concomitamment saisir l'autre juridiction en même temps. C'est à dire que lorsqu'il y a une double convocation, si la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité connaît un échec, le rôle d'attente passe au rôle d'audience, mais si la procédure est acceptée, la convocation en justice est caduque.
- 776- La loi n° 2009-526 du 12 mai 2009⁷⁴⁰ de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures avait donc ainsi introduit dans le code de procédure pénale l'article 495-15-1 du code de procédure pénale, en apportant ainsi une arme décisive au Ministère Public dans sa politique de répression pénale, en prévoyant que le procureur de la République puisse convoquer simultanément la personne mise en cause à la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité et à l'audience. Cela permet donc de doubler la poursuite dans l'hypothèse où cela échouerait. *« Il faut rappeler que la logique du « plaider coupable » est d'offrir à la personne poursuivie la possibilité de devenir sujet de la procédure en consentant à un accord qui a pour conséquence une minoration de la peine. La CRPC s'inscrit dans une logique de poursuite. Comme il a été dit déjà, il s'agit d'une alternative au procès, non d'une alternative à la poursuite. Ainsi, l'existence d'une*
-
- ⁷³⁷ Loi n°2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures, JORF n°0110 du 13 mai 2009 page 7920.
- ⁷³⁸ Cour de cassation, chambre criminelle du 24 nov. 2009, n° de pourvoi : 09- 85.151
- ⁷³⁹ Cour de cassation, chambre criminelle du 4 octobre 2006, n° de pourvoi : 05-87435
- ⁷⁴⁰ Loi n°2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit d'allègement des procédures, JORF n°0110 du 13 mai 2009 p. 7920

convocation en justice devant le tribunal, concomitamment à la CRPC, n'a pas pour conséquence de faire pression sur le mis en cause à tel point que son consentement dans le cadre de la CRPC serait vicié : la personne à qui une peine est proposée dans le cadre de la CRPC a déjà vu l'action publique mise en œuvre contre elle : elle n'est pas en situation de choisir entre la peine proposée ou l'appréciation, par le ministère public, de la mise en œuvre de l'action publique ; il lui est seulement donné à choisir entre la peine proposée et le procès de droit commun. Le fait qu'elle a déjà été convoquée au procès de droit commun ne constitue donc pas une pression qui porterait atteinte aux droits de la défense. Le Conseil a donc estimé qu'en cette matière, la protection des droits de la défense était assurée par les règles de procédure pénale qui assurent que les débats devant le tribunal correctionnel se déroulent dans le respect des droits de la défense »⁷⁴¹.

777- Le prévenu se voit alors proposer une peine qui, s'il la refuse, le conduit immédiatement à être jugé par le Tribunal. Ce procédé apparaît donc comme un redoutable moyen de pression à l'encontre des prévenus qui seront naturellement enclins à accepter les peines proposées par le Ministère Public. Le principe d'une justice impartiale et indépendante et de l'égalité des armes dans le procès risque alors de s'en trouver compromis.

B. Une tentative échouée portant atteinte au droit de ne pas s'auto-incriminer

778- Une tentative est survenue pour écarter les risques de violations des droits de la défense par le biais d'un double contrôle de constitutionnalité. La Chambre criminelle a été saisie d'une question prioritaire de constitutionnalité et transmise car la question d'un risque potentiel d'une atteinte au droit de la défense méritait une analyse.

779- Le 10 décembre 2010, le Conseil constitutionnel a relevé qu'il appartenait au procureur de la République de veiller à ce que la convocation en justice soit faite à une date suffisamment lointaine pour garantir qu'au jour fixé pour le Tribunal correctionnel, la procédure aura été homologuée ou qu'elle aura échoué, donc qu'elle ne doit pas être concomitante, il ne faut pas en pratique que les dates soient rapprochées. Il vaut mieux prévoir un délai large entre les deux pour ne pas qu'il y ait une atteinte aux droits de la défense. Cela signifie encore une fois que tous les pouvoirs dans cette procédure sont attribués au procureur de la République. La

⁷⁴¹ Les Cahiers du Conseil constitutionnel Cahier n° 30 Décision n° 2010-77 QPC du 10 décembre 2010 Mme Barta Z.

régularité de la procédure va désormais être entre ses mains. Le caractère relatif au délai va être à la discrétion du Parquet qui va lui-même juger s'il s'agit d'un délai raisonnable.

780- En défense devant le Conseil constitutionnel, le Premier Ministre faisait valoir que « *la date de la comparution devant le tribunal correctionnel doit donc nécessairement être prévue plus d'un mois et vingt jours après la date de la convocation en vue de la proposition d'une comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité, à moins que l'homologation soit décidée le jour même de la proposition de la peine, auquel cas ce délai pourrait être réduit à vingt jours* »⁷⁴².

781- Le Conseil constitutionnel déclare alors l'article 495-15-1 du Code de procédure pénale conforme à la constitution et déclare que « *La méconnaissance éventuelle de cette exigence n'a pas pour effet de rendre la disposition contestée inconstitutionnelle* ». Cette dernière disposition a malheureusement marqué l'atteinte définitive aux droits de la défense.

782- En effet, dans le cadre de la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité, certains prévenus reçoivent une première convocation devant le Tribunal correctionnel pour la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité doublée d'une nouvelle convocation devant le Tribunal correctionnel en cas d'échec de la première procédure devant une audience collégiale⁷⁴³. L'aveu de culpabilité qui était vu comme le graal de cette procédure va être mis à mal dans la même journée. Celui qui a fait ses aveux devant le magistrat du Parquet n'aura d'autre choix que de maintenir son aveu de culpabilité. Tout d'abord, il faut rappeler que lorsque la personne mise en cause est interrogée, par exemple dans le cadre d'une garde à vue, par des officiers de police judiciaire, elle a la possibilité de garder le silence ou de répondre aux questions qui lui sont posées. Si elle fait le choix de répondre, elle peut s'auto-incriminer, reconnaître les faits qui lui sont reprochés et reconnaître ainsi sa culpabilité. Selon l'infraction et si la déclaration de culpabilité est claire et non équivoque, elle peut bénéficier de la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité. Toutes les déclarations qui seront émises par le mis en cause seront retranscrites dans des procès-verbaux, joints à la procédure. La reconnaissance de sa

⁷⁴² Les Cahiers du Conseil constitutionnel Cahier n° 30 Décision n° 2010-77 QPC du 10 décembre 2010 Mme Barta Z.

⁷⁴³ DESPREZ. F., « *LA COMPARUTION SUR RECONNAISSANCE PRÉALABLE DE CULPABILITÉ : 18 MOIS D'APPLICATION À MONTPELLIER* » (1er octobre 2004 - 1er avril 2006), Editions A. Pédone, Archives de politique criminelle 2006/1 - n° 28, pages 109 à 134 ISSN 0242-56.

culpabilité est donc actée. Lorsque le mis en cause se présente ensuite à l'audience de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité, il doit à nouveau, devant le procureur de la république, s'auto-incriminer. Pour que cette procédure soit validée, il ne suffit pas de reconnaître les faits reprochés en garde à vue, il faut réitérer ses aveux et s'auto-incriminer à nouveau devant le procureur de la République. Cependant entre temps il est possible que le prévenu ait réussi à trouver certains éléments permettant d'amoindrir sa responsabilité pénale, il peut s'être muni de documents qui attestent de son absence de culpabilité. Il a donc deux possibilités. Il peut comparaître devant le procureur de la République, expliquer sa situation et les arguments en sa faveur en tentant de démontrer l'absence de responsabilité pénale malgré son auto-incrimination en garde à vue. Le procureur de la République peut alors décider de continuer la procédure en proposant une peine, libre au mis en cause de l'accepter ou non, ou alors mettre un terme à la procédure et mettre fin aux poursuites. Auquel cas, le mis en cause ne devra pas comparaître devant le Tribunal correctionnel par la suite. Soit il ne se présente pas à l'audience de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité et décide de comparaître directement devant le Tribunal correctionnel dans l'après-midi même.

783- Plusieurs difficultés se posent en l'espèce.

La première est relative au principe d'indépendance et d'impartialité. En cas de refus de la proposition, le procès-verbal contenant la reconnaissance de culpabilité doit être retiré du dossier de la procédure et la juridiction ultérieurement saisie ne peut en faire état comme le prévoit l'article 495-14 du Code de procédure pénale. La Chambre criminelle est venue répéter de nombreuses fois ce principe notamment par le biais de l'arrêt du 17 septembre 2008⁷⁴⁴. Cependant, un arrêt de la Chambre criminelle de la Cour de cassation du 30 novembre 2010⁷⁴⁵ vient prévoir que lorsque le procès-verbal continue de figurer au dossier, alors la procédure n'est pas nulle lorsque les juges se sont fondés sur d'autres éléments pour assoir leur conviction et que cela n'a pas porté atteinte aux intérêts du prévenu. La Cour de cassation par cet arrêt semble limiter la portée de l'article 495-15 du Code de procédure pénale et atteindre le droit de ne pas s'auto-incriminer.

784- Il ne faut pas être dupe pour savoir que les magistrats du Parquet et du siège communiquent entre eux sur les audiences venues et à venir. Le refus d'une procédure de comparution sur

⁷⁴⁴ *Cour de cassation, chambre criminelle, 17 septembre 2008, N° de pourvoi : 08-80858*

⁷⁴⁵ *Cour de cassation, chambre criminelle, 30 novembre 2010, n° de pourvoi : 10-80460*

reconnaissance préalable de culpabilité est souvent mal perçue par les magistrats du siège car ils considèrent que ce mécanisme de négociation est une chance pour le prévenu de bénéficier d'une peine moindre, la refuser serait considéré comme une offense.

- 785- Quand bien même le Président du Tribunal correctionnel n'aurait pas connaissance de la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité préalable et de son refus, la reconnaissance de culpabilité restera ancrée dans le procès-verbal de police dont aura connaissance l'audience collégiale. Partant, il sera impossible de renverser l'auto-incrimination. Celui qui devait initialement bénéficier d'une peine moindre et qui va tenter sa chance devant le Tribunal correctionnel en pensant user de ses droits de la défense, risquera d'écopier d'une peine plus lourde et ce, à cause d'une atteinte irréversible au droit de ne pas s'auto-incriminer.
- 786- En conséquence, les atteintes au droit de ne pas s'auto-incriminer demeurent et ne cessent d'être validées par les institutions. En l'espèce ici, le Conseil constitutionnel⁷⁴⁶ valide un procédé qui atteint le droit de ne pas s'auto-incriminer de la personne mise en cause et ce, en vertu de « la bonne administration de la justice ». Il apparaît difficilement compréhensible que la bonne administration de la justice puisse laisser ces procédés attentatoires au droit de la défense prendre place. Cela conforte la nécessité de consacrer textuellement le droit de ne pas s'auto-incriminer en droit européen et en droit interne. Une telle consécration permettrait à l'ensemble des institutions et principalement aux magistrats et aux officiers de police judiciaires de l'impact de cette notion. Ainsi, ce droit serait mieux garanti et mieux protégé et certaines décisions telles que la décision du 10 décembre 2010 n'aurait pas été prononcée. Nécessairement cela aurait des conséquences positives sur les personnes suspectées qui ne demeureraient peut-être dans certains cas, de personnes suspectées, et non des personnes mises en cause. La généralisation de la procédure telle qu'elle a été décrite par le biais de la loi du 13 décembre 2011⁷⁴⁷ ne peut qu'entériner cette atteinte. En effet, plus le champ d'application des procédures négociées s'élargira, plus l'atteinte à l'auto-incrimination sera révélée.

⁷⁴⁶ Les Cahiers du Conseil constitutionnel Cahier n° 30 Décision n° 2010-77 QPC du 10 décembre 2010 Mme Barta Z.

⁷⁴⁷ Loi n°2011-1862 du 13 décembre 2011 relative à la répartition des contentieux et à l'allègement de certaines procédures juridictionnelles, JORF n°0289 du 14 décembre 2011 page 21105.

CONCLUSION CHAPITRE 2.

- 787- L'ensemble des éléments décrits supra ont permis de constater les diverses critiques émises à l'encontre des procédures négociées face à l'auto-incrimination, confirmant ainsi son caractère ambivalent.
- 788- Elle tend d'un côté à la valorisation des droits de la défense en ce qu'elle permet une réelle reconnaissance de l'infraction pour le prévenu. Les garanties qui accompagnent la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité vont permettre au prévenu de pouvoir bénéficier d'une peine moins lourde s'il accepte de reconnaître sa culpabilité et de s'auto-incriminer. Si la proposition qui lui est faite ne lui convient pas il a toujours cette possibilité de refuser la procédure ce qui est une réelle liberté pour le prévenu et garanti ses droits.
- 789- Certains contours de la procédure vont néanmoins tendre à l'affaiblissement des droits de la défense. En effet, le rôle totalement circonscrit de l'avocat ne va pas pouvoir réellement aider le prévenu lors de cette audience. Il fait seulement office de figuration. La négociation n'en est pas réellement une. Pour preuve, il est fréquent que la proposition de peine figure déjà sur le dossier du mis en cause dès l'arrivée de l'avocat. Si le procureur de la République s'est fixé une sanction, il est possible qu'il ne veuille pas la négocier. L'avocat n'est donc utile que pour s'assurer que les « droits de la défense » sont bien assurés.
- 790- Il est d'ailleurs ironique de s'assurer que les droits de la défense sont bien respectés dès lors que cette procédure représente un réel mépris au regard du principe de présomption d'innocence.
- 791- Encore une fois cette même question se pose, que faut-il privilégier ? Est ce qu'il faut que la procédure pénale évolue dans le sens d'une meilleure garantie des droits de la défense ou est ce qu'il faut privilégier l'intérêt du prévenu dans le résultat de la sanction ? C'est une question délicate auquel il est difficile de répondre.
- 792- En matière de procédures négociées, il semble qu'il soit préférable de se consacrer à la sanction donnée au prévenu puisque le principe même de ces procédures découle de l'auto-incrimination et que cela n'est pas près de changer. A moins de supprimer l'ensemble des procédures négociées de la procédure pénale ce qui est inenvisageable, il faut apprendre à décortiquer les éléments positifs qui naissent de ces procédures. En l'occurrence, obtenir une peine moindre est une bonne contrepartie pour la personne mise en cause.

CONCLUSION DU TITRE 2.

- 793- Il a été démontré tout au long de cette étude que le droit de ne pas s'auto-incriminer était un droit propre à l'homme qui ne pouvait être soumis. Il ne peut, par principe, y avoir d'auto-incrimination involontaire, ce qui signifie qu'il s'agit d'une volonté de la personne mise en cause ou suspectée de s'auto-incriminer ou pas. Si d'un côté il a été constaté que l'auto-incrimination pouvait être suscitée, elle peut également être négociée.
- 794- Il a été décidé de consacrer ce titre à l'étude particulière de la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité car c'est une procédure régulièrement mise en œuvre et qu'elle revêt de nombreuses facettes valorisant et défavorisant les droits de la défense. L'étude de l'auto-incrimination au travers de cette procédure paraissait indispensable.
- 795- Cela a permis de constater que cette procédure était applicable à double tranchant. En effet, il a été nécessaire de se demander s'il valait mieux porter atteinte aux droits de la défense et au droit de ne pas s'auto-incriminer pour contribuer à la célérité de la justice ou s'il valait mieux contribuer à sa propre incrimination pour privilégier la sanction donnée au prévenu. En conséquence, est-ce que cette procédure ne contribue pas à l'affaiblissement des droits de la défense ? Il est évident que d'un côté cette procédure tend à l'affaiblissement des droits de la défense dans la mesure où lorsque la personne entendue dans le cadre de ses interrogatoires reconnaît les faits qui lui sont reprochés, il ne connaît pas les conséquences qui vont en découler. C'est à dire qu'une fois la garde à vue terminée, il va lui être remis deux convocations, une pour la mise en œuvre de la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité, l'autre pour le déroulement de l'audience devant le Tribunal correctionnel en cas d'échec de la procédure. A ce moment-là, la personne n'a plus le choix, si elle refuse la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité elle sait qu'elle risque d'être punie d'une peine plus sévère. Cela permet de confirmer ce qui a été précisé précédemment, tant que le droit de ne pas s'auto-incriminer ne sera pas consacré expressément, la personne mise en cause ne pourra prendre la mesure des conséquences qui en découlent. Cette consécration textuelle est donc impérative.
- 796- Cependant, il faut mesurer l'atteinte qui est faite aux droits de la défense dès lors que la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité est souvent considérée comme une « chance » par les prévenus de bénéficier d'une peine moindre. Ce qui signifie que cette procédure a tendance à emporter la conviction du prévenu face à l'atteinte qui est porté à ses droits.

CONCLUSION DE LA PARTIE 2.

- 797- Cette seconde partie a été consacrée au régime de l'auto-incrimination en se concentrant sur l'aspect volontaire de la notion. Il a ainsi été vu dans un premier temps l'aspect suscitée qu'elle revêtait, pour ensuite observer son caractère négocié.
- 798- L'aspect suscitée de l'auto-incrimination a permis de mettre en exergue le côté ambivalent de la notion. En effet, il a été constaté qu'elle consistait en une action volontaire de l'homme. L'homme peut faire le choix de contribuer à sa propre incrimination en usant de son droit d'avouer. En parallèle de ce droit peut exister le droit de garder le silence, de ne pas fournir de documents susceptibles d'être auto-incriminants ou même du droit de mentir. Si ce droit n'est pas ouvert à tous, la stratégie de défense du client ne pourra lui être reprochée, son droit de ne pas s'auto-incriminer doit l'en protéger.
- 799- En outre, si par principe l'auto-incrimination constitue un acte volontaire, propre à la volonté de l'homme, cette étude a permis de constater que l'auto-incrimination pouvait être soumise. Dans certains cas, même si la personne mise en cause doit toujours donner son accord pour contribuer à sa propre incrimination, la procédure pénale a mis en place des mécanismes qui « forcent » la personne mise en cause à s'auto-incriminer. Le cas des prélèvements biologiques en est le parfait exemple. Ce fonctionnement ne peut permettre de garantir pleinement les droits de la défense. La question se pose ainsi de savoir si une auto-incrimination « forcée » n'est pas une auto-incrimination involontaire.
- 800- L'auto-incrimination involontaire constitue l'exception de la notion. Si en France, certains procédés sont jugés illégaux et contraires aux droits de la défense, de nombreux mécanismes légaux existant en procédure pénale tels que les interceptions de correspondances, sonorisations et fixations d'image permettent de « piéger » la personne suspectée sans que celle-ci ne s'en rende compte. Si ces procédés ont été reconnus légaux, il n'en demeure pas moins que cela contribue à un affaiblissement du droit de ne pas s'auto-incriminer.
- 801- Cette ambivalence qui est révélée tout au long de cette deuxième partie a eu un impact tant sur les droits fondamentaux que sur la personne elle-même.
- 802- En effet, cette étude a permis de révéler que bon nombre de principes tendait à la valorisation des droits de la défense tels que le principe d'impartialité ou le principe de motivation.

Cependant, en parallèle, ces principes sont mis à mal par d'autres qui eux, tendent à l'affaiblissement du droit de ne pas s'auto-incriminer. C'est ainsi que le principe d'impartialité est mis à mal par le principe d'intime conviction. Cette observation transparaît dans toute cette étude. Tout au long, il a pu être constaté que dès lors qu'une mesure garantissait le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination, une autre venait l'affaiblir et c'est ce qui justifie qu'aujourd'hui le fait que cette notion manque de poids sur la scène pénale française.

- 803- Là où en revanche la notion est mise en avant c'est dans le cadre des procédures négociées. L'exemple de la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité a été ciblé dans cette étude car c'est la plus populaire et la plus utilisée des procédures négociées. Il s'agit toujours d'une auto-incrimination volontaire et elle demeure, elle aussi ambivalente. La question s'est posée de savoir s'il valait mieux contribuer à sa propre incrimination et voir les droits de la défense bafoués ou contribuer à sa propre incrimination et bénéficier d'une peine moindre. C'est une question à laquelle seuls les justiciables peuvent répondre. D'un point de vue juridique il est évident que cela constitue une atteinte à la présomption d'innocence. Cela ne va d'ailleurs pas aller en s'arrangeant tellement la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité voit son champ d'application élargi. Cependant il ne faut pas oublier que cette procédure n'est pas soumise au prévenu. Il a le choix dès le départ d'en bénéficier ou pas. Bien avant de recevoir une convocation. Ainsi, il ne peut être évoqué l'aspect contraignant de la notion. Si le prévenu fait le choix de bénéficier de cette procédure c'est qu'il fait le choix de voir ses droits de la défense bafoués. Le client ne voit jamais l'aspect général procédural que peut susciter cette mesure, il voit ses propres intérêts et bénéficier d'une peine moindre sans la pression d'un Tribunal Correctionnel lui convient en général davantage.
- 804- Le régime de l'auto-incrimination apparaît donc comme tendant à la fois à l'affaiblissement des droits de la défense comme à la valorisation de ces droits de manière relativement équivalente.

CONCLUSION FINALE

- 805- Cette étude a permis de constater que la création de l'auto-incrimination et son évolution ont mis du temps à éclore, mais ne cesse d'éclore. Si une confusion aurait pu naître entre l'auto-incrimination connue aujourd'hui en procédure pénale et celle sous entendue comme la réponse donnée à la torture en droit romain par le patient, c'est bien à la suite du XIII^e siècle qu'est né en réalité le droit de ne pas s'auto-incriminer. Il a vu le jour dans le cadre de la théorie des preuves légales où l'aveu a pris davantage d'importance en droit pénal. La présence de l'avocat pour protéger le mis en cause contre tout autoritarisme et décision arbitraire a permis de mettre en exergue toute l'importance qui résidait autour de l'aveu. Il a ainsi été constaté que les mots qui sortaient de la bouche d'un homme pouvaient avoir des conséquences irréversibles sur celui qui les prononçait et qu'il fallait, en conséquence, la présence d'un conseil pour encadrer cela. Petit à petit, tout au long des siècles suivant le moyen-âge plusieurs mécanismes de protection ont été mis en œuvre et la place de l'avocat a pris une place considérable pour protéger le mis en cause. Si ce type de mesure a été bien reçue en procédure pénale, d'autres sont venues affaiblir la protection de l'homme suspecté. La problématique qui a été posée tout au long de cette étude était de savoir dans quelle mesure la prise en considération de l'auto-incrimination contribuait à la valorisation des droits de la défense ou tendait à son affaiblissement. Il a été très délicat d'y répondre dans la mesure où de nombreux mécanismes présents en procédure pénale viennent protéger le droit de ne pas s'auto-incriminer comme d'autres viennent le bafouer.
- 806- La difficulté principale qui a été observée est son absence de consécration. En effet si le droit de ne pas s'auto-incriminer est reconnu au niveau mondial, sa reconnaissance au niveau européen est faible et en France, quasi inexistante. Cette étude a permis de déterminer ce qu'était concrètement le droit de ne pas s'auto-incriminer, il se définit comme le droit, pour toutes personnes, de ne pas être contraint de fournir les éléments matériels contre lui-même en vue de qualifier une infraction qui lui serait reprochée. Il a donc la possibilité de garder le silence lors d'interrogatoires ou la possibilité de ne fournir aucun document susceptible d'être auto-incriminant.
- 807- Ce droit « de ne pas s'auto-incriminer » est né juridiquement au Royaume-Uni avec l'arrêt *Blunt c/ Lane Park Hôtel*⁷⁴⁸ et a été davantage pris en compte grâce à l'arrêt *Miranda c/*

⁷⁴⁸ ROYAUME-UNI : BLUNT c/ Park Lane Hotel, préc.

Arizona⁷⁴⁹. Il faudra attendre l'arrêt Funke⁷⁵⁰ et Saunders⁷⁵¹, rendus au visa de l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'homme, pour que le droit européen se familiarise avec cette notion. Pourtant, même si par la suite de nombreux arrêts⁷⁵² ont été rendus au visa de cet article, le droit européen n'a pas souhaité consacrer ce principe textuellement. A ce jour, la Convention européenne des droits de l'homme en son article 6§1 n'y fait à aucun moment référence. Il est difficile pour le droit de ne pas s'auto-incriminer d'avoir un certain poids sur la scène pénale internationale en l'absence de consécration expresse. Cette lacune s'est nécessairement étendue à la procédure pénale française qui ne connaît d'évolution que lorsque la Cour européenne des droits de l'homme l'y contraint. Ainsi, tant que le droit européen ne consacrera pas textuellement le droit de ne pas s'auto-incriminer au sein de son article, le droit français risque de ne permettre aucune évolution. En outre, le regret qui est à déplorer aujourd'hui en droit pénal français est la confusion qui existe entre le droit de ne pas s'auto-incriminer et le droit de garder le silence.

808- En effet, la procédure pénale française ne se consacre qu'au droit de garder le silence lors d'interrogatoires, devant un juge d'instruction ou une juridiction de jugement. Lorsque les magistrats rendent un arrêt relatif au droit de ne pas s'auto-incriminer, c'est au visa de l'article 63-1 du Code de procédure pénale qu'ils le font⁷⁵³ alors que cet article concerne le droit de garder le silence en garde à vue.

809- Pourtant, ces deux droits sont bien différents. Si l'un est le corolaire de l'autre, le droit européen s'attache à bien les distinguer. C'est ainsi que le Code de procédure pénale Espagnol distingue les deux droits⁷⁵⁴ : « *Le code de procédure pénale donne aux personnes placées en garde à vue les droits suivants :*

– *solliciter, comme le prévoit la constitution, le bénéfice de la loi sur l'habeas corpus (12) si elles estiment leur privation de liberté illégale ;*

– *garder le silence, ne pas répondre à certaines questions, indiquer qu'elles ne feront de déclarations que devant le juge ;*

– *ne pas témoigner contre elles-mêmes, ne pas s'incriminer ;*

⁷⁴⁹ Cour Suprême des États-Unis, 13 juin 1966, 384 US 436

⁷⁵⁰ CEDH, FUNKE c. FRANCE, 25 février 1993, préc.

⁷⁵¹ CEDH Saunders c. Royaume-Uni, 17 décembre 1996, préc., §§ 68-69

⁷⁵² CEDH, SCHMID-LAFFER c. SUISSE, 19 juin 2015, préc. ; CEDH, CEDH, CORBET et autres c. FRANCE, 19 mars 2015, préc. ; CHAMBAZ c. SUISSE, 5 avril 2012, préc.

⁷⁵³ Cass.crim. Ass. Plen., 6 mars 2015 pourvoi n° 14-84339.

⁷⁵⁴ Articles 489 à 501 et 520 à 527 du Code de procédure pénale

– signaler à une personne de leur choix, membre ou non de leur famille, le lieu où elles sont détenues, ce qui signifie que les éventuels transferts doivent également être communiqués ».

- 810- Ces deux droits doivent être distingués car en réalité, le droit de ne pas s’auto-incriminer est un principe alors que le droit de garder le silence est un simple droit. L’importance de la consécration de l’auto-incrimination réside dans le fait qu’il s’agit d’un principe général qui englobe de nombreux aspects dont le droit de garder le silence. Cependant aujourd’hui le Code de procédure pénale français en n’accordant que peu d’importance à ce principe omet ce qu’il englobe. Ainsi, le droit de ne pas fournir des documents susceptibles d’être auto-incriminants est totalement absent des textes. La difficulté lorsqu’un droit n’est pas consacré en droit c’est qu’il n’est pas pleinement expliqué et en conséquence, pas suffisamment protégé, mettant à mal les droits de la défense. C’est ainsi qu’une personne mise en cause dans une procédure et à qui il est notifié son droit de garder le silence ne comprend pas l’impact de l’auto-incrimination. Le mis en cause sait le plus souvent qu’il dispose de ce droit mais il n’en connaît pas les conséquences. Il ne sait pas que le fait de ne pas répondre à certaines questions le protège de son droit de ne pas s’auto-incriminer. Il ne sait d’ailleurs pas ce qu’est le droit de ne pas s’auto-incriminer. Comment cela pourrait ne pas contribuer à un affaiblissement des droits de la défense ? Il apparaît essentiel que les droits qui sont notifiés à la personne mise en cause lui soit expliqués. Avant tout interrogatoire où une personne serait susceptible de s’auto-incriminer, dès que lui sont notifiés ses droits, il est essentiel de mettre en place une sorte de « notice explicative » des droits présentés afin que le mis en cause puisse prendre pleinement conscience des enjeux et des conséquences de ses actes. Cette consécration est primordiale car les manifestations de l’auto-incrimination sont nombreuses et le seront davantage avec l’évolution de la loi pénale comme cela a pu être démontré ces quinze dernières années.
- 811- En effet, l’auto-incrimination est présente dans toutes les phases de la procédure pénale, que ce soit en amont du procès pénal, pendant la phase d’enquête, au cours de l’instruction ou pendant le procès-pénal. Cette généralisation est due à plusieurs avènements textuels qui ont une importance capitale sur le droit de ne pas s’auto-incriminer.
- 812- Il a été vu que le terme « d’auto-incrimination » n’avait vu le jour en procédure pénale française que tardivement, mais le fait de s’auto-incriminer est bien plus ancien. Si une confusion aurait pu causer un mal entendu avec la torture en droit romain, il faut rappeler que l’auto-incrimination commence en réalité dès lors qu’une personne est sous une posture

contraignante. En ce sens, la garde à vue a été une mesure évolutive ne cessant de valoriser les droits de la défense au travers du droit de ne pas s'auto-incriminer.

- 813- En effet, si la création du droit de garder le silence a connu une évolution tumultueuse la loi du 14 avril 2011⁷⁵⁵ a non seulement rétabli la notification du droit de garder le silence mais a aussi mis en œuvre le droit à l'assistance de l'avocat lors des interrogatoires de garde à vue. Ces deux évolutions ont marqué un réel tournant pour le droit de ne pas s'auto-incriminer. Cependant, cette évolution est heurtée par des mesures qui tendent à l'affaiblissement des droits de la défense. La problématique posée en amont sur l'absence d'explication doit à nouveau être mentionnée. Le droit de se taire a été rétabli au sein du Code de procédure pénale mais le mis en cause n'en comprend pas l'impact pour lui-même ou pour les droits de sa propre défense. Il ne mesure pas l'importance de l'auto-incrimination dans une telle procédure ni les conséquences qui pourraient découler de certains de ces propos. Il est ainsi regrettable qu'une mention suivant le 3^e de l'article 63-1 du Code de procédure pénale ne soit pas ajoutée, pour permettre au mis en cause de comprendre les conséquences du droit de faire des déclarations, de répondre aux questions ou de se taire. A titre d'exemple, il pourrait être ajouté que *« le fait de garder le silence est un droit permettant à la personne entendue de bénéficier de son droit de ne pas s'auto-incriminer, c'est à dire le droit pour toutes personnes de ne pas être contraint de fournir des éléments auto-incriminant, de façon orale ou écrite. Que dans tous les cas, les propos qui seront tenus seront actés sur un procès-verbal et ne pourront faire l'objet de modifications. Qu'ainsi les propos recensés pourront être utilisés contre lui devant un juge d'instruction ou une juridiction de jugement »*.
- 814- En outre, cette procédure de garde à vue est également heurtée par l'absence d'accès au dossier par le Conseil de la personne mise en cause à ce stade de la procédure. C'est à dire qu'à ce jour, l'avocat doit assurer la défense de son client avec comme seuls éléments le procès-verbal de notification des droits, les certificats médicaux et les procès-verbaux d'audition de la personne déjà entendue. Autrement dit, aucun élément relatif à la procédure pénale n'est accessible. Il est évident qu'assurer une défense et mettre en place une stratégie est laborieuse pour le Conseil. Pourtant, il semblait que cette évolution était dans les tiroirs... cela n'a pourtant pas vu le jour avec l'avènement de la loi du 27 mai 2014⁷⁵⁶ comme cela devait être le cas. Il apparaît néanmoins que si ce n'est pas imminent, la procédure pénale va

⁷⁵⁵ Loi n°2011-392 du 14 avril 2011 relative à la garde à vue, JORF n°0089 du 15 avril 2011, page 6610.

⁷⁵⁶ Loi n°2014-535 du 27 mai 2014 portant transposition de la directive 2012/13/UE du Parlement européen et du Conseil, du 22 mai 2012, relative au droit à l'information dans le cadre de la procédure pénale publiée au JORF n°0123 du 28 mai 2014 page 8864 texte n°2.

connaître une évolution en ce sens. Cette absence d'accès au dossier est une réelle atteinte au droit de ne pas s'auto-incriminer et de manière générale aux droits de la défense. Ce type de mesure tend à annuler les effets positifs de l'assistance du gardé à vue lors de ces interrogatoires. Ainsi, il n'est pas aisé de répondre à la problématique initiale. Aujourd'hui la garde à vue est une mesure qui tantôt tend à la valorisation des droits de la défense, tantôt tend à l'affaiblissement de ces derniers au regard du droit de ne pas s'auto-incriminer.

815- D'autres créations légales ont eu un impact certain sur le droit de ne pas s'auto-incriminer qui ont permis au droit de ne pas s'auto-incriminer de prendre davantage de place sur la scène pénale française.

816- A titre d'exemple, cette étude a permis de constater l'importance que revêtait la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité créée par la loi du 9 mars 2004⁷⁵⁷ et l'impact que pouvait avoir cette mesure sur l'auto-incrimination. Au travers de l'application de cette procédure il est constaté à quel point il est délicat de répondre à la problématique initiale. Est-ce que la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité tend à la valorisation de l'auto-incrimination ou au contraire est ce qu'elle ne fait que l'affaiblir ? En réalité elle semble faire les deux. D'un côté il est évident que cette procédure est une atteinte à la présomption d'innocence en ce que son but premier est l'incitation à la reconnaissance de l'infraction. Sans cette reconnaissance, la procédure ne peut prendre place. Cette contractualisation de la procédure a été largement critiquée d'une part au regard de la négociation qui naît entre le procureur de la République et le prévenu mais surtout en ce que la négociation n'était pas vraiment réelle, avec un parquetier pas souvent enclin à négocier la peine qu'il avait initialement en tête. L'étendu du champ d'application de la procédure avec la loi du 13 décembre 2011⁷⁵⁸ n'a fait qu'augmenter les critiques. D'un autre côté, il faut rappeler que c'est le prévenu lui-même qui fait le choix de recourir ou non à cette procédure. Lorsqu'à la sortie de sa garde à vue il lui est remis une convocation pour une comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité, il a la possibilité de la refuser. Mais en réalité, lorsque le Conseil évite une audience devant un Tribunal correctionnel pour bénéficier d'une telle

⁷⁵⁷ Loi n°2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, JORF n°59 du 10 mars 2004 page 4567.

⁷⁵⁸ Loi n°2011-1862 du 13 décembre 2011 relative à la répartition des contentieux et à l'allègement de certaines procédures juridictionnelles, JORF n°0289 du 14 décembre 2011 page 21105.

procédure, il faut le considérer comme une issue positive. D'une part car le prévenu évite la lourdeur d'une audience devant le Tribunal Correctionnel avec le formalisme qu'elle requiert mais surtout car le prévenu a de fortes chances de bénéficier d'une peine moins lourde. Ainsi, si le prévenu fait le choix dès le départ de bénéficier de cette procédure, il sait qu'il fait le choix de bafouer les droits de la défense. En conséquence, s'il fallait répondre à la problématique initiale au regard de cette procédure il faut nécessairement constater que la prise en considération de l'auto-incrimination tend à l'affaiblissement de la protection des droits de la défense. Si le prévenu fait le choix d'y recourir pour bénéficier d'une peine moindre il n'en demeure pas moins que les droits de la défense seront altérés.

817- Une autre loi a permis au droit de ne pas s'auto-incriminer de prendre plus de poids sur la scène pénale et ce, à de nombreux égards.

818- La loi du 27 mai 2014⁷⁵⁹ a mis en place deux mesures essentielles pour ce droit. La première est la mise en place du droit de se taire et de l'assistance d'un avocat lors de l'audition libre avec la création de l'article 61-1 du Code de procédure pénale. Avant cette loi, la personne entendue risquait de pouvoir s'auto-incriminer sans qu'elle soit protégée. En l'absence d'explication de la mesure et des conséquences de chacun de ces actes donnés par la personne entendue, c'est le Conseil qui vient palier ces lacunes. C'est lui qui doit lui expliquer les tenants et les aboutissants d'une telle procédure, ce qu'il risque s'il décide de faire des déclarations et qu'elles seront les conséquences s'il décide de se taire. Sans l'avocat, la personne entendue est seul face aux officiers de police. S'il a la possibilité de partir quand il le souhaite, cela ne lui empêchera pas de tenir des propos auto-incriminants pouvant mettre en cause sa responsabilité par la suite. Il était donc essentiel que cette notification prenne place pour que soit pleinement garanti les droits de la défense.

819- Mais cette loi n'a pas eu que pour seul mérite de mettre en place ces dispositions, elle a également prévu la possibilité pour la personne qui comparait devant une juridiction telle qu'un Tribunal correctionnel ou une Cour d'assises de pouvoir se taire, de faire des déclarations ou de répondre aux questions. S'il est évident que le prévenu avait la possibilité de se taire bien avant cette loi ce droit ne lui était pourtant pas notifié. Cela dénote une particularité dans l'évolution législative pénale. Cette évolution chronologique permet de

⁷⁵⁹ Loi n°2014-535 du 27 mai 2014 portant transposition de la directive 2012/13/UE du Parlement européen et du Conseil, du 22 mai 2012, relative au droit à l'information dans le cadre de la procédure pénale publiée au JORF n°0123 du 28 mai 2014 page 8864 texte n°2.

démontrer que la procédure pénale tend vers une meilleure garantie des droits de la défense au travers du droit de ne pas s'auto-incriminer. Toujours plus de mesures sont créées dans le but de protéger l'homme contre lui-même, contre les propos qu'il pourrait tenir ou les actions auto-incriminantes qu'il pourrait faire. Il est laissé le temps de la réflexion au mis en cause pour une meilleure prise de connaissance et de conscience des risques et des conséquences que certaines actions pourraient provoquer.

820- Ainsi, cette étude a permis de constater qu'il serait opportun, afin de garantir au mieux le droit de ne pas s'auto-incriminer, d'envisager d'ajouter un alinéa à l'article préliminaire du Code de procédure pénale. Cet article qui constitue le socle de la procédure pénale a connu une évolution importante au fil des années. En effet, la loi du 14 avril 2011⁷⁶⁰, relative à la garde à vue, créée suite à la condamnation de la France par la Cour européenne des droits de l'homme, a créé un nouvel alinéa à l'article préliminaire apportant de nouvelles garanties à la personne suspectée ou poursuivie : « *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* ». Ainsi, dans le même sens que précédemment, il pourrait être ajouté que cela a été créé en vue du respect du droit de ne pas s'auto-incriminer. Cette absence totale de consécration légale en France ne fait qu'affaiblir la notion. Si la jurisprudence commence depuis très récemment à mentionner le principe, cela ne lui laisse que peu de poids sur la scène pénale française et tend à affaiblir les droits de la défense.

821- Cette lacune a nécessairement pour conséquence la reconnaissance de la légalité de certaines mesures qui tendent à l'affaiblissement des droits de la défense. En effet, si l'auto-incrimination est par principe une action volontaire de l'homme, il y a des cas où cette action peut être soumise voire même involontaire. En effet, cette étude a permis de démontrer que l'homme pouvait être contraint de participer à sa propre incrimination par la menace d'une sanction pénale. Ce type de mesure, totalement contraire au droit de ne pas s'auto-incriminer, contribue à l'affaiblissement des droits de la défense dès lors qu'une personne qui refuse de s'auto-incriminer en refusant de se soumettre à une opération nécessaire aux comparaisons et identifications encourt une sanction pénale. Son consentement ne peut être considéré comme libre et éclairé. Il est nécessaire de pallier

⁷⁶⁰ Loi n°2011-392 du 14 avril 2011 relative à la garde à vue, JORF n°0089 du 15 avril 2011, page 6610.

cette problématique pour que le respect du droit de ne pas s'auto-incriminer soit garanti. Malheureusement, il n'apparaît aucun changement en vue.

- 822- Dans le même sens, la mise en place de procédés techniques tels que des interceptions de correspondances et sonorisations et fixations d'image, considérés par la jurisprudence comme légale, constituent une atteinte à l'auto-incrimination dès lors qu'ils sont mis en place sans que la personne qui en fait l'objet soit au courant. La priorité d'obtenir une vérité factuelle passe au-dessus du respect des droits de la défense, ce qui ne peut contribuer qu'à leur affaiblissement.
- 823- Cela ne pourra changer que si le droit de ne pas s'auto-incriminer est consacré textuellement. Plus un principe est consacré, plus les législateurs œuvrent en ce sens, plus les magistrats sont réticents à adopter des décisions qui viendraient affaiblir ce droit. Ainsi, si ce principe avait plus de poids sur la scène pénale, il est certain que les exemples d'auto-incrimination soumises ou involontaires, vues dans cette étude, auraient été jugés légaux et conformes aux droits de la défense.
- 824- La consécration du droit de ne pas s'auto-incriminer est donc inévitable pour assurer aux justiciables l'application sereine de leurs droits.

ABREVIATIONS USUELLES

A.

- Accusation : acc.
- Activités de la Cour de justice des communautés européennes : Activités CJCE
- Actualité juridique Pénal : AJ pénal
- Actualité législative Dalloz : ALD
- Alinéa : al.
- Ancien : anc.
- Annales des tribunaux : Ann. trib.
- Annexe : ann.
- Annuaire français de droit international : Annuaire fr. dr. int.
- Appendice : app.
- Argument : arg.
- Arrêté : A.
- Arrêté ministériel : A. min.
- Article : art.
- Article précité : art. préc.
- Assemblée nationale : AN
- Assemblée plénière : ass. plén.
- Association : assoc.
- Au dessous : infra.
- Au dessus : supra.
- Avocat : av.
- Avocat général : av. gén.
- Avril : avr.

B.

- Brochure du journal officiel : Brochure JO
- Bulletin des annonces légales obligatoires : BALO
- Bulletin des arrêts de l'assemblée plénière de la Cour de cassation : Bull. Ass. Plen.

- Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (chambre criminelle) : Bull. crim.
- Bulletin européen et international, Francis Lefebvre : BEEI Lefebvre
- Bulletin fiscal, Francis Lefebvre : BF Lefebvre
- Bulletin d'information de la Cour de cassation : Bull. inf. C. cass.
- Bulletin législatif Dalloz : BLD

C.

- Cassation : cass.
- Chambre : ch.
- Chambre d'accusation : ch. acc.
- Chambre du conseil : ch. cons.
- Chambre correctionnelle : ch. corr.
- Chambre des députés : ch. dép.
- Chambre de l'instruction : ch. inst.
- Chapitre : chap.
- Chronique : chron.
- Chronologique : chronol.
- Circulaire : Circ.
- Circulaire interministérielle : Circ. intermin.
- Circulaire ministérielle : Circ. min.
- Code civil : C. civ.
- Code de l'organisation judiciaire : C. org. jud.
- Code pénal : C. pén.
- Code de procédure pénale : C. pr. pén.
- Commission des Communautés européennes : Comm. CE
- Commission européenne des droits de l'homme : Comm. EDH
- Communauté européenne : CE
- Comparer : comp.
- Conclusion : concl.
- Confer : cf.
- Conseil des Communautés européennes : Cons. CE
- Conseil constitutionnel : Cons. const.
- Conseil d'État : CE

- Conseil de l'Europe : Cons. Europe
- Conseil supérieur de la magistrature : CSM
- Conseil de l'Union européenne : Cons. UE
- Considérant : consid.
- Constitution : Const.
- Contre : c.
- Convention : conv.
- Convention européenne des droits de l'homme : Conv. EDH
- Convention internationale : conv. int.
- Correctionnel/le : corr.
- Cour : C.
- Cour d'appel : CA
- Cour d'assises : C. assises
- Cour d'assises des mineurs : C. assises mineurs
- Cour de cassation : Cass.
- Cour internationale de justice : CIJ
- Cour de justice des Communautés européennes : CJCE
- Cour européenne des droits de l'homme : CEDH
- Critique : crit.

- D.

- Dalloz critique : DC
- Dalloz (Encyclopédie) : Rép. civ. Dalloz
- Dalloz (hebdomadaire) : DH
- Dalloz (Jurisprudence générale) : Dalloz jur. gén.
- Dalloz périodique : DP
- Dalloz (Recueil) : D.
- Dalloz, Répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence : Rép. méth. Dalloz
- Dalloz, Répertoire pratique : Rép. prat. Dalloz
- Décembre : déc.
- Décision : déc.
- Déclaration : décl.

- Déclaration universelle des droits de l'homme et du citoyen : DUDH
- Décret : D.
- Décret-loi : D.-L.
- Délibération : délib.
- Département : dpt
- Dictionnaire Joly : Joly
- Dictionnaire permanent (Éditions législatives) : Dict. perm.
- Directive : dir.
- Disciplinaire : disc.
- Doctrine : doctr.
- Document/Documentation : doc.
- Document parlementaire - Assemblée nationale : Doc. AN
- Document parlementaire - Sénat : Doc. Sénat
- Documentation française : Doc. fr.
- Documents communautaires de la Commission : Doc. Comm. CE
- Documents communautaires du Conseil : Doc. Cons. CE
- Documents communautaires du Parlement européen : Doc PE
- Droit administratif : Dr. adm.
- Droit pénal : Dr. pén.
- Droit et procédures : Dr. et procéd.

E.

- Échos (Les) : Les Échos
- Édition : éd.
- Espèce : esp.
- Et autre(s) : et a.

F.

- Fascicule : fasc.
- Février : févr.
- Fonction : fonct.

G.

- Gazette du Palais : Gaz. Pal.
- Gazette des tribunaux : Gaz. trib.
- Gazette des tribunaux du Midi : Gaz. trib. Midi
- Général : gén.
- Grands arrêts - Droit criminel : GAD crim.

I.

- Ibidem : ibid.
- Idem : id.
- Infra : infra
- Instruction ministérielle : instr. min.
- International : int.

J.

- Janvier : janv.
- Journal du droit international (Clunet) : JDI
- Journal officiel (Comptes rendus) - Assemblée nationale : JOAN CR
- Journal officiel (Comptes rendus) - Sénat : JO Sénat CR
- Journal officiel (Questions réponses) - Assemblée nationale : JOAN Q
- Journal officiel (Questions réponses) - Sénat : JO Sénat Q
- Journal officiel (Lois et décrets) : JO/JORF
- Journal officiel (numéro complémentaire) : JONC
- Journal officiel des Communautés européennes : JOCE
- Journal officiel de l'Union européenne : JOUE
- Journal des tribunaux - Droit européen : JTDE
- Juge de l'application des peines : JAP
- Juge de la détention : Juge dét.
- Juillet : juill.
- Juin : juin
- JurisClasseur (Encyclopédies) : J.-Cl.

- JurisClasseur périodique - Édition générale : JCP G
- Juris-Data : Juris-Data
- Jurisprudence : Jurispr.

L.

- Loi : L.
- Loi constitutionnelle : L. const.
- Loi organique : L. org.

M.

- Mars : mars
- Ministère public : min. publ.
- Ministre : min.

N.

- Notamment : not.
- Note : note
- Novembre : nov.
- Numéro : n°

O.

- Observations : obs.
- Octobre : oct.
- Opere citato : op. cit.
- Ordonnance : ord.

P.

- Page : p.
- Parlement européen : PE

- Parlement européen - Documents parlementaires : Doc. PE
- Petites affiches (Les) : LPA
- Plénière : plén.
- Premier président : prem. prés.
- Président : prés.
- Procédures : Procédures
- Procès-verbal : PV
- Procureur général : proc. gén.
- Procureur de la République : proc. Rép.
- Projet de loi : projet de loi
- Proposition : prop.
- Proposition de loi : proposition de loi
- Protocole : prot.

Q.

- QPC : Question prioritaire de constitutionnalité
- Quotidien juridique (Le) : Quot. jur.

R.

- Rapport ou rapporteur : rapp.
- Rapprocher : rappro.
- Recommandation : recomm.
- Rectificatif : rect.
- Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances de la Cour internationale de justice : Rec. CIJ
- Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye : Rec. cours La Haye
- Recueil de la Cour européenne des droits de l'homme : Rec. CEDH
- Recueil de la Cour de justice des Communautés européennes : Rec. CJCE
- Recueil des décisions du Conseil constitutionnel : Rec. Cons. const.
- Recueil des décisions du Conseil d'État : Lebon
- Recueil Lebon : voir Recueil des décisions du Conseil d'État
- Répertoire Dalloz : voir Dalloz Encyclopédie

- Revue des affaires européennes : Rev. aff. eur.
- Revue de droit pénal et de criminologie : RD pén. crim.
- Revue du droit de l'Union européenne : Rev. dr. UE
- Revue française de droit constitutionnel : RFD const.
- Revue internationale de la criminologie et de police technique : Rev. crim. et pol. techn.
- Revue internationale de droit pénal : RID pén.
- Revue pénitentiaire et de droit pénal : Rev. pénit.
- Revue de science criminelle et de droit pénal comparé : RSC
- Revue trimestrielle des droits de l'homme : RTDH
- Revue universelle des droits de l'homme : RUDH

S.

- Septembre : sept.
- Solution : sol.
- Sommaire : somm.
- Spécialement : spéc.
- Sous : ss
- Sous la direction de : dir.
- Sous-section : ss-sect.
- Substitut : subst.
- Suivant : s.
- Supplément : suppl.
- Supra : supra

T.

- Tableau : tabl.
- Thèse : th.
- Tome : t.
- Traité : trplé
- Tribunal correctionnel : T. corr.
- Tribunal de grande instance : TGI
- Tribunal pénal international : TPI

- Tribunal de police : T. pol.

U.

- Union européenne : UE

V.

- Voir : v.
- Volume : vol.

REFERENCES JURIDIQUES GENERALES

- Senat : <http://www.senat.fr>
- Journal Officiel : <http://www.journal-officiel.gouv.fr>
- Assemblée nationale : <http://www.assemblee-nationale.fr>
- Conseil constitutionnel <http://www.conseil-constitutionnel.fr>
- Cour de cassation : <https://www.courdecassation.fr>
- Conseil d'état : <http://www.conseil-etat.fr/fr/>
- Convention européenne des droits de l'homme :
<http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=home&c=fre>
- Cour de justice de l'union européenne : https://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/fr/
- Legifrance : <https://www.legifrance.gouv.fr>
- Dalloz : <http://www.dalloz.fr>
- Lexisnexis : <http://www.lexisnexis.fr>
- Transactive : <http://www.transactive.fr/>
- Les éditions législatives : <http://www.editions-legislatives.fr/>
- Lexbase : <http://www.lexbase.fr/>
- Wolters Kluwer France : <http://www.wkf.fr/accueil.html>
- Convention : <https://www.convention.fr/>
- Easy droit : <http://www.easydroit.fr/>
- Les éditions Tissot : <http://www.editions-tissot.fr/droit-travail/default.aspx?l=1&codeCategory=PME>
- Centre - inffo : <http://www.droit-de-la-formation.fr/>
- Cairn : <http://www.cairn.info.www.ezp.biu-montpellier.fr/ouvrages.php>
- Doctrinal plus : <http://ip.doctrinalplus.fr.www.ezp.biu-montpellier.fr/doctrinal/simple>
- Lexis 360 : <http://www.lexis360.fr.www.ezp.biu-montpellier.fr/Home.aspx>
- Editions Francis LEFEBVRE : <http://www.effl.fr/index.html>
- Lamyline : <http://lamyline.lamy.fr.www.ezp.biu-montpellier.fr/>
- Jurispedia : <http://fr.jurispedia.org/index.php/Accueil>
- Le petit juriste : <https://www.lepetitjuriste.fr>
- Pages de doctrines : <http://www.pagesdedoctrine.com/index/>

- Doctrines : <https://www.doctrine.fr>
- La grande bibliothèque du droit : <http://www.lagbd.org/index.php/Accueil>
- Crimincorpus : <https://criminocorpus.org/fr/>
- La documentation française : <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics>
- Guide pour la recherche d'informations en sciences juridiques : <http://jurisguide.univ-paris1.fr>
- Bibliothèque universitaire de Montpellier : <http://www.biu-montpellier.fr/florabium/jsp/shibboleth/indexImpossid.jsp>
- Archives nationales : <http://www.archivesnationales.culture.gouv.fr>
- Ecole française de Rome : <http://www.persee.fr/collection/efr>
- Journal officiel de l'union européenne : <http://eur-lex.europa.eu/oj/direct-access.html?locale=fr>
- Service public : <https://www.service-public.fr>
- Vie publique : <http://www.vie-publique.fr/spip.php?page=debatsfiltres&motdebat=5205>
- Assemblée parlementaire : <http://www.parlement.fr>
- Le portail de la fonction publique : <https://www.fonction-publique.gouv.fr/la-base-de-donnees-juridiques-de-la-fonction-publique-bjfp>
- ONU : <http://www.un.org/fr/index.html>
- OTAN : <https://www.nato.int/cps/fr/natolive/index.htm>
- OSCE : <http://www.osce.org>
- Conseil de l'Europe : <https://www.coe.int/en/web/portal/home>
- Justice européenne : <https://e-justice.europa.eu/home.do?plang=fr&action=home>
- Le conseil de l'Union Européenne : <http://www.consilium.europa.eu/fr/home/>
- Le parlement européen : <http://www.europarl.europa.eu/portal/fr>
- Le conseil de l'Union Européenne : https://europa.eu/european-union/index_fr
- La commission européenne : https://ec.europa.eu/commission/index_fr
- Toute l'Europe, comprendre l'Europe : <https://www.touteurope.eu>
- Représentation permanente de la France auprès de l'Union Européenne : <https://ue.delegfrance.org/spip.php?rubrique=2>
- L'Europe s'engage en France : <http://www.europe-en-france.gouv.fr>
- Cour internationale justice : <http://www.icj-cij.org/?PHPSESSID=1ce8af47592945959752ea1262123a11>
- Cour pénale internationale : <https://www.icc-cpi.int/about?ln=fr>
- Nations-Unies, mécanisme pour les tribunaux pénaux internationaux : <http://www.unmict.org/fr>
- Le tribunal pénal pour la YOUGOSLAVIE : <http://www.icty.org/fr>
- Le tribunal pénal pour le RWANDA : <http://www.icty.org/fr>

INDEX

Accès au dossier : 188

Audition libre : 160

- Droit de se taire : 167

Auto-incrimination (définition) : 40, 44, 48, 59, 67, 76, 79

Aveu : 107, 199, 288

Comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité : 269, 279, 295

Composition pénale : 271, 307

Contractualisation : 279

Culpabilité : 44, 292

Droit d'avouer : 199

Droit de faire des déclarations : 170, 172

Droit de l'homme :

- Dignité : 22, 43, 91, 217, 237
- Vie privée : 86, 136, 203, 227
- Torture : 22, 39, 55, 69, 101, 110, 145, 236

Droit de mentir : 207

Droit de ne pas fournir de documents : 76, 204

Garde à vue : 150

- Assistance : 180
- Droit de se taire : 151, 158
- Entretien : 177

Interception de correspondances : 229

Intime conviction : 254

Ordalies : 96

Perquisition : 206

Prélèvements : 220

Preuves : 106, 111

- Critères : 135, 138, 142, 144
- Liberté : 126, 130
- Loyauté : 127

- Prohibées (pentotal, , hypnose, détecteur de mensonge) : 234, 236, 238, 239
- Provocation policière : 79

Principe de motivation : 256

Principe d'impartialité : 244

Secret des correspondances : 202

Sonorisations et fixations d'images : 231

Transaction pénale : 268

BIBLIOGRAPHIE

A . TEXTES DOCUMENTS ET PUBLICATIONS OFFICIELLES

DDHC

- Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen du **26 août 1789**

CEDH

- **Article 3, 6 et 8** de la Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950

LOI

- **Loi n°71-1130 du 31 décembre 1971** portant réforme de certains professions judiciaires et juridiques publiée au JORF le 5 janvier 1972 page 131.
- **Loi n°73-1227 du 31 décembre 1973** autorisant la ratification de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et de ses protocoles additionnels nos 1, 3, 4 et 5.
- **Loi n° 80-460 du 25 juin 1980** autorisant l'adhésion de la République française au Pacte international relatif aux droits civils et politiques, ouvert à la signature le 19 déc.1966 à New York, JORF du 26 juin 1980, p. 1569
- **Loi n°91-956 du 10 juillet 1991** relative au secret des correspondances émises par la voie de télécommunications publiée au JORF n°0162 du 13 juillet 1991 page 9170.
- **Loi n°93-2 du 4 janvier 1993** portant réforme de la procédure pénale publiée au JORF n°0003 du 4 janvier 1993 page 215.
- **Loi n°93-1027 du 24 août 1993** relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée d'accueil et de séjours des étrangers en France publiée au JORF n°200 du 29 août 1993 page 12196.
- **Loi n°99-515 du 23 juin 1999** renforçant l'efficacité de la procédure pénale, JORF n°144 du 24 juin 1999 page 9247 publiée au JORF n°144 juin 1999 page 9247.
- **Loi n° 2000-230 du 13 mars 2000** portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique, JORF n°62 du 14 mars 2000 page 3968

- **Loi n°2000-321 du 12 avril 2000** relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations publiée au JORF n°0088 du 13 avril 2000 page 5646 texte n°1.
- **Loi n°2000-516 du 15 juin 2000** renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes, JORF n°138 du 16 juin 2000 page 9038 texte n°1.
- **Loi n°2002-307 du 4 mars 2002** complétant la loi n°2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes publiée au JORF du 5 mars 2002 page 4169 texte n°5.
- **Loi n°2003-495 du 18 mars 2003** pour la sécurité intérieure publiée au JORF n°66 du 19 mars 2003 page 4761 texte n°1.
- **Loi n°2004-204 du 9 mars 2004** portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, JORF n°59 du 10 mars 2004 page 4567.
- **Loi n°2005-847 du 26 juillet 2005** précisant le déroulement de l'audience d'homologation de la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité publiée au JORF n°173 du 27 juillet 2005 page 12187 texte n°5.
- **Loi n°2007-308 du 5 mars 2007** portant réforme de la protection juridique des majeurs publiée au JORF n°55 du 6 mars 2007 page 4215 texte n°7.
- **Loi n°2009-526 du 12 mai 2009** de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures, JORF n°0110 du 13 mai 2009 page 7920.
- **Loi organique n°2009-1523 du 10 décembre 2009** relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution.
- **Loi n°2010-1609 du 22 décembre 2010** relative à l'exécution des décisions de justice, aux conditions d'exercice de certaines professions réglementées et aux experts judiciaires, JORF n°0297 du 23 décembre 2010 page 22552.
- **Loi n°2011-392 du 14 avril 2011** relative à la garde à vue, JORF n°0089 du 15 avril 2011, page 6610.
- **Loi n°2011-1862 du 13 décembre 2011** relative à la répartition des contentieux et à l'allègement de certaines procédures juridictionnelles, JORF n°0289 du 14 décembre 2011 page 21105.
- **Proposition de loi du 23 mai 2012** tendant à l'abrogation de la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité et protection des droits de la défense.
- **Loi n°2013-711 du 5 août 2013** portant diverses dispositions d'adaptation dans le domaine de la justice en application du traité de l'Union européenne et des engagements internationaux de la France. Publiée au JORF n°0181 du 6 août 2013 page 13338 texte n°4.

- **Loi n°2014-535 du 27 mai 2014** portant transposition de la directive 2012/13/UE du Parlement européen et du Conseil, du 22 mai 2012, relative au droit à l'information dans le cadre de la procédure pénale publiée au JORF n°0123 du 28 mai 2014 page 8864 texte n°2.
- **Loi n°2014-896 du 15 août 2014** relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales (1), JORF n°0189 du 17 août 2014 page 13647.
- **Loi n°2016-731 du 3 juin 2016** renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale publiée au JORF n°0129 du 4 juin 2016 texte n°1.

DECRET

- **Décret du 20 mai 1903** portant règlement sur l'organisation et le service de la gendarmerie.
- **Décret n° 2010-148 du 16 février 2010** portant application de la loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution publié au JORF n°0040 du 17 février 2010 texte n°12

CIRCULAIRE

- **Circulaire du 19 décembre 1986** de l'administration pénitentiaire (Circ. AP 89.89 G1).
- **Circulaire du 4 décembre 2000**, CRIM 00-13 F1, 4 déc. 2000, § 4.1.
- **Circulaire du 8 novembre 2002**, CRIM-02-16-E8-08.11.02.
- **Circulaire du 9 mai 2003**, CIRC. AP 2003-04 PMJ4 du 9 mai 2003, relative à l'application, pour l'administration pénitentiaire, de l'article 24 de la loi n°2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations, BOMJ 2003, n°90.
- **Circulaire du 2 septembre 2004** du ministère de la justice « présentation des dispositions de la loi n°2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalités relatives à la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité », N°NOR : JUS-D-04-30176C, N° CIRCULAIRE : Crim - 04-12-E8-02.09.04, REFERENCE : S.D.J.P.G. n°02-L-242.
- **Circulaire Crim-05-19/E8 du 29.07.05** sur la loi n°2005-847 du 26 juillet 2005 précisant le déroulement de l'audience d'homologation de la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité.
- **Circulaire n° CRIM-AP n°04-18.D 2 du 12 octobre 2010** de la mise en oeuvre des dispositions de l'article 495-15-1 du Code de procédure pénale.

- **Circulaire du 20 mars 2012** présentant les dispositions de la loi du 13 décembre 2011 relative à la répartition des contentieux et à l'allègement de certaines procédures juridictionnelles étendant les procédures d'ordonnance pénale et de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité, NOR : JUSD1208381C.

DIRECTIVES

- **Transposition de la directive 2012/13/UE** du Parlement européen et du Conseil, du 22 mai 2012, relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales.

B. OUVRAGES GENERAUX

1. OUVRAGES DE DROIT PENAL ET DE PROCEDURE PENALE

- **AMBROISE-CASTÉROT C. et BONFILS P.**, « *Procédure pénale* », Paris, PUF, coll. Thémis droit, 2^e éd., 2018.
- **BERGEL J.-L.**,
- « *Méthodologie juridique* », Paris, PUF, coll. Thémis, 2^e éd., 2016.
- « *Théorie générale du droit* », 5e éd., Paris, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2012.
- **BERGER V.**, « *Jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme* », Sirey, 13^e éd., 2014.
- **BOULOC B.**,
- « *Procédure pénale* », 26e éd., Paris, Dalloz, coll. Précis Droit privé, 2017.
- « *Droit de l'exécution des peines* », 5e éd., Paris, Dalloz, coll. Précis Dr. privé, 2017.
- « *Droit pénal général* », 25e éd., Paris, Dalloz, coll. Précis Droit privé, 2017.
- **BURGORGUE-LARSEN L.**, « *La Convention européenne des droits de l'homme* », LGDJ Lextenso éditions, 2e édition, 2015.
- **CABRILLAC R.** « *Libertés et droits fondamentaux* », 24e éd., Paris, Dalloz, 2018
- **CARBASSE JM.**, « *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle* », 3ed mise à jour, collection droit fondamental, classiques, Puf, Mayenne, aout 2014.
- **CONTE P., MAISTRE DU CHAMBON P.**, « *Droit pénal général* », Paris, Armand Colin, coll. « U », 1990.
- **CROCQ J.-C.**, « *Le guide des infractions* », 19e éd., Guides Dalloz, 2017.
- **DEBOVE F., FALLETTI F., DUPIC E.**, « *Précis de droit pénal et de procédure pénale* », PUF, 7^e ed, 2018
- **DESORTES F. et LAZERGES-COUSQUER L.**, « *Traité de procédure pénale* », Corpus droit privé, ECONOMICA, 4e éd., 2015

- **DESPORTES F., LE GUNEHEC F.**, « *Droit Pénal Général* », 16e éd, Corpus droit privé, Economica, 2010
- **GUINCHARD S. et BUISSON J.**, « *Procédure pénale* », éd. LEXISNEXIS, 11e édition, 2018
- **MARGUENAUD J.P.**, « *La Cour européenne des droits de l'homme* », Dalloz, 7e édition, 2016
- **MIAILLE M.**, « *Une introduction critique au droit* », Paris, Librairie François Maspero, 1982
- **MERLE A. et VITU A.**, « *Traité de droit criminel, procédure pénale* », CUJAS, 5e éd, 2000
- **LEROY J.**, :
 - « *Procédure pénale* », LGDJ, 5^e éd., 2017
 - « *Les catégories d'incrimination* », LGDJ, 7^eéd., 2018
- **PRADEL J.**, « *Procédure pénale* », 19^eme éd., Paris, Cujas, 2017.
- **OBERDORFF H.**, « *Libertés fondamentales et droits de l'homme* », LGDJ, 6e éd., 2017
- **RASSAT M-L.**, « *Procédure pénale* », Ellipses, 3^e éd., 2017
- **RENUCCI J-F.**, « *Droit européen des droits de l'homme* », LGDJ, 7^e éd., 2017
- **RIBEYRE C.**, :
 - « *Procédure pénale* », Presses Universitaire de Grenoble – PUG, Coll. Le droit en plus, p. 158, septembre 2016
 - « *La victime de l'infraction pénale* », Dalloz, Coll. Thèmes et commentaires, sous-coll. Actes, p. 272, mai 2016.
 - « *Le contradictoire dans le procès pénal* », Nouvelles perspectives – Actes du colloque organisé le 8 décembre 2011 par l'Institut des Sciences Criminelles de Grenoble (ISCG), ed. Cujas, Coll. Actes et études, p. 174, avril 2012
- **SAURON J.L. et CHARTIER A.**, « *Les droits protégés par la Convention européenne des droits de l'homme* », Gualino Lextenso éditions, 1^{ère} édition, 2014.
- **SORDINO M-C.**, :
 - « *Droit pénal général* », Ellipses, 6^e éd., 2016
 - « *Criminologie et droit pénal : entre guerre et paix ?* », Actes du colloque du 19 juin 2015, 2015
 - « *Droit pénal des affaires* », Bréal, 2012
- **SUDRE F.**, « *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme* », PUF, 8^e éd., 2017

- **THOMAS D.**, :
- « *Le nouveau code pénal dix ans après* », Pedone, 2005
- « *Procédure pénale I, le déroulement du procès pénal* », année universitaire 2016/2017
- **KLUWER W.**, « *AVOCAT* », Le guide, édition 2014
- **VALETTE V.**, « *Procédure pénale* », Ellipses, Coll. Tout le droit., p.311 – septembre 2005

2. AUTRES OUVRAGES

- **ALLAND D. et RIALS S.**, « *Dictionnaire de la culture juridique* », Paris, PUF, 2003.
- **CORNU G.**, « *Vocabulaire juridique* », PUF, Association Henri CAPITANT, 12ed, Quadrige, 2018
- **PUIGELIER C.**, « *Dictionnaire juridique* », Paradigme, 2^e éd., 2017
- **KATZ, J-D.**, « *Dictionnaire juridique, politique, économique et financier (anglais – américain - français)* », éd. Paris : La Maison du dictionnaire, DL 2010.

C. OUVRAGES SPÉCIAUX

- **BARTHELEMY D.**, « *Présence de l'aveu dans le déroulement des ordalies* », L'aveu, Antiquité et Moyen-âge, publications de l'école française de Rome, Saint Augustin, Cité de Dieu, 1. XIX (Bibl. nat. Paris, Fr. 22913).
- **BARTLETT R.**, « *Trial by Fire and Water* ». The Medieval Judicial Ordeal, Oxford, 1986.
- **BENOIST J.**, « *Concepts : Une introduction à la philosophie* », Paris, Flammarion, coll. « Champs Essais », 2013, 212 p.
- **BENTHAM J.**, :
- « *Traité des preuves judiciaires* », Bruxelles, 1840, tome II
- « *Œuvres* », Jurisconsulte Anglais, Vol. 2 : Traités des peines et des récompenses, traité des preuves judiciaires, AA7113, Bruxelles, Louis HAUMAN et Compagnie, libraires, 1829, p. 451
- **BERRIAT-SAINT-PRIX C.**, « *Des tribunaux et de la procédure du grand criminel au XVIIIe siècle jusqu'en 1789* » avec des recherches sur la question ou torture, Docteur en droit et Conseiller à la Cour impériale de Paris, Paris, Auguste AUBRY, Libraire-Editeur, rue Dauphine 16, 1859, p.59.

- **BERLIOZ G.**, « *Le contrat d'adhésion* », 2e édition, Paris, L.G.D.J., 1976, préface de Berthold Goldman.
- **BOUDOT J. et GRAZZINI B.**, « *La réforme de la garde à vue à l'épreuve de la pratique* », AJ Pénal, Dalloz, 2012.
- **BOUZAT P.**, « *La loyauté dans la recherche des preuves* », Mélanges Hugueney, Sirey.
- **BRAFMAN J.**, « *Vertiges de l'aveu* », Préface de Me Eric DUPOND-MORETTI, ed. Stock, septembre 2016
- **CARBASSE JM.**, « *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle* », 3ed mise à jour, collection droit fondamental, classiques, Puf, Mayenne, aout 2014.
- **CARIO R.**, *Femmes et criminelles*, préface de PINATEL J., Erès, 1992 ; PENDE, *La biotypologie et la clinique de la personne humaine au service de la criminologie*, II^e congrès international de criminologie, Paris, 1950, tome 2, p. 195
- **CHELINI J.** « *Histoire religieuse de l'Occident médiéval* », Hachette, 1991, réimpr. Fayard/Pluriel - 18 octobre 2010), 672 p. (ISBN 978-2818500903 et 2818500907).
- **CONCHON H.**, « *L'évolution des nullités de l'instruction préparatoire* », Coll. L'Harmattan, sciences criminelles.
- **DELUMEAU J.**, :
- « *L'aveu et le pardon, Les difficultés de la confession XIII -XVIII siècles* », PARIS, Fayard, 1992.
- « *Le péché et la peur, la culpabilisation en occident, XIIIe - XVIIIe siècles* », fayard, 1984.
- **DUPONT F.**, « *L'aveu dans la tragédie romaine* », L'aveu, Antiquité et Moyen-âge, publications de l'école française de Rome, Saint Augustin, Cité de Dieu, 1. XIX (Bibl. nat. Paris, Fr. 22913).
- **DURAND P.**, « *Médias et censure. Figures de l'orthodoxie* », Éditions de l'Université de Liège, coll. "Sociopolis", 2004, p. 24
- **FAYOLLE-NOIRETERRE J-M.**, « *Informations sociales* », 2005/7 (n° 127), éd. Caisse nationale d'allocations familiales (CNAF), p. 148
- **FERRI E.**, « *La sociologie criminelle* », 1893
- **FOUCAULT M.**, :
- « *Histoire de la sexualité. La volonté de savoir* », Galimard, 1976.
- « *Mal faire, dire vrai : Fonction de l'aveu en justice* » - cours de Louvain, 1981 Broché – 7 septembre 2012
- « *Surveiller et punir. Naissance de la prison* », Collection Bibliothèque des Histoires, Gallimard, Parution : 20-02-1975

- **FREUD S., :**
- « *Essais de psychanalyse appliquée* », Trad. de l'allemand (Autriche) par Marie Bonaparte et E. Marty, Ed. Gallimard, Collection Idées (n° 353), 26-05-1971
- « *Œuvres complètes, Psychanalyses, XVI, 1921-1923, psychologie des masses. Le moi et le ça. Autres textes* », coll. Œuvres complètes de Freud, le 22 septembre 2010, éd. PUF
- « *Névrose, psychose et perversion* », août 2010, éd. PUF
- « *Nouvelles conférences sur la psychanalyse* », nouv. trad.franç., 1984

- **FRICER N., JULIEN P.,** « *Procédure civile* », LGDJ – Manuel, 5^e éd., octobre 2014

- **GARCON M.,** « *L'avocat et la morale* », éd. Buchet-Chastel, 1963

- **GILARDEAU E.,** « *Au crépuscule de la justice pénale* », questions contemporaines, L'harmattan, janvier 2011.

- **GINESTET C., GARE T.,** « *Droit pénal et procédure pénale 2019* », Dalloz HyperCours, 10^e éd., septembre 2018

- **GIRARD R.,** « *Le bouc émissaire* », Le livre de poche, biblio essais, 2013, p. 95

- **GOLBERG J.,** « *La culpabilité, axiome de la psychanalyse* », PUF, 1985.

- **GRINBERG L.,** « *Deux sortes de culpabilité : leur relation avec les aspects du deuil normal et pathologique* » (Buenos Aires) in rev.fr. de psychanalyse, 2, 3, Paris, PUF, 1965.

- **GRUNBERGER B.,** « *Le narcissisme* », Paris, PB Payot, 1975.

- **HYAMS P.,** « *Trial by ordeal : the key to proof in early common law* », on the laws and customs of england. Essays in Honor of Samuel E. Thorne, ed. M.S Arnold, Chapel-Hill, 1981.

- **JEANGENE VILMER JB.,** « *Sade Moraliste, le dévoilement de la pensée Sadienne à la lumière de la réforme pénale du XVIIIe siècle* », DROZ, Bibliothèque des lumières.

- **LEFORT C.,** « *Procédure civile* », Cours Dalloz, 5^e éd., août 2014

- **LEMESLE B., :**
- « *Conflit et justice au moyen-âge* », le nœud gordien, puf, Vendôme 2008.
- « *La postérité des lois barbares* », 2011.
- « *La preuve en justice, de l'antiquité à nos jours* », (premiers jalons et mise en place d'une procédure d'enquête dans la région angevine, XIe-XIIIe siècle), les PUR, Histoire, Rennes 2, 2003

- **POTASZKIN T.,** « *L'éclatement de la procédure pénale, Vers un nouvel ordre procédural pénal ?* », Tome 62, Editeur : L.G.D.J, Collection : Thèses, Sous-collection : Bibliothèque des sciences criminelles, ISBN : 978-2-275-04453-8, 610 pages - Parution : 07/2014

- **PROTEAU L.**, 2007, « *Vision doctrinale et divisions pratiques : de quelques contradictions structurelles entre proximité et police* ». *Journal des anthropologues*, no 108-109, p. 249-277
- **RENNEVILLE M.**, « *Entre nature et culture : la médecine du crime dans la première moitié du XIX^e siècle* », in Laurent Mucchielli (dir.), *Histoire de la criminologie française*, L'Harmattan, collection « Histoire des sciences humaines », 1995, p. 29-53
- **MASSONET S.**, « *Michel Foucault, l'aveu et la généalogie du sujet moderne* », Michel Foucault, « *L'origine de l'herméneutique de soi* », Vrin, collection "Philosophie du présent", 2013, 168 p., EAN 13: 9782711625093.
- **PANACCIO C.**, « *Qu'est-ce qu'un concept ?* », Paris, Vrin, coll. « Chemins Philosophiques », 2011, 10 et 11 p.
- **PAPADOPOULOS I.**, « *Plaider coupable : La pratique américaine, le texte français* », Coll. Droit et justice, éd. Presses Universitaires de France – Puf, 2005.
- **PUIGELIER C. et TIJUS C.**, « *L'hypnose en tant que moyen de preuve* », in science, éthique et droit, 2007, Odile JACOB.
- **RACINE J.**, « *Les plaideurs* », éd. Folio théâtre, 23 novembre 2006.
- **REIK T.**, « *Le besoin d'avouer : psychanalyse du crime et du châtement* », Payot et Rivages, 1997.
- **RENNEVILLE M.**, :
 - « *Le criminel-né : imposture ou réalité ?* », *Histoire de la criminologie*, France, Revue Hypermédia, *Criminocorpus, revue hypermédia*, *Histoire de la criminologie*, 2. Thématiques et théories, mis en ligne le 01 janvier 2005.
 - « *Entre nature et culture : la médecine du crime dans la première moitié du XIX^e siècle* », in Laurent Mucchielli (dir.), *Histoire de la criminologie française*, L'Harmattan, collection « Histoire des sciences humaines », 1995, p. 29-53
 - « *La réception de Lombroso en France (1880-1900)* », in Laurent Mucchielli (dir.), *Histoire de la criminologie française*, L'Harmattan, collection « Histoire des sciences humaines », 1995, p. 107-135
 - « *Lumière sur un crâne ? La découverte de l'atavisme criminel* », in Jacqueline Carrouy et Nathalie Richard (dir.), *La découverte et ses récits (Champollion, Freud et les autres)*, L'Harmattan, collection « Histoire des sciences humaines », 1998, p. 15-36
- **SALEILLES R.**, « *Etude sur la théorie générale de l'obligation* », éd. Mémoire du droit, 3e ed., mars 2001.
- **SAURON JL. et CHARTIER A.**, avec la collaboration de **REGUER-PETIT L.**, « *Les droits protégés par la convention européenne des droits de l'homme* », Gualino, extenso éditions, MAYENNE, juin 2014.
- **SHELDON W.**, « *Les variétés de la constitution physique de l'homme* », PUF, 1950

- **TEISSEDRE J-C.**, « *En finir avec le « culte de l'aveu »* », Issu de Gazette du Palais - n°78 - page 2, Date de parution : 19/03/2009 - Id : GP20090319001
- **THIONVILLE E.**, « *De la théorie des lieux communs dans les Topiques d'Aristote* », 1855, « Alexandre d'Aphrodise », p. 91.
- **VERGES J.**, « *De mon propre aveu* », Pierre-Guillaume de Roux, Editions, 2013.
- **WEBER M.**, « *Le savant et le politique* », UGE, 1963, spéc. p. 102 et s.

D . THESES, MEMOIRES ET RAPPORTS DE RECHERCHE

- **BEAUME J.**, « *Rapport sur la procédure pénale* », procureur général près la cour d'appel de Lyon, 10 juin 2014.
- **BERANI L., MARTI JC., TEILLARD D'EYRY S.**, « *Le droit de ne pas s'auto-incriminer au regard de la CEDH* », Exposé dans le cadre du séminaire droit pénal de la Convention européenne des droits de l'Homme dirigé par Monsieur le Professeur Didier THOMAS, Master 2 recherche – Droit pénal fondamental U.F.R. Droit et Science Politique Université de Montpellier, 2017.
- **BOULOC B., MATSOPOULOU H.**, « *Droit pénal général et procédure pénale* », 20^e éd., 2016, Intégral cours, Sirey. ;
- **BUISSON J.**, « *Preuve* » - Jacques BUISSON, - Lyon III janvier 2016
- **CADÈNE J.**, « *La preuve en matière pénale* ». Essai d'une théorie générale, thèse, Montpellier, 1963.
- **DELMAS-MARTY M., LASVIGNES S.**, « *La mise en état des affaires pénales* », Rapport de la Commission de Justice pénale et des droits de l'homme, paris, la documentation française 1991.
- **DÉNIZART J.**, « *La charge de la preuve en matière pénale* », thèse, Lille, 1956.
- **GUINCHARD S.**, : « *Commission sur la répartition des contentieux, l'ambition raisonnée d'une justice apaisée* », rapport au garde des sceaux, Paris, La documentation française, Collection des rapports officiels, 2008.
- **GUINCHARD S., FERRAND F., CHAINAIS C.**, « *Procédure civile* », Dalloz Précis, 34^e éd., septembre 2018
- **GORPHE F.**, « *Appréciation des preuves en justice. Essai d'une méthode technique* », 1947, Sirey.
- **HELIE F.**, « *De la preuve en matière criminelle* », Revue critique de législation et de jurisprudence », 1853, 3e année.

- **LAURENT N.**, « *La notion de suspect en matière pénale* », Thèse Lyon, 2001.
- **LÉGER P.**, « *Rapport du Comité de réflexion sur la justice pénale* », Rapport remis à Monsieur le Président de la République et à Monsieur le Premier ministre, sept. 2009.
- **LIVENAIS T.**, « *Mémoire en vue de l'obtention du Master 2 Droit fondamental des affaires* », Image et Droit pénal, Sous la direction de Mme le Professeur Corinne Mascala, Année universitaire 2009/2010, Université Toulouse I Capitole.
- **MONCEAUX E.**, « *Quel droit au silence en procédure pénale ?* » droit pénal et sciences pénales, dirigé par Monsieur Yves MAYAUD, sous la direction de Monsieur Didier REBUT, 2011.
- **PANDELON G.**, « *La question de l'aveu en matière pénale* », Aix-Marseille Université, Thèse pour le doctorat en droit privé et sciences criminelles, 24 novembre 2012.
- **PETTITI L.E.**, « *DROIT AU SILENCE* », Documentação e Direito Comparado, n.os 75/76 1998.
- **PORCARA E.**, « *Le témoignage oral dans la procédure pénale* », Thèse Doct. Droit privé, Université Montpellier I, 2010.
- **ROUSSEL G.**, « *Mise en œuvre de la suspicion et procès pénal équitable* », thèse Nantes, 2007
- **TERRIER E.**, « *Déontologie et droit* », Coll. Thèse, 2010, p. 532
- **TOULLIER M.**, « *PROCÉDURE PÉNALE DE DROIT COMMUN ET PROCÉDURES PÉNALES SPÉCIALES* », Thèse pour obtenir le grade de DOCTEUR DE L'UNIVERSITÉ MONTPELLIER I Discipline : Droit privé et sciences criminelles présentée et soutenue publiquement le 30 novembre 2012, Directeur de la recherche, Monsieur Didier THOMAS.
- **VALETTE V.**, « *La personne mise en cause en matière pénale* », Tome 15, Presses Universitaires de la Faculté de droit de Clermont – Coll. Thèses – p. 436 – janvier 2003
- **VOISIN J-D.**, « *Le droit de ne pas s'autoaccuser dans la jurisprudence de la CEDH* », Université Paris II-Assas - Master 2 droit pénal et sciences pénales, 2007

E. ETUDES DOCTRINALES ET ARTICLES

- **AMBROISE-CASTEROT. C.**, :
- « *Le consentement en procédure pénale, in Mélanges offerts à J. PRADEL, Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire* », Cujas.
- « *Aveu* », Dalloz – janvier 2016
- **ALLAIN E.**, « Répartition des contentieux et allègement de certaines procédures juridictionnelles : aspects de procédure pénale », L. n° 2011-1862, 13 déc. 2011, le 16/12/2011 / Dalloz actualité 16 décembre 2011, JO 14 déc.

- **ASCENSI L.**, « *Retour sur le principe de loyauté des preuves* », AJ pénal, 2012, p. 346.
- **ATTAL M., NERON S.**, doctorants, sous la direction d'Arnaud RAYNOUARD, Professeur à l'université des Sciences sociales Toulouse 1., « *Chronique de la Cour suprême des Etats-Unis d'Amérique n° 1* », Issu de Petites affiches - n°31 - page 6, Date de parution : 13/02/2006, Id : PA200603102, Réf : LPA 13 févr. 2006, n° PA200603102
- **AUDIT B., MAGENDIE J-C.**, « *L'américanisation du droit ou la création d'un mythe* », p. 13 ;
- **AYACHE G.**, « *A quoi bon !!! A propos du plaider coupable* », D. 2004, Point de vue.
- **AYAT M.**, « *Le silence prend la parole : la percée du droit de se taire en droit pénal comparé et en droit pénal international* », Archives de politique criminelle, 2002/1, n°24, éd. A. Pédone
- **AZIBERT G.**, « *Perspectives et prospectives. Au sujet de la procédure de la CRPC* », Mélanges offerts à Jean Pradel, Éditions Cujas, 2006
- **BACHELET O.**, « *Garde à vue : la persistante religion de l'aveu* » Issu de Gazette du Palais - n°24 - page 7, Date de parution : 24/01/2012, Id : GP20120124010 ;
- **BARTLETT R.**, « *Trial by Fire and Water* », The Medieval Judicial Ordeal, Oxford, 1986,.
- **BEAUSSONIE G.**, « *La nouvelle garde à vue est-elle plus contradictoire ?* », Issu de Gazette du Palais - n°210 - page 13 - Date de parution : 29/07/2014 - Id : GPL188e5, Réf : Gaz. Pal. 29 juill. 2014, n° 188e5, p. 13.
- **BERENGUER- GUILLON J., GALLIER A.**, « *Le secret des correspondances privées et l'intranet dans l'entreprise* », Gaz. Pal. 2000. 2. Doctr. 1292 ;
- **BEYNEL. J-F.**, « *La CRPC vue par un magistrat* », Gazette du Palais, 31 décembre 2011 n° 365.
- **BLONDEAU-PIERROT J.**, « *Qui ne dit mot ne consent... pas : quand le silence ne vaut pas toujours acceptation...* », Issu de Gazette du Palais - n°006 - page 41, Date de parution : 06/01/2015, Id : GPL206x4, Réf : Gaz. Pal. 6 janv. 2015, n° 206x4
- **BOISSON M.**, « *Miranda v. Arizona ou le vacarme du droit au silence* », Droit du procès et droit de la preuve judiciaire : <https://blogs.parisnanterre.fr/content/miranda-v-arizona-ou-le-vacarme-du-droit-au-silence-par-m%C3%A9linda-e-boisson>
- **BONFILS P. et GALLARDO E.**, « *secret des correspondances* », janvier 2018, Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, Dalloz.
- **BOT Y.**, « *Table ronde vers une procédure pénale européenne. Faut-il un code de procédure pénale européen ?* », Revue internationale de droit pénal, 2011/1 (Vol. 82), ISBN. 9782749213934, DOI. 10.3917/ridp.821.0153, Éd. ERES, p. 312.

- **BOUGAIN M. et GINDRE E.**, « *Une révolution jurisprudentielle en trompe l'oeil ; les décisions de non conventionnalité des régimes de garde à vue au regard des droits de la défense* », Gaz Pal. 1er fevr. 2011, Rev. sc. crim. 2010/4.
- **BOULOC B.**, « *La durée des procédures : un délai enfin raisonnable ?* », RSC 2001, p.62.
- **BREZIN S., BENALCAZAR I.**, « *Secret de la correspondance et courriers électroniques à l'aide d'un outil informatique à usage professionnel* », TPS 2002, chron. n° 1
- **BROUSSOLLE Y.**, « *De la loi du 13 décembre 2011 relative à la répartition des contentieux et à l'allègement de certaines procédures juridictionnelles* », Petites affiches, 23 février 2012 n° 39.
- **CADIET L.**, « *L'hypothèse de l'américanisation de la justice française* », p. 89
- **CAMBY. JP.**, « *La censure des cavaliers législatifs : une constante* » Petites affiches, 29 février 2012 n° 43.
- **CAPDEVILLE – LASSERRE J. et BACCARA E.**, « *La comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité : la parole est au condamné* », Gazette du Palais, 31 décembre 2011 n° 365.
- **CEDRAS J.**, « *L'hypothèse de l'américanisation du droit pénal français* », idem, p. 149 ; **VAN KERCHOVE M.**, « *La place du droit pénal dans la société contemporaine* », n° spécial Rev. sc. crim., 2000, Éclatement et recomposition du droit pénal, p. 5
- **CÉRÉ J.P. et REMILLIEUX P.**, « *Vers une peine négociée ? De la composition pénale à la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité : le « plaider coupable » à la française* », AJ Pénal, n°2/2003, Novembre 2003.
- **CHAMBON P., GUÉRY C.**, « *Droit et pratique de l'instruction préparatoire. Juge d'instruction* », 8^e éd. 2013/2014, Dalloz Action
- **CHARVET D.**, « *Réflexions autour du plaider coupable* », D. 2004.
- **COMMARET D.**, « *Les métamorphoses de la preuve* », Rev. pén. et de dr. pénal, déc. 2003.
- **DANET J., DALLE H., JANAS J. et MOLINS F.**, « *Le nouveau procès pénal après la loi Perben II* », Coll. journées d'études 2004, Dalloz-Sirey 2004.
- **DANJAUME G.**, « *Le principe de la liberté de la preuve en procédure pénale* » – D. 1996. 153.
- **DE COMBLES DE NAYVES P. et MERCINIER E.**, « *Le silence est d'or* » – AJ pénal 2017. 27 Cons. const. 4 novembre 2016, n° 2016-594-QPC.
- **DEFRANCE G.**, « *La loi Perben II et la circulation routière, La jurisprudence automobile* », n°751, avril 2004.

- **DE GOUTTES R.**, Avocat Général près la Cour de cassation, « *Vers un droit pénal européen ?* », RCS 1993, p. 643
- **DELAGE P-J.**, « *Plaider coupable* » : la clarification par l'entérinement des pratiques », D., 2009.
- **DE LAMY. B.** « *La loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité (crime organisé. Efficacité et diversification de la réponse pénale)* », D. 2004, chron.
- **DELPRAT L.**, « *La Cour de cassation et le Conseil d'Etat doivent ils plaider coupable ?* », Dr. pain., juillet - août 2005.
- **DESPREZ. F.**, :
 - « *La limitation par la Cour de cassation de la portée de l'aveu en cas d'échec d'une procédure de CRPC* », Issu de Gazette du Palais - n°318 - page 8, Date de parution : 13/11/2008, Id : GP20081113003, Réf : Gaz. Pal. 13 nov. 2008, n° GP20081113003, p. 8.
 - « *LA COMPARUTION SUR RECONNAISSANCE PRÉALABLE DE CULPABILITÉ : 18 MOIS D'APPLICATION À MONTPELLIER* » (1er octobre 2004 - 1er avril 2006), Editions A. Pédone, Archives de politique criminelle 2006/1 - n° 28, pages 109 à 134 ISSN 0242-56.
- **DETRAZ S.**, :
 - « *Commentaire des dispositions pénales de la loi du 13 décembre 2011 relative à la répartition des contentieux et à l'allègement de certaines procédures juridictionnelles* », Gazette du palais, 14 janvier 2012 n° 14, P. 5.
 - « *Refus de se soumettre au prélèvement de ses empreintes génétiques* » – D. 2007. 2981
- **DOBKINE M.**, « *La constitutionnalité de la loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité* », Recueil Dalloz 2004, n°14.
- **DONNEDIEU DE VABRES-TRANIE L.**, « *La loyauté dans l'administration de la preuve, colloque loyauté et impartialité en droit des affaires* », Issu de Gazette du Palais - n°145 - page 44 - Date de parution : 24/05/2012 - Id : GP20120524008 - Réf : Gaz. Pal. 24 mai 2012, n° GP20120524008, p. 44
- **DUFOUR O.**, « *Le « plaider coupable » à la française inquiète le monde judiciaire* », Petites Affiches, 25 mai 2004, n° 104.
- **DUPIC E.**, « *Chronique de l'accès intégral au dossier pénal* », Issu de Gazette du Palais - n°137 - page 11, Date de parution : 17/05/2014, Id : GPL178y8, Réf : Gaz. Pal. 17 mai 2014, n° 178y8, p. 11.
- **FOGEL D.**, « *Le débat américain sur la politique de sentencing* », Archives de politique criminelle, 1982
- **FOURNIE F.**, « *Faut-il garder le silence ?* », CA Agen, 18 févr. 2010, D. 2010.

- **GAGNOUD P., ROBERT L.**, « *Réforme de la garde à vue : un projet de loi à l'épreuve des juges suprêmes* », Gazette du Palais - n°327 - Date de parution : 23/11/2010 - Id : GP20101123014 : Gaz. Pal. 23 nov. 2010, n° GP20101123014,
- **GAUDEMET J.**, « *Les ordalies au Moyen Âge : doctrine, législation et pratique canonique* », Recueil de la Société Jean-Bodin, XVII^e siècle av. J.-C. : la preuve 2, Bruxelles, 1965
- **GENEVOIS B.**, « *Principes généraux du droit : panorama d'ensemble* », Dalloz, Juin 2017
- **GIACOPELLI M.**, « *Premier regard sur la loi du 9 mars 2004, "Perben II", La justice pénale à l'épreuve des principes d'efficacité et de judiciarité* », Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, mai 2004.
- **GINDRE E.**, « *les décisions de non conventionnalité des régimes de garde à vue au regard des droits de la défense* » : Rev. sc. crim. 2010/4, 879.
- **GIRAULT C.**, « *Quand la loyauté dicte sa loi !* », AJ Pénal 2015, P. 362., Ass. plén., 6^{re} 2015, N° 14-84.339.
- **GIUDICELLI A.**, « *Repenser le plaider coupable* », RSC, 2005.
- **GOETZ D.**, « *Du mensonge à l'escroquerie : la distance se réduit-elle ?* », 6 février 2017, Dalloz.
- **GUERY C.**, :
 - « *Le renvoi aux fins de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité* » - 26/02/2013 – AJ Pénal 2013.
 - « *L'avenir du suspect* », AJP 2005, p. 232 et AJP 2013
- **HENNION-JACQUET P.**, « *La consécration légale du statut du suspect libre* », Issu de Gazette du Palais - n°210 - page 9 - Date de parution : 29/07/2014 - Id : GPL188j1 - Réf : Gaz. Pal. 29 juill. 2014, n° 188j1, p. 9
- **HERZOG-EVANS M.**, « *Textes applicables et autres sources du droit de l'exécution des peines* », Chapitre 1., DALLOZ, 2016.
- **HEUYER G.**, « *Narco-analyse et narco-diagnostic* », RSC 1950. 7.
- **JACOB J.**, « *La parole des mains. Genèse de l'ordalie carolingienne de la croix* », Les Rites de la justice. Geste et rituels judiciaires au Moyen Âge, s.dir. C. Gauvard et R. Jacob, Le Léopard d'or, Paris, 2000.
- **JANSON O.**, « *Le contradictoire dans l'enquête préliminaire : l'apport de la loi du 3 juin 2016* » USM, le nouveau pouvoir judiciaire, septembre 2016, n°416.
- **JOURDAN J.**, « *Ordalie, image et sermon après le concile de Latran IV* », dans Cahiers de recherches médiévales et humanistes, 2013, n° 25

- **KOERING-JOULIN R.**, « *CEDH, 8 févr. 1996, Murray c/ Royaume-Uni* », Rev. sc. crim. 1997.
- **KRIEGK J-F.**, « *L'américanisation de la justice, prisme d'un nouvel ordre symbolique en matière pénale ?* », Gazette du palais, n°099 - page 2, 09/04/2005.
- **LASSALE J-P.**, « Les institutions des Etats-Unis », documents réunis et commentés par Jean-Pierre Lassale, coll. "*Documents d'études*", La Documentation française, Paris, 2001
- **LASSERRE CAPDEVILLE. J.**, « *La comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité : présentation et interrogations juridiques* », Gazette du Palais, 31 décembre 2011 n° 365.
- **LEBEL L.**, « *Les droits garantis par la Charte canadienne des droits et libertés dans l'administration et l'application du régime fiscal* », Revue française de finances publiques - n°132 - page 53 - Date de parution : 01/11/2015 - Id : RFFP2015-132-006
- **LE GUHENECH F.**, :
- « *Loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, deuxième partie: adaptation et diversification des réponses pénales* », JCP 2004, actu.188.
- « *Aperçu rapide sur la loi du 9 mars 2004* », JCP Éd. G. n°14, 31 mars 2004.
- **LEROY J.**, :
- « *L'aveu de culpabilité dans la composition pénale et le plaider coupable* », Cet article a été publié dans le cadre du dossier « - Les 10 ans de la loi Perben II - » de la Gazette du Palais, Gazette du Palais - n°233, Date de parution : 21/08/2014, Id : GPL188r7, Réf : Gaz. Pal. 21 août 2014, n° 188r7
- « *Droit pénal général* », 6^e éd. Lextenso, JGDJ, « *La réaction sociale aux phénomènes criminels* », Droit pénal général, Date de publication : 20/09/2016, Réf : Leroy J., Droit pénal général, sept. 2016, LGDJ, 9782275054285
- **LEVASSEUR G., STEFANI G.**, « *La charge de la preuve* », extrait du Précis Dalloz de « Procédure pénale », 2^e édition, Paris 1962, p.276.
- **LOMPARDINI C. et CAMBI A.**, « *CEDH, 28 nov. 1991, S. c/Suisse* », série A, n°220, § 49 : RTDH 1993, 295 - Agen, Modarca C/ Moldavie (existence d'une vitre de séparation)
- **MOLINIER J.**, « *Principes généraux* », Dalloz, avril 2018
- **PIN X.**, « *La privatisation du procès pénal* », Rev. Sc. Crim. 2002.
- **PRIOU-ALIBERT L.** :
- « *Droit à l'assistance par un interprète et droit à la traduction : modalités d'application* », Dalloz actualité, 06 octobre 2017
- « *De l'effectivité du droit à l'assistance par un avocat* », Dalloz actualité, 18 avril 2017
- « *De la notification du droit de se taire lors de l'audience correctionnelle* », Cass. Crim., 8 juillet 2015, FS-P+B+I, n° 14-85.699, Dalloz Actualités 29 juillet 2015
- **MANDET F.**, « *Le polygraphe et son utilisation en justice* », RI crim. et pol. techn. 1959. 298.

- **MARIANI L. BOULOC B.**, « *La CRPC, un texte à revoir ?* », Gazette du Palais - n°312 - page 7, Date de parution : 08/11/2005, Id : GP20051108002 : Gaz. Pal. 8 nov. 2005, n° GP20051108002, p. 7 ;
- **MASFAYON O.**, « *Les aveux surpris ou la preuve obtenue par l'auto-incrimination involontaire du suspect* », Soumis le 30/06/2009 par Olivier Leclerc dans MBDE / Droit du procès et de la preuve judiciaire.
- **MAURO C.**, « *CEDH, Réflexions sur la garde à vue : à propos de l'arrêt Brusco c/ France de la Cour européenne des droits de l'homme du 14 octobre 2010* », Dr. pén. Décembre 2010.
- **MELLOR K.**, « *vers un renouveau du problème de l'hypnose en droit criminel ?* », RSC 1958. 371.
- **MESA R.**, « *Retour sur le droit de se taire* », Gazette du Palais - n°39 - page 17, Date de parution : 08/11/2016, Id : GPL279e3 : Gaz. Pal. 8 nov. 2016, n° 279e3, p. 17
- **MINKOWSKI J.**, « *La part de la négociation dans le procès pénal* », Actes de colloque « *La négociation peut-elle tout ?* » Gazette du Palais - n°hors-serie 2- page 4, Date de parution : 18/05/2018, Id : GPL322d6: Gaz. Pal. 18 mai 2018, n° 322d6, p. 4
- **MISTRETTA P.**, « *Escroquerie aux assurances sociales : le mensonge n'est jamais innocent* », RSC 2015. 421
- **MOLINS. F.**, « *Comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité* », Dalloz, janvier 2013
- **LAVIELLE B.**, « *Entre exigence de loyauté et principe de proportionnalité, la preuve pénale en liberté surveillée ?* », Gazette du Palais - n°36 - page 77 - Date de parution : 24/10/2017 - Id : GPL305n7: Gaz. Pal. 24 oct. 2017, n° 305n7, p. 7.
- **LAVRIC S.**, « *Garde à vue : libre renonciation à un avocat et notification - défaillance - d'ru droit au silence* », 10 février 2012, européen et international, Dalloz.
- **OHLGUSSE C.**, « *Lumières sur la Directive 2012/13/UE concernant l'accès au dossier pendant la garde à vue* », Le petit juriste, 9 septembre 2014.
- **PRADEL J.**, :
 - « *Le ministère public doit il être présent à l'audience d'homologation dans le cadre de la procédure de plaider coupable ?* », D., 2005, J, p.1200.
 - « *Défense du plaidoyer de culpabilité* » À propos du projet de loi sur les évolutions de la criminalité, Aperçu rapide », JCP 2004, act. 58.
 - « *Vers un « aggiornamento » des réponses de la procédure pénale à la criminalité* », Apports de la loi 2004-204 du 9 mars 2004, dite Perben II., JCP Éd. Gale n° 19, 5 mai 2004.
 - « *La procédure pénale française à l'aube du troisième millénaire* », D. 2000, doct. p. 1
- **PROTEAU L.**, « *L'économie de la preuve en pratique* », Actes de la recherche en sciences sociales, le seuil, 2009, n°178.

- **PRADEL X., SEURIN M., CASANOVA D., MISSITRANO D.**, « *Le plaidoyer de culpabilité* », Rev. Pénit., 2005, p. 377
- **RAIMBOURG D.**, « *L'anniversaire de la loi sur la garde à vue du 14 avril 2011 : point de vue d'un parlementaire* », Gazette du Palais - n°211, Date de parution : 30/07/2013, Id : GPL132v2, Gaz. Pal. 30 juill. 2013, n° 132v2
- **RAOULT S.**, « *Tout ce qui n'est pas interdit n'est pas permis ! Le droit de ne pas contribuer à sa propre accusation et la sonorisation des cellules de GAV* », Gazette du Palais - n°080 - page 10, Date de parution : 21/03/2015, Id : GPL217s8, Gaz. Pal. 21 mars 2015, n° 217s8, p. 10.
- **RENNEVILLE M.**, « *Le criminel-né : Imposture ou réalité* » Crimino-corpus, Revue hypermédia, Histoire de la justice, des crimes et des peines, selon laquelle il existerait un type de criminels.
- **RENUCCI JF.**, « *Intime conviction, motivation des décisions de justice et droit à un procès équitable* » D. 2009. 1058.
- **RIBEYRE C.**, :
 - « *La communication du dossier d'instruction aux parties privées* », JCP 2006,I,152.
 - « *La communication du dossier pénal* », PUAM, 2007.
- **ROETS D.**, :
 - « *Le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme* », AJ Pénal 2008
 - « *Du droit à l'assistance d'un avocat dès le début de la garde à vue* », in R.S.C. 2010.
- **SACAZE. A.**, « *Loi du 13 décembre 2011 relative à la répartition du contentieux et à l'allègement de certaines procédures juridictionnelles, les points clés* » / Gazette du Palais, 10 janvier 2012 n° 10.
- **SAINT PIERRE F.**, :
 - « *Avocat L'avocat et le mensonge* », AJ Pénal 2008.
 - « *Panorama de la Jurisprudence du Conseil constitutionnel* », Pratique de défense pénale, Date de publication : 06/03/2018, pratique de défense pénale, mars 2018, Lextenso, 9782275061139
- **SAVONET C.**, « *Le droit au silence, Un droit relatif ?, Cour européenne des droits de l'homme (Grande chambre) O'HALLORAN et FRANCIS c/ Royaume-Uni, 29 juin 2007* ».
- **SCREVENS V.**, « *Le statut du témoin et sa protection avant, pendant et après le procès pénal* », RSC 1989.
- **SUSINI J.**, :
 - « *Enquête, interrogatoire, aveu, première partie : les racines* », RSC 1978. 693 ;
 - « *L'hypnose d'investigation : des faits troublants ou prodromiques ?* », RSC 1986. 915. -
- **TALEB A.**, « *Le point sur la CRPC dans l'avant-projet portant réforme de la procédure pénale : la révolution annoncée aura-t-elle lieu ?* », Procédures, 2011, n° 4, spéc.

- **TEISSIER A.**, « *Garde à vue et droits de la défense* », RPDP 2001.
- **VAN LOOY H.**, « Les fragments d'Euripide », In: *L'antiquité classique*, Tome 32, fasc. 1, 1963. pp. 162-199.
- **VELU J., ERGEC R.**, « *Convention européenne des droits de l'homme* », Répertoire pratique du droit belge, législation, doctrine, jurisprudence, Droit européenne et international, 2^e éd par Rusen ERGEC, coll. Bruylant, p. 591
- **VERET D., ATHEA G.**, « *Communications électroniques et service public : la nécessaire prise en compte du risque pénal* », Gaz. Pal. 2002. 2. Chron. 1534.
- **VERGES E.**, « *Émergence européenne d'un régime juridique du suspect, une nouvelle rationalité juridique* », Rev. sc. crim. 2012.
- **VOUIN R.**, :
 « *La preuve obtenue par des moyens illégaux* », Rev. de dr. pénal, 1955.
 « *L'emploi de la narco-analyse en médecine légale* », D. 1949. 101 ;
- **VUCHER-BONDET A.**, « *La recevabilité d'un témoignage sous hypnose en tant que moyen de preuve : approche comparée Etats-Unis / France* », MBDE, droit du procès et de la preuve judiciaire, 7 avril 2009

F. JURISPRUDENCE

CJCE

- **CJCE, 18 octobre 1989**, Orkem. Rec. 1989-9, p. 3343. aff. C-374/87, Rec. C.J.C.E., p.3283 ; D.1990, somm. 113, obs. C. Gavalda

CEDH

- CEDH, **WINDISCH c. AUTRICHE**, 27 septembre 1900, n°12489/86
- CEDH, **GOLDER c. ROYAUME-UNI**, 21 février 1975, n°4451/70
- CEDH, **ENGEL et autres c. PAYS-BAS**, 8 juin 1976, § 81, série A no 22.
- CEDH, **AUREY c. IRLANDE**, 9 octobre 1979, § 24, série A no 32.
- CEDH, **SCHIESSER c/ SUISSE**, 4 décembre 1979, Requête n° 7710/76.
- CEDH, **JESPERS c. BELGIQUE**, 14 décembre 1981: DR 27/61
- CEDH, **PIERSACK c/ BELGIQUE**, 1er octobre 1982, série A, n°53.

- CEDH, **CASE OF DE JONG, BALJET AND VAN DEN BRINK c. THE NETHERLANDS**, 22 mai 1984, Application no. 8805/79; 8806/79; 9242/81.
- CEDH, **HAUSCHILDT c. DANEMARK**, 24 mai 1989 , requête n°10486/83.
- CEDH, **KAMASINSKI c. AUTRICHE**, 19 décembre 1989, paragraphe 79 : Série A n°168
- CEDH, **WINDISCH c. AUTRICHE**, 27 septembre 1990, n°12489/86.
- CEDH, **S c. SUISSE**, 28 novembre 1991, n°12629/87 et 13965/88
- CEDH, **PFEIFER ET PLANKL c. AUTRICHE**, 25 février 1992, §§ 47 et 48 : Série A n°227 ; D. 1992. Somm. 331, obs. Renucci ;
- CEDH, **CAMPBELL c. ROYAUME-UNI**, 25 mars 1992, § 48 : Série A n°233
- CEDH, **TOMASI c. FRANCE**, 27 août 1992, requête n° 12850/87, série A, n°241-A.
- CEDH, **FEY c. AUTRICHE**, 24 févr. 1993, requête n°14396/88.
- CEDH, **FUNKE c. FRANCE**, 25 février 1993, Hudoc 393 requête n°10828/84.
- CEDH, **SARAIVA DE CAVALHO c. PORTUGAL**, 22 avr. 1994, requête n°15651/89.
- CEDH, **MURRAY c. ROYAUME-UNI**, 8 février 1996, § 45, Recueil 1996-I.
- CEDH, **SAUNDERS c. ROYAUME-UNI**, 17 décembre 1996, §§ 68-69, Recueil 1996-VI.
- CEDH, **SERVES c. FRANCE**, 20 octobre 1997, § 46, Recueil 1997-VI.
- CEDH, **HELLE c. FINLANDE**, 19 déc. 1997, requête n° 20772/92.
- CEDH, **PELLISSIER et SASSI c. FRANCE**, paragraphe 51 : Rec. 1999-II, et 52
- CEDH, **KHAN c. ROYAUME-UNI**, 12 mai 2000, requête n°35394/97, §6 et 7.
- CEDH, **HEANY & MC GUINNESS c. IRELAND**, 21 décembre 2000, requête n°34720/97.
- CEDH, **J.B c. SUISSE**, 03 mai 2001, Hudoc 2583 requête n°31827/96.
- CEDH, **SVIPSTA c/ LETTONIE**, 17 février 2001, requête n°66820/01.
- CEDH, **THOMA c. LUXEMBOURG**, 29 mars 2001, paragraphe 43 : RTDH 2002. 203, obs. Spielmann
- CEDH, **ALLAN c. ROYAUME-UNI**, 5 novembre 2002, 48539/99
- CEDH, **PEROTE PELLON c. ESPAGNE**, 25 juillet 2002, requête n°45238/99.

- CEDH, **PANTEA c. ROUMANIE**, 3 juin 2003, requête n°33343/96.
- CEDH, **VETTER c. FRANCE**, 31 mai 2005, requête n°59842/00.
- CEDH, **JALLOH c. ALLEMAGNE**, 11 juillet 2006, requête n°54810/00 § 117.
- CEDH, **O'HALLORAN et FRANCIS c. ROYAUME-UNI**, 29 juin 2007, requêtes n° 15809/02 et n° 25624/02, § 53.
- CEDH, **RAMANAUSKAS c. LITUANIE**, 5 février 2008, RCS 2008, 694.
- CEDH, **SALDUZ c. TURQUIE**, 27 novembre 2008, requête n° 36391/02, § 52.
- CEDH, **LOUTSENKO c. UKRAINE**, 18 décembre 2008, n°30663/04, § 51,
- CEDH, **CHABELNIK c. UKRAINE**, 19 février 2009, requête n°16404/03, § 57.
- CEDH, **BYKOV c. RUSSIE**, 10 mars 2009, requête n°4378/02 § 104.
- CEDH, **DAYANAN c. TURQUIE**, 13 octobre 2009, requête n° 7377/03, § 32.
- CEDH, **ALEKSANDR ZAICHENKO c. RUSSIE**, 18 février 2010, requête n°39660/02, § 52.
- CEDH, **MEDVEDYEV et autres c. FRANCE**, 9 mars 2010, requête n°3394/03.
- CEDH, **CHESNE c. FRANCE**, 22 avril 2010, requête n°29808/06.
- CEDH, **GAFGEN c. ALLEMAGNE**, 1er juin 2010, requête n°22978/05, § 164.
- CEDH, **BRUSCO c. FRANCE**, 14 octobre 2010, requête n° 1466/07
- CEDH, **MOULIN c. FRANCE**, 23 novembre 2010, requête n°37104/06.
-
- CEDH, **CHAMBAZ c. SUISSE**, 5 avril 2012, requête n°11663/04.
- CEDH, **M. c. FRANCE**, 6 décembre 2012, n°12323/11
- CEDH, **FAKAILO dit SAFOKA et autres c. FRANCE**, 2 octobre 2014, requête n°2871/11
- CEDH, **CORBET et autres c. FRANCE**, 19 mars 2015, requêtes n°7494/11, 7493/11 et 7989/11.
- CEDH, **VOLKOV et ADAMSKIY c. RUSSIE**, 26 mars 2015, requêtes n° 7614/09 et 30863/10.
- CEDH, **A.T c. LUXEMBOURG**, 9 avril 2015, requête n°30460/13.

- CEDH, **OPRIS c. ROUMANIE**, 23 juin 2015, requête n°15251/07.
- CEDH, **IBRAHIM et A. c. FRANCE**, 13 septembre 2016, n°50541/08

CONSEIL CONSTITUTIONNEL

- **Cons. Const. n°2003-466 du 20 févr. 2003**
- **Décision n° 2004-492 DC du 2 mars 2004**
- **Décision n°2005-520 DC du 22 juillet 2005**
- **Décision n° 2010-14/22 QPC du 30 juillet 2010**
- **Décision n° 2010-77 QPC du 10 décembre 2010**
- **Cons. const. 1^{er} avr. 2011, n° 2011-113/115 QPC**
- **Décision n° 2010-80 QPC du 17 décembre 2011**
- **Décision n°2011-191/194/195/196/197 QPC**, 18 nov. 2011, cons. 20 - rappr. déc. n°2012-257 QPC, 18 juin 2012, cons. 8 et 9, dans le cas où la personne suspecte a été conduite par la force devant l'OPJ - V. supra, n°487.
- **Décision n° 2011-641 DC du 8 décembre 2011**, « Loi relative à la répartition des contentieux et à l'allègement de certaines procédures juridictionnelles ».
- Commentaire, Conseil constitutionnel, **Décision n° 2016-594 QPC du 4 novembre 2016**, Mme Sylvie T., « Absence de nullité en cas d'audition réalisée sous serment au cours d'une garde à vue ».

CONSEIL D'ETAT

- **CE, 11 mai 2005**, D.2005/IR 1379, obs. Astaix
- **CE, 26 avril 2006**, Syndicat des avocats de France, n° 273757.

COUR DE CASSATION

- **Cour de cassation, Chambre criminelle, 22 mars 1860**, B. n°82 - 5 déc. 1903, B. n°411 - 22 févr. 1917, B. n°50.
- **Cour de cassation, Chambre criminelle, 12 novembre 1864**, DP 1865. 5. 158
- **Cour de cassation, Chambre criminelle, 31 janvier 1888**, « Wilson » : S. 1889, I, p. 241.

- **Cour de cassation, Chambre criminelle, 10 févr. 1922**, Bull. crim. n°66.
- **Cour de cassation, Chambre criminelle, 27 avril 1955**, Bull. crim., n°209
- **Cour de cassation, Chambre criminelle, 16 octobre 1957**, Bull. crim., n°636
- **Cour de cassation, Chambre criminelle, 6 juillet 1966**, Bull. crim., n°193
- **Cour de cassation, Chambre criminelle, 26 oct. 1967**: Bull. crim. n° 271; JCP 1968. II. 15374, note Chavanne; Gaz. Pal. 1967. 2. 315 ; 8 nov. 1973: Bull. crim. n° 411; D. 1973. IR 246.
- **Cour de cassation, Chambre criminelle, 8 novembre 1976**, Bull. crim., n°317
- **Cour de cassation, Chambre criminelle, 2 oct. 1978**, D. 1979. IR 116.
- **Cour de cassation, Chambre criminelle, 9 octobre 1980**, Bull. crim. n°255.
- **Cour de cassation, Chambre criminelle, 17 février 1988**, 1988: Bull. crim. n° 82; Gaz. Pal. 1988. 1. 447; RSC 1988. 787, obs. Levasseur.
- **Cour de cassation, Assemblée plénière, 24 novembre 1989**, Baribeau : D 1990, 34.
- **Cour de cassation, 1ere Chambre civile, 3 janvier 1991**, n°89-12.738, Bull. civ. I, n°4.
- **Cour de cassation, Chambre sociale, 20 novembre 1991**, n° 88-43120 : Bull. civ. V, n° 519 ;
- **Cour de cassation, Chambre criminelle, 23 juillet 1992**, n° 92-82.721.
- **Cour de cassation, Chambre criminelle, 15 juin 1993**, n° de pourvoi : 92-82509.
- **Cour de cassation, Chambre criminelle, 27 fév. 1996** : bull. crim., n°93 ; JCP 96, éd. G, II-22629, note M-L RASSAT ; D. 96, p. 346, note ch. Guéry.
- **Cour de cassation, Chambre criminelle, 12 déc. 1996**, n° 95-82.198.
- **Cour de cassation, Chambre criminelle, 19 janvier 1999**, n° 98-83787 : Bull. crim., n°9
- **Cour de cassation, Chambre criminelle, 12 décembre 2000**, n° 00-93.952.
- **Cour de cassation, Chambre criminelle, 12 décembre 2000**, n°00-83.852.
- **Cour de cassation, Chambre criminelle, 13 juin 2001**, n°00-85580
- **Cour de cassation, Chambre criminelle, 26 juin 2001** ; Bull crim. N°161 ; D. 2002. Somm. 1802, obs. Roujou de Boubée.

- **Cour de cassation, Chambre criminelle, 14 mai 2002** : Bull. crim. N°111 ; JCP 2002. IV. 2005.
- **Cour de cassation, 2eme Chambre civile, 4 juillet 2002**, Bull. civ. II, n°154.
- **Cour de cassation, Chambre criminelle, 1er octobre 2003** : bull. crim., n°176.
- **Cour de cassation, Chambre criminelle, 7 octobre 2004**, n° 03-12653 : bull. civ., II, n° 447
- **Cour de cassation, Chambre criminelle, 11 mai 2004**, n°03-85521 : Bull. crim, n°117
- **Avis de la Cour de cassation, 18 avril 2005**, n° 05-00001, Bull. crim. 2005, avis N° 1, p. 1, D. 2005, n° 18, note J. Pradel, p. 1200.
- **Avis de la Cour de cassation, 1 juillet 2005** : Bulletin d'information n° 622.
- **Cour de cassation, Chambre criminelle, 8 juillet 2015**, FS-P+B+I, n° 14-85.699
- **Cour de cassation, Chambre criminelle, 21 septembre 2005**, AJP 2006, p. 127.
- **Cour de cassation, Chambre criminelle, 11 mai 2006**, n°05-84.837.
- **Cour de cassation, Chambre criminelle, 4 octobre 2006**, n° de pourvoi : 05-87435.
- **Cour de cassation, Chambre criminelle, 31 janvier 2007**, n° 06-82383 : Bull. crim., n°27
- **Avis de la Cour de cassation, 23 avril 2007**, B. n°3.
- **Cour de cassation, Chambre criminelle, 17 septembre 2008**, N° de pourvoi : 08-80858.
- **Cour de cassation, Chambre criminelle, 14 octobre 2008**, B. n°208.
- **Cour de cassation, Chambre criminelle, 29 octobre 2008**, B. N°219.
- **Cour de cassation, Chambre criminelle, 26 novembre 2008** : Dr. pénal 2009. Chron. 8, obs. Lesclous.
- **Cour de cassation, Chambre criminelle, 7 janvier 2009**, n° de pourvoi : n°08-84.856.
- **Cour de cassation, Chambre criminelle, 10 juin 2009**, n° Pourvoi 08-87615.
- **Cour de cassation, Chambre criminelle, 2 septembre 2009**, n° pourvoi : 08-87616.
- **Cour de cassation, Chambre commerciale, 13 octobre 2009**, n°08-19525
- **Cour de cassation, Chambre criminelle, 24 nov. 2009**, n° de pourvoi : 09- 85.151.
- **Cour de cassation, Chambre criminelle, 27 janvier 2010**, n° pourvoi 09-83.395.

- **Cour de cassation, Chambre criminelle, 22 juin 2010, n° pourvoi 10-80957.**
- **Cour de cassation, Chambre criminelle, 19 octobre 2010, n°5699 (10-82.902) ; Arrêt n°5700 du 19 octobre 2010 (10-82.306) ; Arrêt n°5701 du 10 octobre 2010 (10-82.051).**
- **Cour de cassation, Chambre criminelle, 10 novembre 2010, n° de pourvoi : 10-82.097.**
- **Cour de cassation, Chambre criminelle, 30 novembre 2010, n° de pourvoi : 10-80460.**
- **Cour de cassation, Chambre criminelle, 15 décembre 2010, arrêt n° 7177(10-83.674).**
- **Cour de cassation, Assemblée plénière, 7 janvier 2011, n°09-14316 et 09-14667 : Bull. ass. Plen., n°1**
- **Cour de cassation, Chambre criminelle, 19 janv. 2011, n° 10-85.159 et 10-85.305.**
- **Cour de cassation, Chambre criminelle, 4 mai 2011, n°10-84.461, Publié au bulletin.**
- **Cour de cassation, Chambre criminelle, 29 mars 2011, N° de pourvoi : 10-88236.**
- **Cour de cassation, chambre criminelle, 17 janvier 2012, F-P+B, n°11-86.797.**
- **Cour de cassation, Chambre criminelle, 31 janvier 2012, Arrêt n° 497 (11-85.464).**
- **Cour de cassation, Chambre criminelle, 12 avril 2012, n°11-86.898 obs.**
- **Cour de cassation, Chambre criminelle, 19 septembre 2012, n°11-88111**
- **Cour de cassation, Chambre criminelle, 5 mars 2013, pourvoi n°12-87087.**
- **Cour de cassation, Chambre criminelle, 8 janvier 2014, pourvoi n° 13-85246.**
- **Cour de cassation, Assemblée plénière, 6 mars 2015, pourvoi n° 14-84339.**
- **Cour de cassation, Chambre criminelle, 14 avril 2015, n°14-88515, Bull. crim., n°83**
- **Cour de cassation, Chambre criminelle, 14 avril 2015, n° 14-87914 : Bull. crim., N°87**
- **Cour de cassation, Chambre criminelle, 4 mai 2016, n°15-82516**
- **Cour de cassation, Chambre criminelle, 28 juin 2016, n°15-84032**
- **Cour de cassation, Chambre criminelle, 6 septembre 2016, n°16-83907**
- **Cour de cassation, Chambre criminelle, Audience publique du 05 décembre 2017, n° de pourvoi : 16-86279**
- **Cour de cassation, Chambre criminelle, 11 juillet 2017, pourvoi n°16-84.980.**
- **Cour de cassation, Chambre criminelle, 10 avril 2018, pourvoi n° 18-90.002**

COUR D'APPEL

- **Cour d'appel de POITIERS**, 19 septembre 2017, n° 16/03803 - ARRET N°485

TRIBUNAL CORRECTIONNEL

- **T. Corr. Seine, Arrêt CENS**, 23 février 1949 D. 1949. 287
- **T. corr. Seine, 10 juin 1959**, D. 1959. 592; JCP 1959. II. 11372; Gaz. Pal. 1959. 2. 236; RSC 1960. 80, obs. Hugueney, et 84, obs. Bouzat
- **T. corr. Seine, 25 mai 1963**, D. 1964. Somm. 46; Gaz. Pal. 1963. 2. 324.

A L'ETRANGER :

- **Cour Suprême des États-Unis**, 13 juin 1966, 384 US 436
- **ETATS-UNIS c. BENCHIMOL**, 471 US 453, 105 S. Ct. 2013., 85 L. Ed.. 2d 462 [1985].
- **BLUNT v. PARK LANE HOTEL** (1942) 2 KB 253.
- **R. c. HEBERT**, Jugement de la Cour suprême, 1999-06-21, 1990 2 RCS 151, n° de dossier 21161.
- **ETATS-UNIS c. RUIZ**, 536 US 622, 122 S. Ct. 2450, 153 L. Ed.. 2d 586 [2002].

H - ARTICLES DE PRESSE

- **Le Monde, 27 janv. 2004**, Entretien avec Me Robert Badinter, art. préc.

I - SITES INTERNET

- <http://www.presse.justice.gouv.fr/archives-communiques-10095/archives-des-communiques-de-2009-11363/r-dati-a-recu-le-pre-rapport-du-comite-leger-16881.html>
- http://www.justice.gouv.fr/art_pix/1_stat_chiffrescles10_20101213.pdf [archive]
- <http://www.maitre-eolas.fr/post/2005/04/19/119-la-comparution-du-procureur-dans-la-crpc>
- <http://www.secure-finance.com/analyses/1136.pdf>
- https://infokiosques.net/imprimersans2.php?id_article=451

- <http://www.legavox.fr> - « l'aveu judiciaire », 24 mai 2012 par Chiraz
- http://cnb.avocat.fr/Droits-et-obligations-de-l-avocat_a130.html - Droits et Obligations de l'avocat – règles du Conseil National des Barreaux
- <http://www.bibliothequedecombat.wordpress.com>
- CEDH, *Analyse statistique 2016*, janvier 2017, [http://www.echr.coe.int/Documents/Stats_analysis_2016_FRA.pdf]
- *Travaux préparatoires de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme*, Commission européenne des droits de l'Homme, Conseil de l'Europe, [http://www.echr.coe.int/LibraryDocs/Travaux/ECHRTravaux-ART6-DH\(56\)11-FR1338887.pdf](http://www.echr.coe.int/LibraryDocs/Travaux/ECHRTravaux-ART6-DH(56)11-FR1338887.pdf)

J - DIVERS

- Interview du Bâtonnier de l'Ordre des avocats de Toulouse, François AXISA, le 15 décembre 2010.
- Nicolas SARKOZY, Ministre de l'intérieur, Le Figaro, 18 septembre 2003.
- Dans l'optique de la modification du code de procédure pénale sur le thème de la garde à vue, le sénat a réalisé une étude sur les législations européennes quant à leur application du droit de ne pas s'auto-incriminer. Cette synthèse a fait l'objet d'un document de travail qui a servi à cette étude. « Les documents de travail du Sénat : Série législation comparée. N° LC 204. Décembre 2009 ».
- Études statistiques : CEDH – Analyse statistiques 2016 et 2017 : https://www.echr.coe.int/Documents/Stats_analysis_2016_FRA.pdf
https://www.echr.coe.int/Documents/Stats_analysis_2017_FRA.pdf
- « *LE PARISIEN MAGAZINE. Tribunaux en ruine, manque de moyens : pauvre justice !* », Le Parisien, Week-End, Grand angle|25 novembre 2015, 17h25 : <http://www.leparisien.fr/magazine/grand-angle/tribunaux-en-ruine-manque-de-moyens-pauvre-justice-25-11-2015-5312019.php>
- ROBERT V., « *Les subtilités du « plea bargaining » expliquées par Melinda Sarafa, avocate* », PROPOS RECUEILLIS PAR VIRGINIE ROBERT, BUREAU DE NEW YORK, LE 19/05/11 À 17H31, Les Echos.
- KRYNEN J., « Punir les Juges ? » 1667 : PUSSORT contre LAMOIGNON, p. 79 ; Éloge de Guillaume de LAMOIGNON, Discours de Monsieur SORBIER, Avocat Général à la Cour Royale de CAEN, prononcé à l'audience solennelle de rentrée le 3 novembre 1841
- Lettres, Instructions et Mémoire de COLBERT, publiés d'après les ordres de l'empereur sur la proposition de son excellence, Monsieur MAGNE, ministre secrétaire d'état des

finances par Pierre CLEMENT, membre de l'institut, Tome VI, Justice et Police, affaires religieuses – affaires diverses, paris, imprimerie impériale, M D C C C L X I X, p. XVIII.

Table des matières

| | |
|---|----------|
| REMERCIEMENTS | 4 |
| SOMMAIRE | 5 |
| INTRODUCTION | 6 |
| I. L'absence de consécration de l'auto-incrimination néfaste à la prise en compte des droits de la défense | 7 |
| II. La nécessité d'une consécration textuelle de l'auto-incrimination pour une meilleure prise en compte des droits de la défense | 16 |
| PARTIE 1. L'AUTO-INCRIMINATION SAISIE PAR LE DROIT | 35 |
| Titre 1. L'apparition du concept de l'auto-incrimination | 37 |
| Chapitre 1. La perception du phénomène d'auto-incrimination | 38 |
| Section 1. La détermination générale du phénomène d'auto-incrimination | 39 |
| Paragraphe 1. Une définition étymologique de l'auto-incrimination | 39 |
| Paragraphe 2. Une définition diverses et spécifiques de l'auto-incrimination | 42 |
| Section 2. La détermination juridique du phénomène de l'auto-incrimination | 47 |
| Paragraphe 1. Une définition consacrée par le droit étranger | 47 |
| A. Une consécration légale | 48 |
| 1. Une consécration légale dans le monde | 48 |
| 2. Une consécration légale dans l'Europe | 57 |
| B. Une consécration jurisprudentielle | 65 |
| 1. Une consécration jurisprudentielle relative au droit de garder le silence | 65 |
| 2. Une consécration jurisprudentielle relative au droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination en fournissant des documents susceptibles d'être auto-incriminants | 74 |
| 3. Une consécration jurisprudentielle relative à la provocation policière à commettre l'infraction | 77 |
| Paragraphe 2. Une définition oubliée par le droit français | 79 |
| A. Une consécration jurisprudentielle lente | 79 |
| B. L'absence de texte | 83 |
| CONCLUSION CHAPITRE 1. | 91 |
| Chapitre 2. L'évolution historique de l'auto-incrimination | 92 |
| Section 1. L'apparition erronée de l'auto-incrimination à travers le droit pénal ancien | 92 |
| Paragraphe 1. Le déroulement des ordalies | 93 |
| A. Le déroulement des ordalies unilatérales | 94 |
| B. Le déroulement des ordalies bilatérales | 98 |
| Paragraphe 2. Le déclin relatif des ordalies | 101 |
| A. L'hostilité de l'église | 101 |
| B. L'efficacité contestée des ordalies | 102 |
| Section 2. L'évolution de l'auto-incrimination à travers la théorie des preuves légales | 103 |
| Paragraphe 1. L'introduction de l'aveu dans la théorie des preuves légales | 103 |
| Paragraphe 2. La faiblesse du régime des preuves légales face à l'aveu | 108 |
| A. L'absence totale de mécanisme protégeant le mis en cause pendant la phase d'instruction | 109 |
| B. L'évolution des mécanismes protégeant le mis en cause pendant la phase de jugement | 111 |
| 1. Les jugements interlocutoires | 111 |
| 2. Les jugements définitifs | 112 |
| CONCLUSION CHAPITRE 2. | 115 |
| CONCLUSION TITRE 2. | 117 |
| Titre 2. Les manifestations de l'auto-incrimination | 119 |
| Chapitre 1. Les manifestations théoriques de l'auto-incrimination | 119 |
| Section 1. L'encadrement de la preuve nécessaire à la protection du droit de ne pas s'auto-incriminer | 119 |
| Paragraphe 1. Une protection effective de l'auto-incrimination | 123 |
| A. Le principe de la liberté de la preuve protectrice du droit de ne pas s'auto-incriminer | 123 |
| B. Le principe de la loyauté dans la recherche de la preuve protectrice du droit de ne pas s'auto-incriminer | 124 |
| Paragraphe 2. Une protection relative de l'auto-incrimination | 126 |
| A. La preuve constituée par un particulier attentatoire au droit de ne pas s'auto-incriminer | 126 |
| B. L'absence de protection légale attentatoire au droit de ne pas s'auto-incriminer | 130 |
| Section 2. L'examen de la preuve | 131 |
| Paragraphe 1. La nature et le degré de la coercition | 134 |

| | |
|--|-----|
| Paragraphe 2. Le poids de l'intérêt public et la poursuite de l'infraction en question et à la sanction de son auteur | 139 |
| Paragraphe 3. L'existence de garanties appropriées dans la procédure et l'utilisation faite des éléments ainsi obtenus | 141 |
| CONCLUSION CHAPITRE 1. | 143 |
| Chapitre 2. Les manifestations pratiques de l'auto-incrimination | 144 |
| Section 1. Les investigations relatives à l'auto-incrimination | 144 |
| Paragraphe 1. Le droit de ne pas s'auto incriminer pendant l'enquête | 145 |
| A. Le droit de ne pas s'auto-incriminer au cours de la garde à vue | 145 |
| 1. La consécration tumultueuse du droit de se taire | 147 |
| 2. Les difficultés d'application pratique du droit de se taire | 153 |
| B. Le droit de ne pas s'auto-incriminer au cours de l'audition libre | 155 |
| 1. L'absence de protection de la personne librement entendue. | 156 |
| 2. La nécessité de protection de la personne librement entendue | 162 |
| a. La notification des droits au suspect libre | 163 |
| b. La formulation écrite des questions posées | 164 |
| c. L'absence de serment de la personne entendue | 165 |
| Paragraphe 2. Le droit de ne pas s'auto incriminer après l'enquête | 165 |
| A. Le droit de ne pas s'auto-incriminer au cours de l'instruction | 165 |
| B. Le droit de ne pas s'auto-incriminer au cours du procès pénal | 167 |
| Section 2. La protection nécessaire du droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination | 172 |
| Paragraphe 1. Une protection garantie du droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination | 172 |
| A. Le droit de s'entretenir avec l'avocat | 172 |
| B. Le droit d'être assisté d'un avocat | 175 |
| 1. L'atout d'être assisté d'un avocat | 176 |
| 2. Le handicap d'être assisté d'un avocat | 180 |
| Paragraphe 2. Une protection d'apparence du droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination | 182 |
| A. L'affaiblissement du droit de ne pas s'auto-incriminer en l'absence de l'accès au dossier | 183 |
| B. Une probable condamnation de l'Etat Français à venir | 185 |
| CONCLUSION CHAPITRE 2. | 187 |
| CONCLUSION DU TITRE 2. | 189 |
| CONCLUSION DE LA PARTIE 1. | 190 |
| | |
| PARTIE 2. LE DROIT FACE A L'AUTO INCRIMINATION | 192 |
| Titre 1. L'auto-incrimination suscitée | 192 |
| Chapitre 1. Une auto-incrimination ambivalente | 192 |
| Section 1. Le principe, une auto incrimination volontaire | 193 |
| Paragraphe 1. Une auto incrimination acceptée | 193 |
| A. Le droit d'avouer | 193 |
| 1. Le droit de voir sa correspondance écrite protégée | 195 |
| 2. Le droit de ne pas fournir des documents susceptibles de s'auto-incriminer | 198 |
| B. Le droit de mentir | 201 |
| 1. Un droit ouvert | 202 |
| 2. Un droit fermé | 207 |
| Paragraphe 2. Une auto incrimination soumise | 212 |
| A. Une auto-incrimination soumise au travers des opérations nécessaires aux comparaisons et identifications | 213 |
| B. Une auto-incrimination soumise par le refus d'y participer | 218 |
| Section 2. L'exception, une auto-incrimination involontaire | 222 |
| Paragraphe 1. Une exception démontrée au travers de procédés techniques | 222 |
| A. Interceptions de correspondance | 222 |
| B. Sonorisations et fixations d'images | 224 |
| Paragraphe 2. Une exception démontrée au travers de procédés scientifiques | 227 |
| A. L'injection de penthotal | 229 |
| B. L'hypnose | 231 |
| C. Le polygraphe ou détecteur de mensonge | 232 |
| CONCLUSION DU CHAPITRE 1. | 234 |
| Chapitre 2. L'impact de l'auto-incrimination suscitée | 236 |
| Section 1. L'impact de l'auto-incrimination sur les droits fondamentaux | 236 |
| Paragraphe 1. Une auto incrimination protégée par le principe d'impartialité | 236 |
| A. Les contours du principe d'impartialité | 237 |

| | |
|---|-----|
| 1. L'impartialité personnelle | 238 |
| 2. L'impartialité fonctionnelle | 240 |
| B. Les conséquences de la partialité sur l'auto-incrimination | 244 |
| 1. Une impartialité indécélable | 244 |
| 2. Les garanties procédurales protectrices de l'auto-incrimination | 245 |
| Paragraphe 2. Une auto incrimination éraflée par le principe de l'intime conviction | 247 |
| A. Les contours du principe de l'intime conviction | 247 |
| B. Les limites du principe de l'intime conviction | 249 |
| 1. La protection de l'auto-incrimination à travers le principe de motivation | 249 |
| 2. La protection de l'auto-incrimination à travers d'autres principes généraux | 252 |
| Section 2. L'impact de l'auto-incrimination sur la personne mise en cause | 253 |
| Paragraphe 1. Des conséquences justifiables | 253 |
| Paragraphe 2. Des conséquences injustifiées | 256 |
| CONCLUSION CHAPITRE 2. | 258 |
| CONCLUSION DU TITRE 1. | 259 |
| Titre 2. L'auto incrimination négociée | 261 |
| Chapitre 1. L'auto-incrimination nécessaire à la contractualisation de la procédure | 271 |
| Section. 1. L'apparence d'une protection de l'auto incrimination par la contractualisation | 271 |
| Paragraphe 1. Une protection nécessaire | 272 |
| A. L'assimilation de la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité à un contrat civil | 272 |
| 1. Le consentement des parties | 275 |
| 2. La capacité des parties | 279 |
| 3. Un contenu illicite et certain | 280 |
| B. L'apparence d'une sanction négociée | 280 |
| Paragraphe 2. Une protection lacunaire | 284 |
| A. Les critères émanant de l'offre du Parquet | 285 |
| B. Le critère objectif tiré de la position de supériorité du procureur de la République | 286 |
| Section 2. L'impact de l'évolution de la procédure pénale négociée sur l'auto-incrimination | 288 |
| Paragraphe 1. Une première évolution, la loi du 13 décembre 2011 | 288 |
| A. L'influence politique tendant à l'extension de la procédure | 288 |
| B. L'extension du domaine d'application de la procédure | 292 |
| 1. Le nouveau domaine d'application de la procédure | 292 |
| 2. L'application généralisée de la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité attentatoire au droit de ne pas s'auto-incriminer | 293 |
| Paragraphe 2. Une révolution en marche pénalisante pour le droit de ne pas s'auto-incriminer | 297 |
| A. La procédure pénale française influencée | 298 |
| B. Un développement probable à venir affaiblissant le droit de ne pas s'auto-incriminer | 300 |
| CONCLUSION CHAPITRE 1. | 302 |
| Chapitre 2. Les critiques des procédures négociées face à l'auto-incrimination | 303 |
| Section 1. Les critiques positives valorisant le droit de ne pas s'auto-incriminer | 303 |
| Paragraphe 1. A l'égard du prévenu | 303 |
| A. L'entière reconnaissance de l'infraction | 304 |
| B. Le bénéfice de la réduction de la peine | 305 |
| C. Le possible refus de la procédure | 305 |
| Paragraphe 2. A l'égard de la justice | 307 |
| Section 2. Les critiques négatives dévalorisant le droit de ne pas s'auto-incriminer | 310 |
| Paragraphe 1. Le rôle circonscrit des avocats | 310 |
| Paragraphe 2. Un mépris au regard du principe de présomption d'innocence | 312 |
| Paragraphe 3. Une comparution doublée d'une convocation, un mépris des droits de la défense | 315 |
| A. Une protection espérée | 315 |
| B. Une tentative échouée portant atteinte au droit de ne pas s'auto-incriminer | 317 |
| CONCLUSION CHAPITRE 2. | 321 |
| CONCLUSION TITRE 2. | 322 |
| CONCLUSION DE LA PARTIE 2. | 323 |
| CONCLUSION FINALE | 325 |
| ABREVIATIONS USUELLES | 333 |
| REFERENCES JURIDIQUES GENERALES | 342 |
| BIBLIOGRAPHIE | 346 |
| TABLE DES MATIERES | 374 |

Résumé en Français :

Cette thèse consiste à expliquer les lacunes que connaît le droit français en matière d'auto-incrimination. Cette notion est très peu développée en procédure pénale française et ne permet pas d'assurer aux justiciables un respect des droits de la défense affirmé. En effet, l'absence de ce droit au sein du code de procédure pénale ou de tout autre texte français, pose difficultés car les droits de la défense ne sont pas pleinement garantis. Certains mécanismes sont donc validés alors qu'ils sont attentatoires. Il est impératif que cette notion, avec tous les aspects quelle englobe, soit prise en compte en droit français. Si le système américain et canadien le privilégie tant c'est bien que ce droit de ne pas s'auto-incriminer requiert un développement approfondi. Il sera également important d'observer comment le droit pénal français tente de le contourner, notamment au regard de certaines alternatives au jugement tel que le plea-bargaining. La question sera donc de se demander s'il est préférable de privilégier une atteinte aux droits de la défense ou la peine qui peut en découler.

Résumé en Anglais :

This thesis consists of explaining the shortcomings of French law in self-incrimination. This notion is non-existent in France and does not ensure that litigants respect the rights of the defense asserted. Indeed, the absence of this right in the Code of Criminal Procedure or any other French text poses difficulties because the rights of the defense are not fully guaranteed. Some mechanisms are validated while they are detrimental. It is imperative that this notion, with all the aspects it encompasses, be taken into account in French law. If the American and Canadian system privileges it so much it is good that this right not to incriminate itself requires a deep development. It will also be important to observe how the French criminal law attempts to circumvent it, especially with regard to some alternatives to judgment such as plea-bargaining. The question will therefore be whether it is preferable to favor an infringement of the rights of the defense or the sentence that may result from it

Discipline :

Procédure pénale et droit pénal

Mots clés :

Criminal, European defense law, procedure, silence, plea-bargaining, self-incrimination, human rights

Intitulé et adresse de l'UFR :

Dynamiques du droit, Université de droit de Montpellier – 39, rue de l'université, 34000 MONTPELLIER.