



**HAL**  
open science

# Encadrement de la liberté de la preuve dans la procédure pénale : étude comparée France-Chine

Chenchen Wang

► **To cite this version:**

Chenchen Wang. Encadrement de la liberté de la preuve dans la procédure pénale : étude comparée France-Chine. Droit. Université de Bordeaux, 2019. Français. NNT : 2019BORD0262 . tel-02466601

**HAL Id: tel-02466601**

**<https://theses.hal.science/tel-02466601v1>**

Submitted on 4 Feb 2020

**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 PRÉSENTÉE POUR OBTENIR LE GRADE DE  
**DOCTEUR DE L'UNIVERSITÉ DE BORDEAUX**

ÉCOLE DOCTORALE DE DROIT (E.D. 41)  
SPÉCIALITÉ DROIT PRIVÉ ET SCIENCES CRIMINELLES

Par **Chenchen WANG**

**ENCADREMENT DE LA LIBERTÉ DE LA PREUVE DANS LA  
PROCÉDURE PÉNALE : ÉTUDE COMPARÉE FRANCE-CHINE**

Sous la direction de **M. le Professeur Jean-Christophe SAINT-PAU**

Soutenue le 26 novembre 2019

Membres du jury :

**Mme Coralie AMBROISE-CASTEROT**

Professeur, Université de Nice, *rapporteuse*

**Mme Aurélie BERGEAUD-WETTERWALD**

Professeur à l'Université de Bordeaux, *présidente du jury*

**M. Cédric RIBEYRE**

Professeur à l'Université de Grenoble, *rapporteur*

**M. Jean-Christophe SAINT-PAU**

Professeur à l'université de Bordeaux, *directeur de thèse*



**Titre : Encadrement de la liberté de la preuve dans la procédure pénale : Étude comparée France-Chine**

**Résumé :** Dans la théorie de la preuve pénale en France, le principe de la liberté de la preuve joue un rôle important. Ce principe est mal compris par les juristes chinois. En 2012, la règle d'exclusion des preuves illégales est officiellement introduite dans la Loi de Procédure Pénale de la Chine. Mais cette nouvelle règle était mal appliquée. Cela suscite un intérêt pour une étude approfondie du système de la preuve pénale en droit français, car la procédure pénale chinoise, comme la française, est colorée par la procédure inquisitoriale et adopte le modèle du système mixte. En droit français, l'encadrement de la liberté de la preuve est d'une part manifesté dans la phase de recherche des preuves, par la légalité et la loyauté de la preuve, qui permettent d'encadrer les procédés de recueil des preuves par la loi écrite et la jurisprudence. D'autre part, il est manifesté dans la phase d'appréciation de l'admissibilité des preuves, par les nullités de l'instruction et de l'enquête, qui permettent de sanctionner ou annulent les preuves recueillies illégalement. En droit chinois, l'encadrement de la liberté de la preuve est réalisé par la règle d'exclusion des preuves illégales dans les deux phases ci-dessus.

**Mots clés :** admissibilité des preuves, aveux, droits de la défense, écoute judiciaire, légalité de la preuve, liberté de la preuve, loyauté de la preuve, manifestation de la vérité, recherche d'un point d'équilibre, règle d'exclusion des preuves illégales, nullité .

**Title : Framing freedom of evidence in criminal procedure : A comparative study of France and China**

**Abstract :** In the theory of criminal evidence in France, the principle of freedom of evidence plays an important role. This principle is poorly understood by Chinese jurists. Since 2012, the rule of exclusion of the illegally collected evidence has been formally introduced into China's Criminal Procedure Law. But this new rule was badly applied. This gives rise to an in-depth study of the system of criminal evidence in French law, since the Chinese criminal procedure, similar to the French one, is colored by the inquisitorial procedure and adopts the model of the mixed system. In French law, the framework of the freedom of the evidence is on the one hand manifested in the phase of search of the evidence, by the legality and the loyalty of the evidence. These last two make it possible to frame the procedures of collection of the evidence by the written law and the jurisprudence. On the other hand, it is manifested in the assessment phase of the admissibility of evidence, by the nullity of the investigation. The latter makes it possible to sanction or cancel the illegally collected evidence. Under Chinese law, the framework of the freedom of the proof is realized by the rule of exclusion of the illegally collected evidence in the two phases above.

**Keywords :** admissibility of evidence, confession, rights of defense, interception of communications, legality of evidence, freedom of evidence, loyalty of evidence, manifestation of the truth, search for balance, rule of exclusion of the illegal collected evidence, nullity.

---

**Unité de recherche**

[Institut de Sciences Criminelles et de la Justice, EA n°4633, 4 rue du Maréchal Joffre, CS 61752, 33075 Bordeaux Cedex]



# REMERCIEMENTS

Le travail de thèse, comme un marathon, nous demande notamment de la persévérance et de la patience. Il est difficile d'arriver au point final sans un entraînement régulier et continu. Malgré les difficultés, je compte sur une seule chose : oubliant ce qui est en arrière et tendant vers ce qui est en avant, je cours vers le but. Je remercie Celui qui me donne l'espérance dans la détresse et qui m'accorde l'inspiration chaque matin.

J'adresse des remerciements particulièrement chaleureux à Monsieur Saint-Pau, qui m'a accompagné, m'a encouragé et m'a toujours si bien conseillé, à Murièle et Quentin, qui m'ont aidé à relire avec beaucoup de minutie le manuscrit, à mes parents, qui m'ont toujours soutenu, à mes chers amis, qui ont été à mes côtés pendant toutes ces années.



# LISTE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

<b>AJ Pénal</b>	Actualité juridique pénal
<b>APN</b>	Assemblée Populaire Nationale (Chine)
<b>Art.</b>	Article
<b>Bull. crim.</b>	Bulletin des arrêts de la chambre criminelle de la Cour de cassation
<b>CAE</b>	Conseil des Affaires de l'État (Chine)
<b>CAPJ</b>	Comité des affaires politiques et judiciaires (Chine)
<b>Cass. ch. Réunies</b>	Chambres réunies de la Cour de cassation
<b>CCID</b>	Comité central pour l'inspection disciplinaire (Chine)
<b>CEDH</b>	Cour européenne des droits de l'homme
<b>CESDH</b>	Cour européenne des droits de l'homme
<b>Cf.</b>	Confer
<b>CIC</b>	Code d'instruction criminelle de 1808
<b>Cons. const.</b>	Conseil constitutionnel
<b>Conv. EDH</b>	Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales
<b>CPP</b>	Code de procédure pénale
<b>CSM</b>	Conseil supérieur de la magistrature
<b>D.</b>	Recueil Dalloz
<b>Dr. pénal</b>	Droit pénal
<b>FNAEG</b>	Fichier National Automatisé des Empreintes Génétiques
<b>Gaz. Pal.</b>	Gazette du Palais
<b>Ibid.</b>	<i>Ibidem</i> (au même endroit)
<b>Infra</b>	Ci-dessous
<b>JCP G</b>	Semaine juridique – Juris-Classeur Périodique, édition générale
<b>LGDJ</b>	Librairie générale de droit et de jurisprudence
<b>Loc. cit.</b>	<i>Loco citato</i> (à l'endroit cité précédemment)
<b>LPP</b>	Loi de procédure pénale (Chine)
<b>Not.</b>	Notamment
<b>Obs.</b>	Observations
<b>OPJ</b>	Officier de police judiciaire
<b>PCC</b>	Parti communiste chinois
<b>PIDP</b>	Pacte internationale relatif aux droits civils et politiques
<b>Préc.</b>	Référence précitée
<b>PUAM</b>	Presses universitaires d'Aix-Marseille
<b>PUF</b>	Presses universitaires de France

<b>Rev. pénit.</b>	Revue pénitentiaire et de droit pénal
<b>RIDP</b>	Revue internationale de droit pénal
<b>RPC</b>	République populaire de Chine
<b>RPDP</b>	Revue pénitentiaire et de droit pénal
<b>RSC</b>	Revue de science criminelle et de droit pénal comparé
<b>S.</b>	Suivants
<b>Somm.</b>	Sommaire
<b>Spéc.</b>	Spécialement
<b>Supra</b>	Ci-dessus
<b>Trib. corr.</b>	Tribunal correctionnel
<b>UE</b>	Union Européenne
<b>URSS</b>	Union des républiques socialistes soviétiques
<b>V.</b>	Voyez

# SOMMAIRE

## INTRODUCTION

### PREMIÈRE PARTIE.

#### L'ENCADREMENT DE LA LIBERTÉ DE LA PREUVE AU COURS DU RECUEIL DES PREUVES EN FRANCE ET EN CHINE

##### Titre I. Les réformes concernées

###### Chapiter I. L'encadrement de la liberté de la preuve sous l'influence de deux principes en France

Section I. Le principe de la légalité de la preuve

Section II. Le principe de la loyauté de la preuve

###### Chapiter II. L'encadrement de la liberté de la preuve à travers le règle d'exclusion de la preuve illégale en Chine

Section I. L'introduction de la règle d'exclusion de la preuve illégale dans la Loi de Procédure Pénale

Section II. Les règles concernant le recueil des preuves

##### Titre II. Les analyses comparées

###### Chapiter I. Les dissemblances

Section I. Les dissemblances dans la perspective d'ensemble

Section II. Les dissemblances dans les détails

###### Chapiter II. Les ressemblances

Section I. La recherche d'un équilibre procédural

Section II. La faiblesse du contrôle des actes des enquêteurs

### SECONDE PARTIE.

#### L'ENCADREMENT DE LA LIBERTÉ DE LA PREUVE LORS DE L'APPRÉCIATION DE L'ADMISSIBILITÉ DE LA PREUVE EN FRANCE ET EN CHINE

##### Titre I. La sanction procédurale

###### Chapiter I. L'exclusion des preuves à l'aide de la nullité de l'enquête et de l'instruction en France

Section I. L'évolution concernant les cas de nullités de l'enquête et de l'instruction

Section II. L'évolution concernant la mise en œuvre des nullités de l'enquête et de l'instruction

###### Chapiter II. L'exclusion des preuves à travers la règle d'exclusion de la preuve illégale en Chine

Section I. Les cas d'exclusion des preuves

Section II. La mise en œuvre de l'exclusion des preuves

**Titre II. Les analyses comparées**

**Chapiter I. Un regard macroscopique**

Section I. L'histoire du régime

Section II. L'objectif du régime

**Chapiter II. Un regard microscopique**

Section I. Délais d'exercice du droit de requête et organes compétents

Section II. Étendue de la sanction et sort des actes concernés

**CONCLUSION GÉNÉRALE**

# INTRODUCTION

**1. Grandes phases de l'évolution d'ensemble de la preuve.** La preuve joue toujours un rôle très important en procédure pénale. En effet, « *pas de preuve, pas d'imputabilité et pas d'application d'une sanction* »<sup>1</sup>. L'étude historique de la preuve montre que l'on peut délimiter de grandes phases dans l'évolution historique d'ensemble de la preuve. Doyen Bouzat différencie quatre phases<sup>2</sup> : la phase religieuse dans laquelle l'on pratique la preuve par ordalie, par serment, ou par « jugement de Dieu » ; la phase légale dans laquelle l'on établit une hiérarchie des preuves ; la phase sentimentale dans laquelle l'on voit l'intime conviction du juge ou du jury ; la phase scientifique où la Science a pris le relais des méthodes pratiquées d'une manière empirique dans le passé. Il semble que ces quatre phases sont apparues successivement, ainsi, le critère de cette classification est basé sur la périodisation de l'histoire.

Néanmoins, M. le Professeur Lévy n'est pas d'accord avec ce critère. Il a souligné que « *délimiter de grandes phases, nettement différenciées, dans l'évolution d'ensemble de la preuve, est une entreprise qui ne manque pas de témérité. Il s'est produit à plusieurs reprises des reculs, suivis de renaissances : par exemple les ordalies, disparues du Monde romain, revivent aussitôt après les invasions ; les preuves romaines, écartées pendant quelques siècles, triomphent de nouveau ensuite. Il faut d'autre part tenir compte de multiples coexistences, non seulement dans l'espace, entre peuples situés à des niveaux de civilisation différents, mais à l'intérieur d'un même système juridique. Plus facilement que les grandes étapes de l'histoire – dont on tentera tout de même de proposer un aperçu en terminant – on peut esquisser ses grands courants, qui souvent interfèrent entre eux.* »<sup>3</sup>. En d'autres termes, les grandes phases de l'évolution historique de la preuve ne peuvent pas être absolument différenciées selon le critère de périodisation de l'histoire. Ainsi, il a choisi un autre critère : « les moyens de preuve ». Selon lui, compte tenu de ce critère, trois grands systèmes de preuve semblent avoir existé, successivement ou simultanément. Le premier est le régime de la preuve primitive et religieuse. Le trait essentiel de ce système consiste dans la nature irrationnelle des moyens employés, qui sont tous, directement ou indirectement, des recours aux puissances divines, devant lesquelles abdique la raison humaine. L'ordalie - au sens le plus large, englobant le duel judiciaire - et le serment sont des preuves primitives et religieuses. À l'opposé de ces procédés se situe l'ensemble des moyens rationnels mis en œuvre pour la découverte de la vérité. Il y a donc le régime rationnel de preuve légale. Sa caractéristique est de faire l'objet de bon nombre de règles qui limitent l'admission des preuves, obligent à les présenter selon des procédures, en imposent ou en écartent l'autorité. Le régime de la preuve libre se

---

<sup>1</sup> P. Bouzat, « La loyauté dans la recherche des preuves », in *Mélanges L. Huqueney*, Sivey, 1964, p.155.

<sup>2</sup> P. Bouzat, « La loyauté dans la recherche des preuves », préc., p.157.

<sup>3</sup> Jean-Philippe Lévy, « L'évolution de la preuve des origines à nos jours », *Travaux de la société Jean Bodin*, 1963-1965, p. 9.

distingue souvent de celui de la preuve légale en ce qu'il ne met pas un accent exclusif sur le raisonnement, mais procéderait plutôt par intuition.

Malgré des critères de regroupement différents, les deux auteurs s'accordent pour dénommer de la même façon les trois grands systèmes de la preuve<sup>4</sup> : le système de la preuve religieuse, le système de la preuve légale et le système de la preuve libre. À la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle, par réaction contre les abus du système des preuves légales et à la suite de retentissantes campagnes contre les scandaleuses erreurs judiciaires auxquelles il avait paru conduire<sup>5</sup>, la Révolution française imita le jury britannique et posa avec force le principe de l'intime conviction. On considère donc habituellement la Révolution comme le début du système de la preuve libre. Cependant, la première apparition de ce dernier dans l'histoire se constate à Rome vers l'époque de Cicéron<sup>6</sup>. Il domine durant les siècles du Droit classique. Par contre, la Révolution française permet de répandre le système de la preuve libre plus ou moins vite en Europe<sup>7</sup>, et au-delà au cours du XIX<sup>e</sup> siècle<sup>8</sup>. Le système de la preuve libre est accepté par presque tous les pays ayant la tradition des droits romano-germaniques.

**2. Acception du système de la preuve libre en droit chinois.** Pour décrire le processus d'introduction du système de la preuve libre en droit chinois, il convient tout d'abord de rappeler l'histoire de l'expansion européenne de 1850 à 1914 en Extrême-Orient. À partir de 1850 environ, l'expansion européenne et américaine, conséquence de la Révolution économique, atteignait la Chine et le Japon. Depuis 1868, tout en sauvegardant jalousement sa personnalité, le Japon se met à l'école de l'Europe et, sous l'impulsion de l'Empereur Meiji, il en adopte les institutions politiques, administratives, économiques et militaires<sup>9</sup>. Le gouvernement japonais fit venir d'Europe des officiers, des ingénieurs, des juristes, des professeurs et envoya des étudiants aux États-Unis et en Europe ; il rédigea un ensemble de codes, inspirés des codes français et allemands ; la torture fut abolie<sup>10</sup>. À l'époque, le système de la preuve libre fut introduit dans le droit japonais. Quarante ans (1868-1905) après, le Japon devint une grande Puissance mondiale, triompha non seulement de la Chine mais même également de la Russie et se posa déjà en rival des États-Unis pour la domination dans l'océan Pacifique. En Chine, au contraire, l'impératrice Cixi fait échec à tout mouvement de réforme. Trop faible pour repousser les étrangers, l'Empire chinois sera contraint de se laisser démembrer et d'accepter leur tutelle économique

---

<sup>4</sup> S'agissant de preuve scientifique, M. le Professeur Jean-Philippe Lévy estime qu'« il serait plus juste de parler d'une troisième étape dans l'évolution de la preuve rationnelle (car la science et la raison vont de pair) : après celle de la prédominance de la preuve testimoniale au Moyen Age, puis de la preuve littérale depuis le XVI<sup>e</sup> siècle, nous atteignons celle où vont prédominer les preuves scientifiques ». Ainsi, il ne considère pas la preuve scientifique comme un système autonome. V. Jean-Philippe Lévy, « L'évolution de la preuve des origines à nos jours », préc., p. 62.

<sup>5</sup> Il s'agit surtout de l'affaire Calas, exploitée par Voltaire, v. J. Imbert (dir.), *Quelques procès criminels des XVII<sup>e</sup> et XVIII<sup>e</sup> siècles*, Trav. Et Rech. Fac. Droit et Sc. Econom. Paris, 1964, p. 139 à 163.

<sup>6</sup> Cf. Jean-Philippe Lévy, « Cicéron et la preuve judiciaire », in *Mélange Henri Lévy-Bruhl*, p. 187-197.

<sup>7</sup> En Russie, le système des preuves légales a subsisté jusqu'en 1864. V. A. Troussov, Introduction à la théorie de la preuve judiciaire (trad. Piatigorski), Moscou, 1964, p. 159.

<sup>8</sup> De 1850 à 1914, les grandes explorations européennes se multiplient. La colonisation permet les pays européens d'agrandir leur territoire, et ainsi donc d'exporter leur régime du droit. Les puissances européennes ont les pays colonisés en l'Afrique, en Amérique sud, en l'Orient.

<sup>9</sup> Jules Isaac & André Alba, *Cours d'histoire Malet-Isaac. De 1848 à 1914*, Hachette, 1961, p. 450.

<sup>10</sup> Jules Isaac & André Alba, *Cours d'histoire Malet-Isaac. De 1848 à 1914*, préc., p. 460-461.

et financière. Quand il s'écroulera en 1912, la jeune République chinoise qui prend sa place ne pourra pas mieux résister aux convoitises de l'Europe et du Japon.

Malgré l'échec du mouvement de réformes, la modernisation du droit chinois débuta au début du XX<sup>e</sup> siècle. Avant l'effondrement de la dynastie Qing, le gouvernement chinois rédigea un ensemble de codes, inspiré des codes européens. À l'époque, pour organiser les travaux de la rédaction des codes, la ministre Shen Jia Ben recruta des juristes japonais, allemands et français et des experts qui étudiaient le droit occidental et le droit chinois<sup>11</sup>. En fait, l'ensemble des codes n'a pas été appliqué à cause de la chute de l'Empire en 1911. Néanmoins, à la suite de la Révolution de 1911, la République de la Chine l'a adopté. En 1928, le Guomindang prend le pouvoir et poursuit la modernisation du droit. Il a développé une législation d'inspiration occidentale et compilé Les Six Lois (six matières couvertes par la production normative) : Constitution, droit civil, droit pénal, procédure civile, procédure pénale, droit commercial<sup>12</sup>. Ainsi, la modernisation du droit chinois est son occidentalisation. Dans ce contexte, le système de la preuve libre est naturellement introduit en droit chinois.

Après l'arrivée au pouvoir du Parti Communiste Chinois, la première chose fut d'abroger les Six Lois et d'en édicter de nouvelles. La réforme de la justice a commencé en juin 1952. À l'époque, le gouvernement voulut suivre l'exemple soviétique. Il invita les juristes et les professeurs soviétiques en Chine et envoya des étudiants en URSS. Ainsi les législateurs ont rédigé des lois, inspirées des lois soviétiques. De 1966 à 1976, la Révolution culturelle amenait l'ensemble de la Chine dans le chaos et conduisit à la paralysie du système judiciaire. Le rétablissement de ce dernier s'engagea à partir de 1978. Le gouvernement promulgua successivement une série de lois, inspirées des Six Lois rédigées par Guomindang et des lois soviétiques, sans rien abandonner des pratiques habituelles. Entrée en vigueur en 1979, la première loi de procédure pénale de la Chine était colorée par la tradition du système inquisitorial. Il y a beaucoup de termes idéologiques dans ses articles. En somme, malgré le changement de la tête du gouvernement, la Loi de Procédure Pénale chinoise est toujours inspirée du code européen. Ainsi, le système de la preuve libre demeure en procédure pénale chinoise.

**3. Notion du système de la preuve libre.** Le système de la preuve libre est renommé dans le monde entier depuis la Révolution française. C'est un système qui s'oppose à celui de la preuve légale, l'un des symboles de l'Ancien régime. Mais quelle est la notion du système de la preuve libre ? Ce système équivaut-il à l'intime conviction ? Il est certain que l'intime conviction est un élément essentiel du système de la preuve libre. C'est la raison pour laquelle de nombreux auteurs distinguent nettement le régime de l'intime conviction du système de la preuve libre<sup>13</sup>. Cependant, la notion du système de la preuve libre est plus large que celle de l'intime conviction.

---

<sup>11</sup> Feng Lin (冯琳), « Rédaction des lois à la fin de l'Empire de Qing : le premier pas de la modernisation du droit chinois » ( “清末修律——中国法律现代化的第一步” ), in *Forum des jeunes chercheurs dans l'Institut d'Étude de l'histoire contemporaine de la Chine, l'Académie chinoise des sciences sociales* ( 《中国社会科学院近代史研究所青年学术论坛》 ), volume 2003, p. 77 à 104.

<sup>12</sup> Ji Po min (纪坡民), « Abrogation des Six Lois » ( “六法全书废除前后” ), in Nan Fang Zhou Mo ( 《南方周末》 ), le 20 mars 2003.

<sup>13</sup> Par exemple, lorsque M. le Professeur Lévy synthétisait l'évolution historique de la preuve, il utilisait « La preuve libre, l'intime conviction » comme le titre de la deuxième section. V. Jean-Philippe Lévy, « L'évolution de la preuve des origines à nos jours », préc., p. 29.

D'un côté, en théorie, le système de la preuve comprend au moins trois éléments : la recherche des preuves, la production des preuves, l'appréciation des preuves<sup>14</sup>. L'intime conviction concerne exclusivement l'appréciation des preuves. D'un autre côté, l'intime conviction, admise dès 1791<sup>15</sup>, trouva sa plus belle expression dans l'avertissement qui devait être lu aux jurés entrant dans leur salle de délibération<sup>16</sup>. C'est essentiellement à la Cour d'assises qu'elle s'applique. En matière correctionnelle, elle est encore reconnue mais avec plus de nuances dans la mise en œuvre. Ainsi donc, on peut constater que l'intime conviction est l'un des éléments du régime de la preuve libre en France. Alors, s'agissant des deux autres éléments, comment fonctionnent-ils en procédure pénale française ? Selon l'article 427 du Code de procédure pénale, « *Hors les cas où la loi en dispose autrement, les infractions peuvent être établies par tout mode de preuve et le juge décide d'après son intime conviction* ». Cette disposition manifeste le principe de liberté de la preuve et de l'intime conviction. En d'autres termes, en droit pénal, toutes les preuves sont en principe admissibles et toutes ont en principe la même valeur, que ce soit une preuve testimoniale, des aveux de l'accusé, des documents ou de simples présomptions et quelle que soit la nature de l'infraction. Les restrictions du principe de liberté de la preuve sont exceptionnelles et leur régime particulier s'explique par des raisons propres au droit pénal<sup>17</sup>.

**4. Malentendu concernant le système de la preuve libre.** Comme on l'a indiqué ci-dessus, le système de la preuve libre était répandu en Europe continentale, en Afrique, au Proche-Orient et en l'Extrême-Orient. Comment les pays concernés comprennent le système de la preuve libre ? En effet, il n'est pas surprenant qu'ils remplacèrent le système de la preuve libre par l'intime conviction. Les raisons sont simples. D'une part, l'intime conviction, l'un des nouveaux symboles de la Révolution française, était reconnue dans le monde entier au XIX<sup>e</sup> siècle. D'autre part, les juristes français à l'époque n'ont pas différencié l'intime conviction et la liberté de la preuve. Lorsque les autres pays ont hérité du système de la preuve libre, ce dernier a été considéré comme l'intime conviction. À titre d'exemple, l'intime conviction est traduite en chinois « 自由心証, *zi you xin zheng* ». Cette expression est progressivement devenue une formule permettant de dénommer le régime de la preuve libre dans le système du droit romano-germanique. Dès l'origine, la traduction

---

<sup>14</sup> Serge Guinchard, Jacques Buisson, *Procédure pénale*, 12<sup>e</sup> éd., LexisNexis, 2019, n° 491 à 651.

<sup>15</sup> Loi des 16-29 septembre 1791, titre VI, art. 24 : les jurés prêtent serment de « se décider d'après les charges et moyens de défense, et suivant leur conscience et leur intime conviction ».

<sup>16</sup> L'avertissement était aussi affiché dans cette salle. Il était ainsi conçu : « La loi ne leur demande pas compte des moyens par lesquels ils se sont convaincus ; elle ne leur prescrit point de règles desquelles ils doivent faire particulièrement dépendre la plénitude et la suffisance d'une preuve : elle leur prescrit de s'interroger eux-mêmes dans le silence et le recueillement, et de chercher, dans la sincérité de leur conscience, quelle impression ont faite sur leur raison les preuves rapportées contre l'accusé, et les moyens de sa défense. La loi ne leur dit point : *Vous tiendrez pour vrai tout fait attesté par tel ou tel nombre de témoins*. Elle ne leur dit pas non plus : *Vous ne regarderez pas comme suffisamment établie toute preuve qui ne sera pas formée de tel procès-verbal, de telles pièces, de tant de témoins ou de tant d'indices*. Elle ne leur fait que cette seule question qui renferme toute la mesure de leurs devoirs : *Avez-vous une intime conviction ?* ». Ce texte apparaît dans l'article 372 du Code des délits et des peines du 3 brumaire an IV. Il sera par la suite inséré dans le Code d'Instruction criminelle de 1808, art. 342. Un peu raccourci, il figure dans le Code de procédure pénale de 1958, art. 353.

<sup>17</sup> Jean Pararin, « Le particularisme de la théorie des preuves en droit pénal », in *Quelques aspects de l'autonomie du droit pénal, Étude de droit criminel* (sous la direction et avec une préface de G. Stefani), Dalloz, 1956, p. 47.

est apparue dans les documentations japonaises. Le traducteur japonais écrit clairement que « 自由心証, *zi you xin zheng* » signifie l'appréciation libre des preuves<sup>18</sup>. Lorsque les juristes chinois rédigeront l'ensemble des codes, inspirés des codes européens, au début du XX<sup>e</sup> siècle, ils trouveront qu'en langue chinoise, il manquait des expressions désignant les terminologies juridiques dans les codes européens. Afin de combler cette lacune, ils empruntent les traductions japonaises. Désormais, « 自由心証, *zi you xin zheng* » en chinois désigne le régime de l'intime conviction dans le système du droit romano-germanique<sup>19</sup>.

En fait, le mot « conviction » (心証, *xin zheng*) était une parole bouddhiste en langue chinoise ancienne<sup>20</sup>. Signifiant un état arbitraire de l'esprit du croyant, elle n'avait aucun rapport avec les lois. En ajoutant un autre mot chinois « 自由, *zi you* » (c'est-à-dire, « libre » en français), les juristes japonais du XIX<sup>e</sup> siècle l'ont utilisé pour traduire « l'intime conviction ». Cette traduction a été empruntée par les juristes chinois du début de XX<sup>e</sup> siècle. Aujourd'hui, en Chine, lorsque l'on parle du régime de preuve pénale dans le système du droit romano-germanique, l'intime conviction sont les premiers mots auxquels nous pensons. Néanmoins, cette traduction permet de renforcer notre impression que les juges décident arbitrairement de leurs jugements, sans aucune restrictions.

En bref, à cause de l'art de la traduction, et aussi de l'imprécision de la notion du système de la preuve libre, il existe un malentendu sur le système de la preuve libre chez les juristes chinois.

**5. Conséquence du malentendu.** Dans la théorie de la preuve pénale en France, le principe de « liberté » joue un rôle dominant, mais il ne faut pas négliger ses restrictions. La liberté est toujours plus attirante que ses restrictions pour les juristes chinois. Néanmoins, la pratique judiciaire permet de rendre compte de restrictions de la liberté. C'est-à-dire que l'on a besoin de règles pour encadrer les questions de la preuve pénale. Depuis les années 90, l'influence de la *Common law* est de plus en plus importante en droit chinois. La procédure pénale est une branche du droit fortement influencée par la *Common law*. La théorie des preuves pénales dans le système du droit anglo-saxon est reconnue par les règles d'exclusion des preuves (*exclusionary rules*). Ces dernières attirent très vite l'attention des juristes chinois, car d'une part, on en a besoin dans la pratique judiciaire, et d'autre part, on a mal compris le système de la preuve libre dans le système du droit romano-germanique.

Depuis 2010, le régime du droit de la preuve dans la *Common law* commence à influencer le droit positif de la Chine. En 2010, les organes judiciaires ont édicté deux règlements sur l'exclusion des preuves illégales dans les affaires pénales. C'est la première étape de l'introduction du régime de la preuve pénale de la *Common law* dans le droit chinois. En 2012, les règles d'exclusion des preuves illégales sont insérées dans la Loi de Procédure Pénale. Néanmoins, l'effet de l'application de ce nouveau régime n'est pas bon. Cet écart entre la théorie et la pratique permet d'examiner le

<sup>18</sup> Ces mots sont apparus dans un premier temps dans les livres sur la procédure civile japonaise.

<sup>19</sup> Li Xue Deng, un juriste célèbre tawanaï, a systématiquement étudié l'origine des termes « 自由心証, *zi you xin zheng* ». V. Li Xue Deng (李学灯), *Étude comparée sur le droit de la preuve* (《证据法比较研究》), Presse de Wu Nan Tu Shu (五南图书出版公司), 1992, p.710 à 712.

<sup>20</sup> Li Xue Deng (李学灯), *Étude comparée sur le droit de la preuve* (《证据法比较研究》), préc., p. 713.

régime lui-même et d'en rechercher les causes. De nombreux juristes chinois ont mené des enquêtes et trouvé de nombreux problèmes dans l'application des règles d'exclusion des preuves illégales. Cependant, pour les résoudre, il est nécessaire d'approfondir l'étude sur leurs raisons. L'une des raisons les plus évidentes est la différence de la structure de procédure pénale entre le droit chinois et la *Common law*. Ainsi, apparaissent de nombreuses critiques envers les études du droit comparé. Cela suscite les réflexions des comparatistes.

**6. Problématique.** Dans les trois dernières décennies, les comparatistes chinois ont préféré étudier la procédure pénale de la *Common law*. Il y a très peu d'études sur la procédure pénale du droit romano-germanique. Mais le droit chinois moderne représente une partie du système juridique de tradition civiliste. Pour améliorer la procédure pénale chinoise, il convient d'approfondir les études sur le droit européen. S'agissant du système de la preuve pénale, on sait que le principe est la liberté de la preuve et l'intime conviction en Europe continentale. Mais, dans tous les pays, il est nécessaire d'avoir certaines mesures pour encadrer la recherche et l'administration des preuves. Ainsi, on peut se demander comment la liberté de la preuve est encadrée en droit pénal européen ? La France et l'Allemagne sont les deux pays représentants du système du droit romano-germanique. Dans les années 90, les auteurs taiwanais ont commencé à étudier la théorie et le régime de la preuve pénale en droit en Allemagne<sup>21</sup>. Dans la dernière décennie, la théorie de *beweisverbote* a été étudiée par les juristes chinois<sup>22</sup>. Mais du côté de la France, en Chine, il n'existe pas encore d'études systématiques sur l'encadrement de la liberté de la preuve dans la procédure pénale française. C'est la raison pour laquelle nous choisissons ce sujet de thèse.

Par essence, l'encadrement de la liberté de la preuve concerne l'inadmissibilité des preuves, un sujet se distinguant de la force probante des preuves. Ce sujet était très débattu dans tous les pays modernes, malgré des terminologies différentes. La tradition doctrinale oppose le système inquisitoire et le système accusatoire comme deux modèles possibles d'organisation du procès<sup>23</sup>. En matière pénale, la procédure française est traditionnellement très inquisitoriale, marquée par l'institution de la garde à vue et par le rôle du juge d'instruction. Dans le système inquisitoire, les cas de l'annulation des preuves sont exceptionnels. À l'inverse, la procédure pénale aux États-Unis est traditionnellement très accusatoire, marquée par la confrontation entre les parties et l'inactivité du juge au procès. Les règles d'exclusions des preuves illégales sont très nombreuses dans le système accusatoire. Néanmoins, une procédure purement accusatoire ou inquisitoire est déséquilibrée, privilégiant à l'excès tantôt les droits de la défense, tantôt les intérêts de la société. La tentative de les concilier donne

---

<sup>21</sup> Lin Yu xiong (林钰雄), *Atteinte au corps du suspect et la preuve pénale* (《干预处分与刑事证据》), Presse de l'Université de Pékin (北京大学出版社), 2010, p.169-227.

<sup>22</sup> Li Qian (李倩), « Étude sur la théorie de *beweisverbote* » ( “德国刑事证据禁止理论问题研究” ), in *Droit chinois et étranger* (《中外法学》), 2008, n° 1; Li Qian (李倩), « Étude sur les catégories de *Beweisverbote* dans la procédure pénale allemande » ( “德国刑事诉讼法证据禁止制度类型分析” ), in *Revue des sciences criminelles de la Chine* (《中国刑事法杂志》), 2010, n° 1.

<sup>23</sup> La distinction entre le système inquisitoire et le système accusatoire apparaît dans un premier temps dans l'œuvre de M. le Professeur Esmein. V. Esmein A., *Histoire de la procédure criminelle en France* (et Spécialement de la procédure inquisitoire depuis le XIII siècle jusqu'à nos jours), Paris, 1882, rééd. Verlag Sauer et Auvermann KG, 1969.

lieu à des systèmes mixtes<sup>24</sup>. Ils se caractérisent par la division de la procédure en plusieurs étapes qui appliquent alternativement les principes de chacun des systèmes, une phase de mise en état plutôt inquisitoire préparant la phase de jugement plutôt accusatoire. La plupart des procédures empruntent à cette philosophie, notamment celles appliquées en France et en Chine. Ce point commun nous permet de procéder à une étude comparée de l'encadrement de la liberté de la preuve dans les deux pays.

En outre, pays typique de la tradition du système accusatoire, les États-Unis ont commencé à réduire la rigidité des règles d'exclusions des preuves illégales. De nombreuses exceptions à l'exclusion des preuves illégales apparaissent dans les affaires. À titre d'exemple, dans les trois grands arrêts (*Hudson v. United States 1997*<sup>25</sup>, *Herring v. United States 2009*<sup>26</sup>, *Davis v. United States 2011*<sup>27</sup>), la majorité des juges de la Cour suprême de la fédération des États-Unis précise que la règle de l'exclusion des preuves irrégulières est seulement une règle de recours, n'ayant pas de fondement constitutionnel, qui peut donc être uniquement appliquée comme un moyen ultime dans le cas où l'enquêteur abuse de son autorité. Selon ce motif de jugement, les preuves ne sont exclues que dans des cas exceptionnels. Ainsi, on constate que la manifestation de la vérité est également un intérêt très important dans la justice pénale des États-Unis, malgré l'accentuation de l'équité procédurale. Notamment, de nombreuses erreurs judiciaires dénoncées aux États-Unis depuis le XXI<sup>e</sup> siècle permettent de démontrer les défauts du système de la justice pénale américaine<sup>28</sup>. Les citoyens américains ne se contentent plus de la conception procédurale de la justice. Ils demandent également la conception substantielle de la justice, c'est-à-dire « la manifestation de la vérité ». Alors notre problématique est la suivante : du fait que « la manifestation de la vérité » est un intérêt supérieur de la justice pénale pour tous les pays, peu importe qu'ils aient une tradition de système inquisitorial ou accusatoire, comment peut-on améliorer notre propre système de la preuve afin de parvenir à la manifestation de la vérité ?

**7. Hypothèse de deux modèles.** En ce qui concerne l'évolution de l'admissibilité des preuves, nous proposons ici l'hypothèse de deux modèles (v. tableau 0.1). Tout d'abord, nous supposons qu'il existe un système purement inquisitorial ou accusatoire. Dans le système purement inquisitorial, la liberté de la preuve est absolue, c'est-à-dire que le juge n'exclut aucune preuve du dossier. Nous définissons cette situation comme le conservatisme absolu (le point A). Le point E désigne la situation diamétralement opposée. Plus précisément, ayant une position radicale, le juge exclut toutes les preuves illégales. Comme nous l'avons indiqué au-dessus, la procédure pénale dans la plupart des pays étant transformée en modèle mixte, le régime de l'admissibilité des

---

<sup>24</sup> Concernant la convergence des deux systèmes, M. le Professeur Damaska a écrit que « dans ces dernières années, la frontière entre les deux systèmes est de plus en plus vague en procédure pénale ... » V. Mirjan R. Damaska, « Of hearsay and its analogues », in *76 Minnesota L. Rev.*, 1992, p. 425-458, traduit par Wu Hong yao (吴宏耀), Wei Xiao na (魏晓娜), *La preuve : une étude comparée* (《比较法视野中的证据制度》), Presse de l'Université de Ren Min Gong An (中国人民公安大学出版社), 2006, p. 249 à 285.

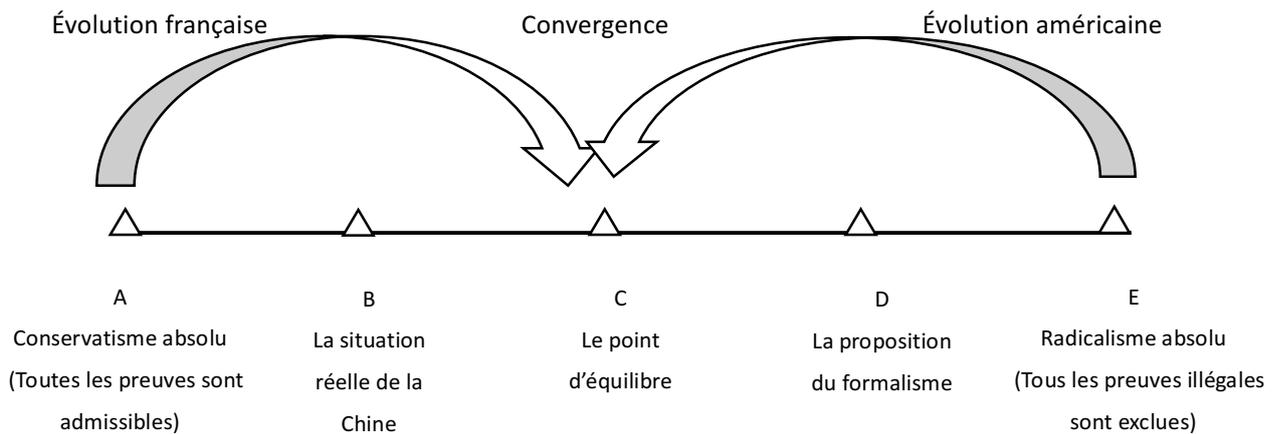
<sup>25</sup> *Hudson v. United States*, 118 S. Ct. 488 (1997).

<sup>26</sup> *Herring v. United States*, 555 U.S. 135 (2009).

<sup>27</sup> *Davis v. United States*, 564 U.S. 229 (2011).

<sup>28</sup> Brandon L. Garrett, *Convicting the innocent : where criminal prosecutions go wrong*, Harvard University Press, 2012.

preuves varie naturellement dans ce contexte. Malgré la convergence entre le système du droit romano-germanique et celui de la *common law*, leurs chemins sont différents. Ainsi, nous distinguons le modèle de l'évolution française de l'américain. Dans le modèle de l'évolution française, les juristes s'efforcent d'encadrer la liberté de la preuve afin d'encourager les juges à exclure les preuves illégales. Dans le modèle de l'évolution américaine, au contraire, les juristes essaient de diminuer les cas d'exclusion des preuves illégales. Malgré des manières différentes, leur but est le même : parvenir au point d'équilibre.



**Tableau 0.1 : Hypothèse de deux modèles sur l'évolution de l'admissibilité des preuves**

Néanmoins, il est difficile d'arriver au point d'équilibre pour chaque pays. Mais on peut s'en approcher. Comme le droit de la preuve des États-Unis est très populaire en doctrine chinoise, les pénalistes chinois espèrent que la Chine aille jusqu'au point D. Cependant, cette espérance n'est pas raisonnable, car même les États-Unis ne s'acheminent que vers le point C. Ainsi, arriver à proximité du point d'équilibre doit être le but de la réforme sur l'admissibilité des preuves de la Chine. Nous supposons que la situation réelle de la Chine se situe au point B. Alors ce sur quoi les réformateurs chinois doivent travailler est de faire parvenir la Chine à proximité du point C. En ce sens, par rapport aux expériences américaines, les expériences françaises méritent d'être d'avantage étudiées et d'inspirer les juristes chinois. En fait, pour tous les pays qui ont la tradition du droit romano-germanique et appliquent actuellement la procédure pénale mixte et qui veulent améliorer leur système de la preuve pénale, il est nécessaire de s'inspirer ou tirer les leçons des expériences françaises sur l'évolution de l'admissibilité des preuves.

**8. Statu quo de l'étude.** En France, les études sur la théorie générale du droit de la preuve ne sont pas nombreuses. Au XIX<sup>e</sup> siècle, l'œuvre de Bentham intitulée le « *Traité des preuves judiciaire* » était traduit en français<sup>29</sup>. Bentham avait essayé de construire une théorie générale de la preuve. Aussi, il s'était livré aux applications du

<sup>29</sup> J. Bentham, *Traité des preuves judiciaires*, t. I, Bossange Frères, Paris, 1823.

régime de la preuve. Cependant, il s'agit d'une œuvre inachevée. Selon le traducteur Étienne Dumont, « après avoir accumulé une prodigieuse quantité de matériaux, il n'a pas eu le courage d'aller plus loin : son abondance lui a fait peur ; le vaisseau trop chargé n'a pu mettre à la voile »<sup>30</sup>. La complexité du droit de la preuve avait découragé Bentham, et peut-être aussi la plupart des juristes français à l'époque sauf M. le Professeur Bonnier<sup>31</sup>. Au XX<sup>e</sup> siècle, certains juristes français avaient continué à étudier de façon générale le droit de la preuve<sup>32</sup>. Depuis le XXI<sup>e</sup> siècle, les études sur la preuve pénale s'enrichissent en France<sup>33</sup>. Traditionnellement, le sujet de la preuve pénale est inclus dans la procédure pénale<sup>34</sup>. Dans la dernière décennie, certains auteurs ont essayé de renouveler la théorie de la preuve en droit privé<sup>35</sup> et de renforcer le statut autonome du droit de la preuve<sup>36</sup>.

S'agissant de l'encadrement de la liberté de la preuve, de nombreux juristes français s'intéressent à ce sujet depuis le XX<sup>e</sup> siècle. Nous allons différencier ces études en trois groupes. Le premier regroupe consiste en les études jurisprudentielles sur la légalité et la loyauté de la preuve<sup>37</sup>. Les études doctrinales et systématiques sur cette dernière sont réunies dans le deuxième groupe<sup>38</sup>. Et le dernier groupe comprend les études comparées sur la légalité ou la loyauté de la preuve en matière pénale<sup>39</sup>. Toutes

<sup>30</sup> *Ibid.*

<sup>31</sup> E. Bonnier, *Traité théorique et pratique des preuves en droit civil et en droit criminel*, 5<sup>ème</sup> éd., Paris 1888.

<sup>32</sup> Ex : R. Legeais, *Les règles de preuve en droit civil, permanence et transformation*, LGDJ, 1955 ; X. Lagarde, *Réflexion critique sur le droit de la preuve*, LGDJ, 1994.

<sup>33</sup> Ex : Aurélie Bergeaud-Wetterwald, et Jean-Christophe Saint-Pau, *La preuve pénale : Problèmes contemporains en droit comparé*, Editions L'Harmattan, 2013 ; Aurélie Bergeaud, *Le droit à la preuve*, LGDJ, 2010 ; Dimitrios Giannouloupoulos, *L'exclusion de preuves pénales déloyales : une étude comparée des droits américain, anglais, français et hellénique*, Paris I, 2009 ; M.-E. Boursier, *Le principe de loyauté en droit processuel*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, préf. S. Guinchard, vol. 23, 2003 ; Emmanuel Molina, *La liberté de la preuve des infractions en droit français contemporain*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2001.

<sup>34</sup> V. les manuels de procédure pénale, ex : J. Pradel, *Procédure pénale*, Cujas, 2015 ; Desportes, Frédéric, *Traité de procédure pénale*, Economica, 2015 ; C. Ambroise-Castérot, *Procédure pénale*, Presses Universitaires de France, 2018 ; S. Guinchard, *Procédure pénale*, LexisNexis, 2019.

<sup>35</sup> E. Vergès, « Eléments pour un renouvellement de la théorie de la preuve en droit privé », in *Mélanges J.-H. Robert*, Lexisnexis 2012, p. 853.

<sup>36</sup> E. Vergès, G. Vial, O. Leclerc, *Droit de la preuve*, PUF, 2015.

<sup>37</sup> Aurélie Bergeaud-Wetterwald, « Du bon usage du principe de loyauté des preuves ? », *Droit pénal*, n° 4, Avril 2014, étude 7 ; A. Gallois, « Loyauté des preuves pénales : la Cour de cassation est-elle allée trop loin ? », *JCP G* 2014, 272 ; Stéphane Detraz, « Sonorisation d'une cellule de garde à vue : un stratagème qui vicie la recherche de la preuve », *Recueil Dalloz* 2014 p. 264 ; Philippe Conte, « La loyauté de la preuve dans la jurisprudence de la chambre criminelle de la Cour de cassation : vers la solution de la quadrature du cercle ? », *Dr. pén.* 2009, études 8.

<sup>38</sup> J. R. Spencer, « Les limites en matière de preuve : aspects actuels », *RSC* 1992, p. 42 ; Emmanuel Molina, « Réflexion critique sur l'évolution paradoxale de la liberté de la preuve des infractions en droit français contemporain », *RSC* 2002, p. 263 ; H. Leclerc, « Les limites de la liberté de la preuve. Aspects actuels en France », *RSC* 1992, p. 15 et s ; G. Danjaume, « Le principe de la liberté de la preuve en procédure pénale », *D* 1996, p.153 et s ; J. Gauthier, « Quelques remarques sur la liberté de la preuve et ses limites », *Rev. pén. suisse* 1990, n°2, p. 184 et s ; Ph. Bonfils et J. Lasserre-Capdeville, « Tentative de clarification de la loyauté de la preuve en matière pénale », in *La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale*, sous la direction de V. Malabat, B. de Lamy, et M. Giacomelli, *Opinio Doctorum*, Dalloz, 2009, p. 247 et s ; Y. Strickler, « La loyauté processuelle, in Principes de justice », *Mélanges en l'honneur de Jean-François Burgelin*, Dalloz, 2008, p. 355 ; B. de Lamy, « La loyauté, un principe perturbateur des procédures ? », *JCP G* 2011, 988 ; Etienne Vergès, « Loyauté et licéité, deux apports majeurs à la théorie de la preuve pénale », *Recueil Dalloz* 2014, p. 407 ; B de Lamy, « De la loyauté en procédure pénale. Brèves remarques sur l'application des règles de la chevalerie à la procédure pénale », *Mélanges Pradel*, Cujas 2006, p.97 ; Philippe Bonfils, « Loyauté de la preuve et droit au procès équitable », *Recueil Dalloz*, 2005, p. 122 ; Emmanuel Molina, *La liberté de la preuve des infractions en droit français contemporain*, préc. ; M.-E. Boursier, *Le principe de loyauté en droit processuel*, préc.

<sup>39</sup> Dimitrios Giannouloupoulos, *L'exclusion de preuves pénales déloyales : une étude comparée des droits*

ces études visent à renforcer la valeur de l'encadrement de la liberté de la preuve. En fait, grâce au développement de la jurisprudence et des droits de la défense, le principe de la légalité et de la loyauté de la preuve pénale est débattu en doctrine et en pratique.

Néanmoins, l'encadrement de la liberté de la preuve est un sujet plus large que la légalité et la loyauté de la preuve. Cette dernière existe dans la phase du recueil des preuves. Ce n'est qu'une facette de l'encadrement de la liberté de la preuve. Une autre concerne la sanction procédurale dans la phase d'appréciation de l'admissibilité de la preuve. Ainsi notre étude se consacrera à unifier les deux phases ci-dessus pour analyser dans l'ensemble l'encadrement de la liberté de la preuve dans la procédure pénale.

**9. Objet et domaine de l'étude.** Compte tenu de notre problématique initiale et du *statu quo* de l'étude précitée, notre thèse a pour objet de justifier que l'encadrement de la liberté de la preuve permet d'atteindre un point d'équilibre dans la procédure pénale, et de parvenir à « la manifestation de la vérité », l'intérêt supérieur en matière pénale. Concernant le domaine de l'étude, nous allons nous concentrer sur la matière pénale. On sait que la Révolution française amenait de la nouveauté dans le système de la preuve pénale alors que le système de la preuve civile ou administrative restait inchangé. En d'autres termes, la particularité de la preuve en matière pénale mérite d'être étudiée spécifiquement. Par ailleurs, nous allons nous contenter d'étudier le modèle français sur l'évolution de l'admissibilité des preuves, citant la France et la Chine en exemples. Il s'agit donc d'une étude comparée entre les deux pays.

**10. Niveaux du droit pénal comparés.** En ce qui concerne la comparaison pénale, on peut diviser les différents niveaux selon leurs différentes fonctions. M. le Professeur Cadoppi proposait six niveaux de droit pénal comparé. Le premier niveau est le niveau d'information et d'explication<sup>40</sup>. On pourrait le qualifier de « journalisme juridique », étant donné que l'accent est mis sur la nouvelle plutôt que sur une recherche juridique approfondie du sujet traité. Le deuxième niveau est le niveau dogmatique-théorique et doctoral<sup>41</sup>. La troisième fonction est celle d'aide à la réforme pénale. À cette fonction correspond le troisième niveau de la comparaison pénale, le niveau politico-criminel ou réformiste<sup>42</sup>. Un tel niveau de comparaison pénale tend à correspondre à ce qui a été appelé droit pénal comparé législatif<sup>43</sup> ou, plus simplement, la législation comparée. La quatrième fonction du droit pénal comparé est destinée à une meilleure compréhension, interprétation et application du droit pénal interne. Le quatrième niveau du droit pénal comparé est donc celui de l'interprétation et de l'application<sup>44</sup>.

---

*américain, anglais, français et hellénique*, Paris 1, 2009 ; Geneviève Giudicelli-Delage, *Les transformations de l'administration de la preuve pénale : perspectives comparées. Allemagne, Belgique, Canada, Espagne, Etats-Unis, France, Italie, Portugal, Royaume-Uni*, Société de législation comparée, 2006 ; Montpellier, Équipe de recherche sur la politique criminelle, *Les transformations de l'administration de la preuve pénale : approches et perspectives comparées*, 2004.

<sup>40</sup> Alberto Cadoppi, « Les six niveaux de la comparaison pénale », in *Mélanges Pradel*, Cujas 2006, p.726.

<sup>41</sup> Alberto Cadoppi, « Les six niveaux de la comparaison pénale », préc., p.727.

<sup>42</sup> Alberto Cadoppi, « Les six niveaux de la comparaison pénale », préc., p.730.

<sup>43</sup> A. Eser, « The importance of comparative legal research for the development of criminal sciences », in *Law in Motion* (sous la dir. De R. Blanpain), The Hague, 1997, p. 502 et s.

<sup>44</sup> Alberto Cadoppi, « Les six niveaux de la comparaison pénale », préc., p.732.

En vérité, cette fonction du droit pénal comparé ne peut s'appliquer que lorsqu'il existe une « ressemblance » importante entre le droit d'un pays et celui d'un autre pays, ou même d'une institution supranationale<sup>45</sup>. Le cinquième niveau de la comparaison est le niveau harmonisateur et / ou unificateur. Par exemple, au sein de l'Union Européenne, où de nombreux projets visent à l'harmonisation de différents secteurs du droit pénal des diverses nations européennes. Naturellement ces projets sont accompagnés d'importantes études de droit pénal comparé. La sixième fonction du droit pénal comparé est destinée à la connaissance des lignes de force des différents systèmes pénaux, dans le but de mieux en comprendre les différences, souvent cachées par d'apparentes ressemblances, ou bien, au contraire, d'en révéler les ressemblances, souvent cachées par d'apparentes différences. Il s'agit du sixième niveau du droit pénal comparé, que l'on pourrait appeler droit comparé pénal. Selon le point de vue de M. le Professeur Cadoppi<sup>46</sup>, les deux premiers niveaux – le niveau informatif et le niveau dogmatique-culturel n'appartiennent pas, *stricto sensu*, dans la majeure partie des cas, au contenu du droit pénal comparé. Les troisième, quatrième et cinquième niveaux font partie du droit pénal comparé au sens strict. Quant au sixième niveau, on pourrait parler de droit comparé pénal.

Notre étude vise à atteindre le sixième niveau disant un vrai droit comparé pénal. Ce niveau du droit comparé se rapproche beaucoup de la science historique, en premier lieu parce que, si la comparaison est toujours, au sens strict, synchronique et « diatopique »<sup>47</sup>, l'histoire est toujours comparaison, mais « synthoptique »<sup>48</sup> et diachronique ; et en second lieu, parce que l'une et l'autre science ont comme objet principal l'observation de données réelles. Plus que d'interpréter des règles, ces sciences ont le devoir d'étudier des faits et des données, connaître des réalités qui, même si elles sont liées à des règles, ne sont pas constituées seulement de règles mais aussi de réelles données sociologiques. La science du droit comparé a donc des liens étroits avec la sociologie et la philosophie du droit.

**11. Méthodes de l'étude.** La question des méthodes du droit comparé est invoquée par de nombreux auteurs<sup>49</sup>. C'est un sujet très débattu durant l'évolution historique du droit comparé. L'analyse systématique et très approfondie de la méthode comparative apparaît dans un premier temps dans l'œuvre de L. J. Constantinesco.

---

<sup>45</sup> Par exemple, dans l'Italie de la Restauration, les premiers codes pénaux préunitaires devaient beaucoup au modèle du code français de 1810.

<sup>46</sup> Alberto Cadoppi, « Les six niveaux de la comparaison pénale », préc., p.738-739.

<sup>47</sup> C'est-à-dire qui prend en considération plusieurs lieux.

<sup>48</sup> C'est-à-dire qui prend en considération un seul lieu.

<sup>49</sup> Ex : au début de XX<sup>e</sup> siècle, Edouard Lambert a analysé ce sujet dans le congrès international de droit comparé. V. « Conception générale, définition, méthode et histoire du droit comparé. Le droit comparé et l'enseignement du droit », Congrès international de droit comparé, tenu à Paris du 31 juillet au 4 août 1900. Procès verbaux et documents, vol. I, Paris 1905, p. 31. Les comparatistes allemands - L.-J. Constantinesco, Konrad ZWEIGERT et H. KÖTZ – ont approfondi ce sujet. V. L.-J. Constantinesco, *Traité de droit comparé. Tome II, La méthode comparative*, Librairie générale de droit et de jurisprudence 1974 ; Konrad ZWEIGERT, H. KÖTZ, *Introduction to comparative law*, Oxford 1992. Un comparatiste italien Sacco a proposé l'approche dynamique. V. R. SACCO, « Legal formants : a dynamic approach to comparative law », in *The American Journal of Comparative Law*, vol.39, n° 1. Certains comparatistes ont proposé l'approche culturelle ou contextualiste. V. Pierre Legrand, *Le droit comparé* (5<sup>e</sup>), PUF, 2016 ; H. Ehrmann, *Comparative legal cultures*, Englewood Cliffs : Prentice-Hall, 1976 ; M. Hooker, *Legal Pluralism : An Introduction to Colonial and Neo-colonial Laws*, Oxford University Press, 1975 ; L. M. Friedman, *The Legal System : A Social Science Perspective*, Russell Sage Foundation, 1975.

Dans le tome II du *Traité de droit comparé* consacré à la *Méthode comparative*, il analyse celle-ci de manière extrêmement rationnelle et détaillée. Selon l'auteur, l'ensemble du processus comparatif consiste en une « série d'opération s'enchaînant dans une marche raisonnée, dirigée vers un but précis »<sup>50</sup>. Une telle étude doit être conduite à travers trois stades successifs, à savoir connaître, comprendre, comparer, ce que l'auteur appelle « la règle des trois C ». La première phase, la plus détaillée nous est livrée sous la forme de cinq règles : 1) étudier le terme tel qu'il est, 2) examiner le terme à comparer dans ses sources originaires, 3) étudier le terme à comparer dans la complexité et la totalité des sources du droit considéré, 4) respecter la hiérarchie des sources juridiques de l'ordre considéré, 5) interpréter le terme à comparer selon la méthode propre à l'ordre juridique auquel il appartient. La compréhension consiste à réintégrer le terme dans son système juridique, celui-ci étant entendu au sens large, en comprenant son milieu politique, économique et social<sup>51</sup>. Dans la troisième phase, celle de la comparaison, l'auteur préconise de comparer de façon méthodique tous les aspects des termes à comparer, point par point et élément par élément. Il s'agit ici d'aller « de l'analyse vers la synthèse ». Celle-ci poursuit trois objectifs : premièrement identifier et faire ressortir tous les rapports, donc toutes les dissemblances et les ressemblances existant entre les termes à comparer ; deuxièmement « préciser la valeur exacte des relations constatées » ; troisièmement « préciser la raison d'être de ces rapports, donc essayer (...) d'identifier leur cause et leur but »<sup>52</sup>. Concernant l'aboutissement de la comparaison, l'auteur reste ouvert et refuse de suivre ce que préconisent certains comparatistes, à savoir une appréciation finale. Selon ces derniers, après avoir étudié diverses solutions possibles, il faut prendre position et estimer celle qui serait la meilleure. Constantinesco met en relief la valeur relative des critères sur lesquels une telle appréciation se base et refuse de généraliser cette directive<sup>53</sup>.

La démarche de notre étude, inspirée par la règle des trois C, consiste en deux étapes. La première étape sera consacrée à la connaissance et la compréhension de l'encadrement de la liberté de la preuve en France et en Chine. La connaissance des régimes ne s'enferme pas dans le droit lui-même. Nous allons également présenter leur application. Afin de mieux comprendre les régimes dans chaque pays, il est nécessaire de les intégrer dans leur propre système juridique. C'est-à-dire qu'il faut comprendre leur contexte politique, sociologique, historique et économique. La seconde étape est une étape de comparaison. Nous allons tout d'abord identifier les dissemblances et les ressemblances entre les régimes à comparer, et ensuite essayer de préciser leur cause, et enfin, si nécessaire, proposer de s'inspirer de certaines expériences et constater la possibilité ou la faisabilité de transplantation. La première étape est peut-être mise en question, puisque de nombreux chercheurs comparent immédiatement les régimes. Cependant, notre cas est particulier. D'une part, les juristes français ne sont pas informés de l'encadrement de la liberté de la preuve en Chine ; de même, les juristes chinois ne connaissent pas très bien celui de la France. D'une autre part, l'encadrement de la liberté de la preuve est un sujet méritant d'être

---

<sup>50</sup> L.-J. Constantinesco, *Traité de droit comparé. Tome II, La méthode comparative*, préc., p. 122.

<sup>51</sup> L.-J. Constantinesco, *Traité de droit comparé. Tome II, La méthode comparative*, préc., p. 199.

<sup>52</sup> L.-J. Constantinesco, *Traité de droit comparé. Tome II, La méthode comparative*, préc., p. 243.

<sup>53</sup> L.-J. Constantinesco, *Traité de droit comparé. Tome II, La méthode comparative*, préc., p. 276.

étudié généralement et systématiquement en doctrine. Ainsi, la première étape dite de « la connaissance et la compréhension des régimes » est nécessaire dans notre étude. Elle permet de regarder dans l'ensemble l'encadrement de la liberté de la preuve dans les deux pays. Elle est également la base de la seconde étape dite « les analyses de comparaison ».

**12. Difficultés possibles.** La difficulté majeure consiste à observer l'application des régimes. Il est donc nécessaire d'étudier la jurisprudence en droit français. À cause de la grande quantité et de ses revirements, nous allons peut-être rencontrer quelques difficultés pour tracer les grandes lignes de l'évolution de la jurisprudence sur la loyauté de la preuve ou la nullité des actes. De plus, il est beaucoup plus difficile d'observer l'application des régimes en Chine qu'en France, car la jurisprudence n'est pas encore établie en droit chinois. Cette déféctuosité nous porte à enquêter sur l'effet de l'application d'un régime dans un ou plusieurs organes judiciaires. Nous allons réaliser une investigation dans les tribunaux et les parquets dans le district Dong cheng à Pékin. Les données et les chiffres collectés permettent de manifester, dans une certaine mesure mais pas complètement, l'effet de l'application de la règle d'exclusion des preuves illégales. La deuxième difficulté est de constater la possibilité de transplantation. Étant donné que chaque pays a sa propre tradition, culture et politique, les techniques sont relativement faciles à transplanter dans un autre pays. À condition que ces propositions soient expérimentées, elles peuvent être acceptées. La troisième difficulté porte sur l'exactitude de la traduction des articles concernant la règle d'exclusion des preuves illégales. Compte tenu de cet inconvénient possible, nous allons adjoindre une annexe sur les articles chinois de la règle d'exclusion des preuves illégales et leur traduction.

**13. Plan de l'étude.** Il convient de souligner que notre étude se concentre sur la question de l'inadmissibilité des preuves en matière pénale, apparue exclusivement en procès dans la *Common law*. Cependant, dans le système du droit romano-germanique, cette question est formulée non seulement au cours du procès mais aussi de l'avant-procès. Pour étudier l'encadrement de la liberté de la preuve en France et en Chine, il convient donc de distinguer deux phases : la phase de recueil des preuves (**Partie I**) et la phase de l'appréciation de l'admissibilité des preuves (**Partie II**). En droit français, la liberté de la preuve est encadrée sous les différentes formes dans ces deux phases. Plus précisément, dans la phase de recueil des preuves, les principes de la légalité et de la loyauté de la preuve reflètent l'encadrement de la liberté de la preuve ; dans la phase d'appréciation de l'admissibilité des preuves, c'est le régime des nullités de l'enquête et de l'instruction qui manifestent la restriction de la liberté de la preuve. Néanmoins, sous l'influence de la *Common law*, en droit chinois, la règle d'exclusion des preuves illégales apparaît comme le seul régime qui permet d'encadrer la liberté de la preuve dans les deux phases susmentionnées. Mais cela n'empêche pas de regarder la règle d'exclusion des preuves illégales sous deux angles. Ainsi, nous pouvons comparer l'encadrement de la liberté de la preuve dans les deux pays dans chaque phase. Le but de la comparaison est de constater que, pour le modèle mixte de la procédure pénale ayant la tradition du système inquisitorial, l'encadrement de la liberté de la preuve permet d'atteindre un point d'équilibre dans la procédure pénale,

et de parvenir à « la manifestation de la vérité ».

# PREMIÈRE PARTIE. L'ENCADREMENT DE LA LIBERTÉ DE LA PREUVE AU COURS DU RECUEIL DES PREUVES EN FRANCE ET EN CHINE

**14. Particularité de la preuve pénale.** À la différence du procès civil, le procès pénal porte toujours sur un conflit entre la Société et l'individu. Le système de la preuve pénale est donc différent de celui de la preuve civile. Deux règles traditionnelles de procédure permettent de distinguer la preuve pénale de la preuve civile : la présomption légale d'innocence et la liberté de la preuve. S'agissant de la présomption légale d'innocence, au civil, comme au pénal, c'est au demandeur de prouver ses prétentions, mais le fardeau de la preuve est généralement plus lourd en matière pénale, car le doute profite à l'accusé. La liberté de la preuve repose sur l'admissibilité de tous les moyens de preuve d'une part et l'absence de hiérarchie entre ces moyens et la liberté d'appréciation du juge d'autre part. Le rapport entre ces deux règles est facile à comprendre : la seconde compense la première. Plus la preuve est difficile à établir, plus on facilite sa recherche. Néanmoins, une liberté absolue se ferait au détriment de l'équité du procès, à cause du déséquilibre des forces entre la Société et l'individu poursuivi. Il faut ainsi trouver un point d'équilibre. Heureusement, en droit français et chinois, il existe des éléments pondérateurs. Plus précisément, malgré la liberté de la preuve, les preuves doivent être recherchées conformément aux règles de droit. En d'autres termes, la liberté de la preuve est encadrée au cours du recueil des preuves. Il est très intéressant d'étudier les réformes concernant l'encadrement de la liberté de la preuve dans la recherche des preuves dans les deux pays (**Titre I**) et de les analyser et de les comparer (**Titre II**). Cela permet de retracer les éléments pondérateurs de la procédure pénale dans les deux pays, et aussi d'étayer notre démonstration que l'encadrement de la liberté de la preuve favorise l'atteinte d'un point d'équilibre en procédure pénale.



## **Titre I. Les réformes concernées**

**15. Deux sources.** Dans les deux pays, il existe des restrictions de la liberté dans la recherche des preuves pénales. Nous pouvons les trouver dans les lois écrites et dans la jurisprudence. En ce qui concerne les lois écrites, les codes de procédure pénale définissent de façon générale les pouvoirs d'enquête et d'instruction des autorités publiques, lesquels se distinguent des modes de preuve, ou en d'autres termes, des procédés de recueil des preuves (interrogatoires, perquisitions, auditions de témoins, écoutes judiciaires etc.). Mais les modalités d'organisation des règles de preuves sont différentes : le Code de procédure pénale de la France prévoit de façon sporadique des dispositions relatives au recueil des preuves, alors que la Loi de Procédure Pénale de la Chine les prévoit dans un chapitre spécial. S'agissant de la jurisprudence, nous allons étudier exclusivement la jurisprudence française, car celle de Chine est en cours d'établissement. En fait, en France, l'évolution du droit de la preuve trouve son origine dans l'investissement de ce champ par la jurisprudence. Le rôle joué par la jurisprudence est tout à fait essentiel dans le domaine de la recherche des preuves. Les juridictions ne se contentent pas de mettre en œuvre des principes énoncés par les textes. Elles créent de véritables principes, et consacrent explicitement des principes historiques qui ont été négligés par les textes. Le principe de loyauté de la preuve en est un exemple significatif. En conséquence, il est nécessaire de consulter deux sources pour étudier les éléments fondateurs dans la procédure pénale française : le principe de la légalité de la preuve et le principe de la loyauté de la preuve (**Chapitre I**). Mais pour la Chine, il est suffisant d'analyser les textes (les lois, les interprétations des lois ou les réglementations) concernant la règle d'exclusion des preuves illégales (**Chapitre II**).



# Chapitre I. L'encadrement de la liberté de la preuve

## sous l'influence de deux principes en France

**16. Le lien entre la légalité et la loyauté.** Dans le domaine de l'administration de la preuve pénale en France, il est courant de présenter les principes de légalité et de loyauté comme deux exigences encadrant le principe de liberté<sup>54</sup>. Les liens entre les termes de « légalité » et de « loyauté » sont plus ou moins ambigus, parce que le mot « loyal » est issu du latin *legalis* c'est-à-dire « conforme à la loi »<sup>55</sup>. En ce sens, certains juristes français considèrent le principe de loyauté comme une manifestation du respect de la légalité matérielle<sup>56</sup>. Néanmoins, les termes de légalité et de loyauté se distinguent nettement par leurs concepts, le premier désignant la conformité à une règle spécifique, le second impliquant les valeurs morales de droiture et de fidélité<sup>57</sup>. Mis en œuvre dans l'administration de la preuve pénale, le principe de légalité signifie que les agents de l'autorité publique doivent être légalement encadrés lorsqu'ils recueillent des preuves par des mesures coercitives ou intrusives. Toute ingérence qui porte atteinte aux droits et libertés individuels doit être prévue par la loi. Cependant, le respect de la légalité n'est pas suffisant. De nombreux arrêts de la Chambre criminelle de la Cour de cassation ont consacré « le principe de loyauté », soit pour approuver la plainte de la violation du principe par les agents de l'autorité publique ou au contraire la refuser<sup>58</sup>. Le principe de loyauté permet donc de compléter le principe de légalité. Le dernier encadre le principe de liberté de la preuve à travers des règles légales dans les lois écrites (**Section I**), et le premier l'encadre par les arrêts ou le droit vivant (**section II**). Pour ces deux principes, nous allons découvrir les facettes de leur renforcement et de leur affaiblissement. Il nous apparaît que la procédure pénale française est toujours en train de chercher son point d'équilibre entre l'efficacité et le caractère coercitif d'un côté, et le respect des droits fondamentaux de l'autre. L'encadrement de la liberté de la preuve pénale va confirmer cette impression.

### Section I. Le principe de la légalité de la preuve

**17. L'encadrement de la liberté de la preuve sous l'influence de légalité de la preuve.** La liberté de la preuve est encadrée de plus en plus strictement sous l'influence de la légalité de la preuve. Cet encadrement se reflète surtout dans le domaine des procédés de recueil des preuves. Il existe les procédés interdits et d'autres réglementaires. Nous n'avons pas l'ambition d'examiner exhaustivement tous

---

<sup>54</sup> Desportes, Frédéric, *Traité de procédure pénale*, Economica, 2013, n° 565 et suivant ; Ambroise-Castérot, Coralie, *Procédure pénale*, préc. ; Aurélie Bergeaud-Wetterwald, « Du bon usage du principe de loyauté des preuves ? », préc.

<sup>55</sup> B de Lamy, « De la loyauté en procédure pénale. Brèves remarques sur l'application des règles de la chevalerie à la procédure pénale », in *Mélanges Pradel*, Cujas 2006, p.98.

<sup>56</sup> S. Guinchard et J. Buisson, *Procédure pénale*, LexisNexis 2019, n° 587. - J. Pradel, *Procédure pénale*, préc., n° 413.

<sup>57</sup> Voir le très riche *Dictionnaire historique de la langue française*, sous la direction de A. Rey, 3<sup>ème</sup> éd. 2000, Le Robert, « Loyal ».

<sup>58</sup> Cass. crim., 27 févr. 1996 ; Bull. crim. 1996, n° 93 ; D. 1996, p. 346, note Guéry ; JCP G 1996, II, 22629, note M.-L. Rassat. - Cass. crim. 11 mai 2006 : Bull. crim. 2006, n° 132 ; Rev. pénit. 2006, p. 859, obs. P. Maistre du Chambon ; Cass. crim., 7 janv. 2014, n° 13-85.246 : JurisData n° 2014-000004.

ces procédés dans cette section. Nous essayons de prouver la tendance au renforcement de la légalité de la preuve à travers certains procédés typiques d'obtention des preuves. Il est possible de classer les différents procédés de recueil des preuves selon les modes de preuves. Dans les différents manuels de la procédure pénale, les auteurs répertorient différemment les modes de preuves. Ils les regroupent soit en cinq catégories (l'indice, la preuve littérale, le témoignage, l'aveu et les preuves scientifiques)<sup>59</sup>, soit simplement en deux (les déclarations de personnes et les indices)<sup>60</sup>. Nous allons employer cette dernière manière afin de simplifier nos critères de classification à l'égard des procédés de recueil des preuves. Mais avant tout, il convient de distinguer les procédés traditionnels (**§ 1**) des procédés scientifiques (**§ 2**), puisque la science et les techniques biologiques influencent fortement le procès pénal aujourd'hui.

## § 1. Les procédés traditionnels

**18. Sélection des procédés.** Il existe plusieurs procédés traditionnels de recueil des preuves, par exemple, l'interrogatoire du suspect, l'audition du témoin, la perquisition, la saisie, la fouille corporelle. Concernant les déclarations de personnes, nous allons choisir l'interrogatoire (**A**) afin de préciser les efforts fait par le législateur français pour le renforcement de la légalité de cette méthode de recueil des preuves. En ce qui concerne les indices, nous pensons avant tout à la perquisition et à la saisie (**B**).

### A. L'interrogatoire

**19. Pourquoi l'interrogatoire ?** Parmi les procédés de recueil des preuves, l'interrogatoire est un procédé nécessaire à l'obtention des aveux. Comme l'ont souligné MM. les Professeurs Merle et Vitu, « il est rare de voir un coupable avouer spontanément : l'aveu doit d'ordinaire être provoqué et le moyen d'y parvenir est de mettre l'intéressé en mesure de fournir ses explications ; l'échange de questions et de réponses établi à cette fin est l'interrogatoire »<sup>61</sup>. Bien que l'aveu ne soit plus la reine des preuves depuis que le système des preuves légales a été remplacé par le système des preuves libres, « il continue de marquer les esprits tant des profanes que des professionnels du droit »<sup>62</sup>. Comme l'a affirmé Michel Foucault, « l'aveu est devenu en Occident, une des techniques les plus hautement valorisées pour produire le vrai »<sup>63</sup>. Cette quête de l'aveu passe nécessairement par l'interrogatoire de la personne suspectée et par l'audition de témoins pour avoir des précisions sur les circonstances de l'infraction. Dans sa recherche du vrai, la procédure ne peut s'en passer, car, comme le précise Bentham : « Il est l'instrument le plus efficace pour l'extraction de la vérité, de toute la vérité, de quelque côté qu'elle se trouve »<sup>64</sup>.

<sup>59</sup> Ambroise-Castérot, Coralie, *Procédure pénale*, préc., p.191.

<sup>60</sup> Pradel, Jean, *Procédure pénale*, préc., p.359.

<sup>61</sup> Merle, Roger, *Traité de droit criminel. Tome 2, Procédure pénale*. Éd. Cujas, 2001, p.234.

<sup>62</sup> Gildas Roussel, *Les procès-verbaux d'interrogatoire : Rédaction et exploitation*, L'Harmattan 2005, p.19.

<sup>63</sup> Michel Foucault, *La volonté de savoir*, Paris, 1976, p.79.

<sup>64</sup> *Traité des preuves judiciaires*, 1830, livre V, ch. VI et IX, cité par Jean Pradel, *L'instruction préparatoire*, Cujas, 1996, p.357.

Duverger dit ainsi qu'aux mains d'un magistrat habile, il constitue « la moitié de l'instruction »<sup>65</sup>. À cet égard, l'interrogatoire est certainement un procédé présentant un grand risque d'atteinte à la personne. Il existe évidemment d'autres procédés portant atteinte à la personne, par exemple, le prélèvement corporel ou la fouille. Cependant, eu égard à son caractère typique, nous allons nous focaliser sur l'interrogatoire pour constater la tendance au renforcement de l'exigence de légalité dans le domaine de la recherche des preuves en France.

**20. L'interrogatoire dans le Code de procédure pénale.** Selon la définition de M. Cornu, l'interrogatoire signifie « l'audition d'une personne mise en examen par le magistrat instructeur au cours de l'instruction ou d'un prévenu par le président à l'audience consistant à recueillir les réponses aux questions qui lui sont posées »<sup>66</sup>. Il apparaît que l'interrogatoire existe seulement au stade de l'instruction préparatoire et du jugement. Néanmoins, le code en parle aussi, bien que de façon indirecte, pour l'enquête de police. L'interrogatoire au cours de l'enquête de flagrance et de l'enquête préliminaire se révèle au fil des articles consacrés à la garde à vue ou à l'audition libre. Si les interrogatoires menés par le juge d'instruction étaient déjà relativement encadrés depuis une vingtaine d'années, il en allait autrement pour ceux réalisés en cours de garde à vue ou d'audition libre dans le cadre d'une enquête policière. « Jusqu'au début des années 2000, l'enquête pénale avait le visage apaisé d'une belle endormie »<sup>67</sup>. Après quinze ans de réformes, notamment législatives, l'enquête de police pourrait peut-être enfin parvenir à un certain équilibre entre les pouvoirs des magistrats et les droits du suspect<sup>68</sup>. Il est donc très intéressant d'analyser l'interrogatoire au stade de l'enquête policière afin de prouver le renforcement de l'exigence de la légalité du recueil des preuves.

**21. Liens entre l'interrogatoire et les deux mesures (la garde à vue et l'audition libre).** Nous nous rappelons que l'interrogatoire autonome n'existe pas dans la phase de l'enquête pénale en France. Toutes les réglementations concernant l'interrogatoire sont comprises d'une part dans les dispositions sur la garde à vue, et d'autre part dans les articles consacrés à l'audition libre. Il convient donc, tout d'abord, de préciser le lien entre l'interrogatoire et la garde à vue, mais également celui entre l'interrogatoire et l'audition libre.

En ce qui concerne le premier lien, historiquement, l'interrogatoire policier est dans une certaine mesure confondu avec la garde à vue, qui est un cadre de recueil des déclarations du suspect<sup>69</sup>. Cette filiation demeure dans la loi, la première justification de la retenue résidant dans l'exécution des investigations permettant la présence ou la participation de la personne soupçonnée, au premier rang desquels son interrogatoire (art. 62-2, CPP). Selon la doctrine, « l'interrogatoire, évidemment destiné à provoquer l'aveu, est dans la grande majorité des cas la véritable raison

<sup>65</sup> Manuel des juges d'instruction, 1862, 3<sup>e</sup> édition, II, p. 441, cité par Jean Pradel, *L'instruction préparatoire*, préc., p.357.

<sup>66</sup> Gérard Cornu, *Vocabulaire juridique*, PUF 2016, p.570.

<sup>67</sup> Jean Pradel, « L'enquête pénale aujourd'hui. Vers une stabilisation dans l'équilibre », in *Recueil Dalloz* 2014 p.1647.

<sup>68</sup> *Ibid.*

<sup>69</sup> Amane Gogorza, « L'interrogatoire au stade policier – à propos d'un concept oublié », in *Droit pénal* n° 7-8, juillet 2015, étude 16.

d'être de la garde à vue »<sup>70</sup>; avec une certaine ironie, la garde à vue est aussi appelée « la garde à ouïe »<sup>71</sup>. On comprend donc que ces deux actes se lient intimement, et spécialement, que l'interrogatoire policier n'ait jamais été abordé autrement qu'à travers les droits de la personne gardée à vue ; droits qui tendent principalement à préserver le suspect de déclarations auto-incriminantes<sup>72</sup>.

S'agissant du second lien, l'interrogatoire est l'un des types de l'audition libre, plus précisément l'audition libre du mis en cause. En d'autres termes, l'interrogatoire vise à « entendre une personne à l'encontre de laquelle il existe des indices graves et concordants ou des charges suffisantes d'avoir participé à la commission des faits reprochés »<sup>73</sup>. Si la personne auditionnée est la partie lésée, nous l'appelons l'audition libre de la victime<sup>74</sup>. Si elle est la personne qui « atteste l'existence d'un fait dont elle a eu personnellement connaissance, et non indirectement par ouï-dire »<sup>75</sup>, nous définissons comme l'audition libre du témoin.

**22. Les réformes législatives de l'enquête pénale.** Il convient ensuite de présenter le contexte de la réforme législative de l'interrogatoire. Le législateur français s'est efforcé de réformer la garde à vue et l'audition libre en faveur des droits fondamentaux du suspect. S'agissant de la garde à vue, le code de 1958 officialise cette mesure. Depuis les lois des 4 janvier et 24 août 1993, le législateur s'efforce d'encadrer strictement cette mesure afin de mieux protéger les droits et les libertés individuelles des personnes privées. Pour autant, les lois du 4 mars 2002, du 18 mars 2003 et surtout du 9 mars 2004 ont démultiplié les régimes de garde à vue dans un objectif pragmatique d'efficacité des enquêtes de police au détriment des prérogatives des individus qui y sont soumis<sup>76</sup>. Malgré ces réformes législatives, « nulle allusion à l'assistance d'un avocat »<sup>77</sup> et « l'heure des droits fondamentaux n'avait pas encore sonné »<sup>78</sup>. La célèbre jurisprudence *Salduz*<sup>79</sup> en date du 23 novembre 2008 constitue symboliquement le point de départ d'un grand mouvement réformateur en faveur des droits fondamentaux du suspect. Les réformes successives ont été menées hâtivement et sans grande cohérence, parce qu'il existe une confrontation aiguë entre les sources constitutionnelles, le droit européen des droits de l'homme et le droit de

---

<sup>70</sup> R. Merle, *La garde à vue* : Gaz. Pal. 1969, 2<sup>e</sup> semestre, p. 17 à 19.

<sup>71</sup> *Ibid.* Cette vision de la garde à vue se rencontre encore dans la pratique policière, même si la Cour de cassation veille à en censurer ses expressions les plus caricaturales. Sur ce point, A. Maron et M. Haas, *La garde à vue n'est pas une garde à ouïe*, note ss Cass. ass. plén., 6 mars 2015, n° 14-84.339 : JurisData n° 2015-004033 ; Dr. pén. 2015, comm. 58, à propos de la sonorisation de deux cellules contiguës pour que soient enregistrés les propos échangés par les suspects retenus durant les périodes de pause.

<sup>72</sup> Les droits de la personne gardée à vue sont énoncés à l'article 63-1 du Code de procédure pénale. On peut les ranger en deux catégories. La première a trait à la défense et vise essentiellement à protéger le suspect lors des interrogatoires (droit à l'information, droit à un interprète, droit à l'assistance d'un avocat, droit de consultation de certaines pièces du dossier), l'autre relève plutôt de considérations humanitaires (droit de faire prévenir un proche ou un employeur, droit pour un étranger de faire prévenir les autorités consulaires de son pays, droit d'être examiné par un médecin). Voir Amane Gogorza, « L'interrogatoire au stade policier – à propos d'un concept oublié », préc.

<sup>73</sup> J. Buisson, « Preuve », Répertoire pénal, Dalloz.

<sup>74</sup> S. Guinchard et Th. Debard (dr.), *Lexiques des termes juridiques (2018-2019)*, Dalloz, 2018.

<sup>75</sup> *Ibid.*

<sup>76</sup> V. le dossier sur la garde à vue après la loi du 9 mars 2004, *AJ pénal*, n°7-8, 2004, p.261.

<sup>77</sup> Sébastien Pellé (dir.), *Les droits fondamentaux du gardé à vue*, PUPPA 2013, p. 141.

<sup>78</sup> *Ibid.*

<sup>79</sup> CEDH, gde ch., 27 nov. 2008, n° 36391/02, *Salduz c/ Turquie*, AJDA 2009. 872, chron. J.-F. Flauss ; JCP 2009. I. 104, § 7, obs. F. Sudre ; RPDP 2009. 705, obs. A. Gouttenoire.

l'Union européenne<sup>80</sup>. Le nouveau droit positif résulte de la combinaison des lois du 14 avril 2011<sup>81</sup>, du 27 mai 2014<sup>82</sup> et du 3 juin 2016 dont les dispositions relatives à la garde à vue sont, pour l'essentiel, entrées en vigueur le 15 novembre 2016<sup>83</sup>.

Concernant l'audition libre, elle n'a été que tardivement légitimée, même si elle a toujours existé sous couvert de coopération du suspect. Cette vieille pratique policière n'a guère été une préoccupation pour les spécialistes de procédure pénale, théoriciens ou praticiens pendant des décennies<sup>84</sup>. Cependant, outre l'identification d'une personne dans une affaire, l'audition du mis en cause reste l'acte le plus crucial dans la procédure de l'enquête policière<sup>85</sup>. Il est donc souhaitable d'en proposer un encadrement minimal dans le Code de procédure pénale. Le Conseil constitutionnel a reconnu et légitimé le régime de l'audition libre par deux décisions sur QPC : l'une en date du 18 novembre 2011 concerne l'enquête de flagrance ; l'autre datée du 18 juin 2012 a trait à l'enquête préliminaire<sup>86</sup>. Et puis ce régime est encadré par la loi n° 2014-535 du 27 mai 2014 portant transposition de la directive 2012/13/UE du Parlement et du Conseil du 22 mai 2012, relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales<sup>87</sup>. La loi du 3 juin 2016 a permis à certains fonctionnaires disposant de pouvoirs d'enquête de recourir à l'audition libre<sup>88</sup>, en modifiant l'article 28 du Code de procédure pénale et en prévoyant cette possibilité d'auditionner

---

<sup>80</sup> Sébastien Pellé, « Garde à vue et audition libre : acte final ? », in *Recueil Dalloz* 2017 p.359 et s.

<sup>81</sup> L. n° 2011-392 relative à la garde à vue, V. A.-S. Chavent-Leclère, « La garde à vue est morte, vive la garde à vue ! À propos de la loi n° 2011-392 du 14 avril 2011 », *Procédures* 2011. Étude 7 ; H. Matsopoulou, « Une réforme inachevée. À propos de la loi du 14 avril 2011 », *JCP* 2011. 542 ; J. Pradel, « Un regard perplexe sur la nouvelle garde à vue. À propos de la loi du 14 avril 2011 », *JCP* 2011. 665 ; M.-L. Rassat, « À remettre sur le métier. Des insuffisances de la réforme de la garde à vue », *JCP* 2011. 632 ; G. Roujou de Boubée, « La réforme de la garde à vue (commentaire de la loi n° 2011-392 du 14 avril 2011) », *D.* 2011. 1570.

<sup>82</sup> L. n° 2014-535, 27 mai 2014 portant transposition de la Dir. 2012/13/UE du Parlement et du Conseil du 22 mai 2012 relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales. V. G. Taupiac-Nouvel et A. Botton, « La réforme du droit à l'information en procédure pénale », *JCP* 2014. 802 ; S. Pellé, « La garde à vue : la réforme de la réforme (acte I). À propos de la loi n° 2014-535 du 27 mai 2014 », *D.* 2014. 1508 ; J. Pradel, « L'enquête pénale aujourd'hui. Vers une stabilisation dans l'équilibre ? », *D.* 2014. 1647 ; E. Vergès, « Le statut juridique du suspect : un premier défi pour la transposition du droit de l'Union européenne en procédure pénale », *Dr. pénal* 2014. Étude 15 ; R. Ollard, « Quel statut pour le suspect au cours de l'enquête pénale ? », *JCP* 2014. 912.

<sup>83</sup> L. n° 2016-731, 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. Sur les questions relatives à la garde à vue, V. not., A. Botton, « Entre renforcement et érosion des garanties de la procédure pénale. À propos du titre II de la loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 », *JCP* 2016. 777 ; C. Ribeyre, « Loi n° 2016-731 renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale - Et maintenant ? », *Dr. pénal* 2016. Étude 17 ; O. Décima, « Terreur et métamorphose. À propos de la loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 sur la lutte contre le terrorisme », *D.* 2016. 1826 ; J.-B. Perrier, « Les garanties de la procédure pénale dans la loi du 3 juin 2016 : entre illusion(s) et désillusion(s) », *D.* 2016. 2134.

<sup>84</sup> Preuve est le peu de pages qui y sont consacrées dans les traités et manuels, alors que statistiquement il s'agissait d'une pratique beaucoup plus fréquente que celle de la garde à vue et ceci jusqu'à la loi n° 2014-535 du 27 mai 2014. Jean-Baptiste Perrier (dir.), *L'audition libre : de la pratique à la réforme*, LGDJ, 2017, p.4.

<sup>85</sup> Mathias Murbach-Vibert et Dimitri Delpout, « La naissance de l'audition libre », in Jean-Baptiste Perrier (dir.), *L'audition libre : de la pratique à la réforme*, préc., p.9.

<sup>86</sup> Cons. Constit. 18 nov. 2011, 2011-191/194/195/196/197 QPC ; Cons, constit, 18 juin 2012, 2012-257 QPC. Sur ce point, v. A. Gogorza et B. De Lamy, « La reconnaissance de l'audition libre – L'audition libre devant le Conseil constitutionnel », in Jean-Baptiste Perrier (dir.), *L'audition libre : de la pratique à la réforme*, préc., p. 29 et s.

<sup>87</sup> Loi n° 2014-535 du 27 mai 2014 portant transposition de la directive 2012/13/UE du Parlement et du Conseil du 22 mai 2012, relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales, JORF du 28 mai 2014, p. 8864.

<sup>88</sup> Art. 83 de 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, JOFR du 4 juin 2016, texte n°1.

librement le suspect dans les différentes matières dites « para-pénales »<sup>89</sup>.

Il est évident que le législateur français a cherché fortement à renforcer les droits du suspect dans la phase de l'enquête pénale. L'officialisation de l'audition libre constitue en particulier un nouveau tournant dans le processus de ce renforcement. La logique de la *common law* imprègne désormais la phase policière, avec la tentation de juridictionnaliser tous les actes de procédure, de l'audition à la perquisition, à l'instar de ce qui se déroule dans le cabinet du juge d'instruction, marqué par le règne du contradictoire<sup>90</sup>. Dans ce contexte, nous allons examiner l'encadrement de l'interrogatoire dans le cadre de la garde à vue et de l'audition libre. Nous nous intéresserons notamment au nouveau développement législatif de ces deux mesures. Cette nouveauté se reflète dans au moins trois aspects : le champ d'application de l'interrogatoire **(1)**, l'auteur de l'interrogatoire **(2)** et les droits de la personne interrogée **(3)**.

### **1. Le champ d'application de l'interrogatoire**

**23. Formulations différentes concernant un suspect.** L'interrogatoire est effectué à charge contre un suspect, que ce soit dans le cadre de la garde à vue ou de l'audition libre. Mais les rédactions concernant le suspect dans ces deux cadres ne sont pas identiques. Aux termes de l'article 62-2 du CPP, seule peut être placée en garde à vue la « *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 qui fait l'objet de l'enquête. Néanmoins, selon l'article 61-1 du CPP, « *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* (de ses droits) ». Conformément aux articles ci-dessus, la garde à vue est subordonnée à « *une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner* » alors que l'audition libre est subordonnée à « *des raisons plausibles de soupçonner* » la commission ou la tentative de commission d'une infraction. Il convient donc d'avoir au moins de deux raisons plausibles pour entendre librement une personne alors qu'il n'en faut qu'une pour placer une personne en garde à vue. Une autre subtilité relative au champ d'application des mesures revient en matière de crime et délits passibles d'emprisonnement à rendre la garde à vue possible alors que l'audition libre ne l'est pas. Est-ce une erreur de plume ? Est-ce une volonté de restreindre le statut de mis en cause à une pluralité d'indices ? Dans cette dernière hypothèse, une harmonisation entre audition libre et garde à vue aurait permis de maintenir la cohérence d'ensemble. En pratique, cette dysharmonie va susciter un paradoxe. Que faudrait-il dans l'hypothèse d'une plainte pour un vol simple sans preuve matérielle et où une seule raison plausible apparaît ? si on se fie aux textes, la garde à vue s'impose. Ainsi, plus le dossier est léger sur les éléments incriminants plus la garde à vue doit être

---

<sup>89</sup> L'article 28 du Code de procédure pénale est ainsi complété par un alinéa prévoyant que « lorsque ces fonctionnaires et agents sont autorisés à procéder à des auditions, l'article 61-1 est applicable dès lorsqu'il existe à l'égard de la personne entendue des raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis ou tenté de commettre une infraction ».

<sup>90</sup> Emmanuel Dupic, « Le développement de l'audition libre – L'audition sans contrainte ou la définition d'un statut juridique du suspect », in Jean-Baptiste Perrier (dir.), *L'audition libre : de la pratique à la réforme*, préc., p.41.

appliquée<sup>91</sup>. L'esprit de la loi aurait-il été perdu ? En dehors de cette incohérence, il existe un point commun méritant précision entre ces deux mesures. La « raison plausible » est en effet une conception assez subjective. La plausibilité est appréciée par l'enquêteur, voire par le procureur auquel il doit rendre compte de sa décision de mise en garde à vue ou audition libre<sup>92</sup>. Même si la Chambre criminelle n'a pas encore eu l'occasion de se prononcer sur ce point, la Cour de Strasbourg a donné son interprétation sur cette formule contenue à l'article 5 § 1 c) CESDH<sup>93</sup>. Dans la pratique, lorsqu'il y a des éléments objectifs<sup>94</sup>, il y a soupçon plausible.

**24. Un suspect libre.** Le dernier alinéa de l'article 61-1 du CPP consacre ainsi que « *le présent article n'est pas applicable si la personne a été conduite, sous contrainte, par la force publique devant l'officier de police judiciaire* ». La personne auditionnée librement est donc un suspect libre, plus précisément, un suspect auquel aucune restriction à la liberté d'aller et venir n'est apportée et qui a été préalablement informé de ses droits. Il convient de préciser que la force publique vise uniquement les policiers et les gendarme<sup>95</sup>. L'audition libre reste possible si la contrainte est déployée par un citoyen *lambda*<sup>96</sup> ou un agent n'appartenant pas à la force publique<sup>97</sup>. La contrainte, quant à elle, peut être matérielle (pouvoir d'agir qui peut passer par l'usage de la force) ou psychologique (pouvoir d'ordonner)<sup>98</sup>. Ainsi, la contrainte ne se limite pas à un usage de la force. La question de la réalité de la contrainte reste notamment posée lorsque la personne est ramenée dans un véhicule de police et plus particulièrement lorsque son propre véhicule a été amené au poste par un policier<sup>99</sup>. À l'inverse, il n'y a pas contrainte lorsque l'individu a été invité à suivre les policiers et qu'il a consenti à venir. Mais qu'est-ce qu'une invitation policière ? Est-ce qu'on peut imaginer qu'un suspect dans les locaux de la police ne subit aucune contrainte lorsqu'il est informé de sa liberté de quitter ce lieu et de ses droits ? On voit que la légalité de la mesure repose sur une nuance lexicale dont la subtilité peut échapper à celui qui subit la mesure.

**25. L'interrogatoire sans contrainte est-il possible ?** Défini comme l'acte par lequel l'autorité compétente pose des questions susceptibles d'établir la participation du suspect aux faits objets de l'enquête, l'interrogatoire a classiquement été conçu

---

<sup>91</sup> Mathias Murbach-Vibert et Dimitri Delpeut, « La naissance de l'audition libre », in Jean-Baptiste Perrier (dir.), *L'audition libre : de la pratique à la réforme*, préc., p.22.

<sup>92</sup> J. Pradel, *Procédure pénale*, préc., n° 558.

<sup>93</sup> CEDH 30 août 1990, Fox, Campbell et Hartley c / R.U., série A, n° 182. Les soupçons doivent être considérés comme plausibles chaque fois qu'il y a des faits ou des renseignements propres à persuader un observateur objectif que l'individu en cause peut avoir accompli l'infraction.

<sup>94</sup> Par exemple, constat matériel, témoignage, comportement de l'intéressé. Selon la circulaire du 4 décembre 2000, « la loi n'exige pas que les indices relevés contre une personne présentent une certaine gravité pour permettre son placement en garde à vue, qui reste possible quelle que soit l'importance ou la nature des indices en cause (...) Il peut s'agir d'indices matériels, mais également de la mise en cause d'un tiers, des déclarations de l'intéressé que contrediraient les constatations des enquêteurs, du comportement anormal de la personne sur le lieu des faits etc. »

<sup>95</sup> J. Buisson, « Force publique », Répertoire pénal, Dalloz.

<sup>96</sup> Crim. 25 octobre 2000, n° 00-84.726.

<sup>97</sup> Circ. DACG du 23 mai 2011, p.8.

<sup>98</sup> J. Buisson, *L'acte de police*, Th. Droit, Lyon III, 1988, p. 445.

<sup>99</sup> Mathias Murbach-Vibert et Dimitri Delpeut, « La naissance de l'audition libre », in Jean-Baptiste Perrier (dir.), *L'audition libre : de la pratique à la réforme*, préc., p.18.

par la jurisprudence et la doctrine comme un acte d'autorité<sup>100</sup>. Le caractère contraignant de l'interrogatoire n'a pas été mis en cause avant la réforme 2011. Il apparaît que l'audition libre a permis d'ouvrir la possibilité de reconnaître le caractère libre de l'interrogatoire. Plus précisément, lorsqu'un suspect est auditionné, il a la liberté d'aller et venir. Autrement dit, il a le droit de refuser de répondre aux questions et de quitter les locaux de la police. Mais envisage-t-on sérieusement qu'il n'y a aucune contrainte quand une personne se trouve dans les lieux de l'autorité judiciaire et doit être confrontée à l'interrogatoire de l'agent policier ? Notre réponse est négative. Tout d'abord, lorsqu'un individu si faible reste devant une autorité si puissante, il existe au moins une contrainte psychologique même si un avocat peut se présenter pour l'assister. Ensuite, l'absence de coopération du suspect refusant une audition libre peut toujours être surmontée par son placement en garde à vue, si la condition de gravité de l'infraction est vérifiée, et si la retenue se présente comme l'unique moyen de permettre « l'exécution des investigations impliquant la présence de l'intéressé »<sup>101</sup>. Mais l'autorité judiciaire est assez libre d'apprécier ces conditions. En pratique, il est difficile pour les services de police de décider de la mise en place d'une procédure de garde à vue ou d'une procédure d'audition libre dans de nombreux cas puisque ces deux mesures se fondent sur les mêmes « raisons plausibles de soupçonner »<sup>102</sup>. En effet, l'article 62-2 du CPP prévoit les motifs<sup>103</sup> qui doivent subordonner le placement en garde à vue, alors que l'article 61-1 du CPP est à ce sujet silencieux. Ainsi, dans de nombreux cas, il sera loisible d'opter pour l'une et l'autre des mesures et cela risquerait de pencher en faveur de la garde à vue<sup>104</sup>. D'ailleurs, toute personne, y compris suspecte, ayant l'obligation de répondre aux convocations que lui adressent les officiers de police judiciaire<sup>105</sup>, le caractère libre d'un interrogatoire paraît largement illusoire<sup>106</sup>. Nous pensons donc que l'utilisation de l'adjectif « libre » pour qualifier le nom « audition » est purement rhétorique. Le fait que l'interrogatoire soit couvert par deux mesures (l'audition libre et la garde à vue) complexifie le régime de l'interrogatoire. Par pragmatisme, le droit français

---

<sup>100</sup> *Cass., ch. réunies., 31 janv. 1888 : S. 1889, 1, p. 241*, considérant que l'interrogatoire est un acte d'autorité.

Amane Gogorza, « L'interrogatoire au stade policier – à propos d'un concept oublié », préc.

<sup>101</sup> Art. 62-2 du CPP.

<sup>102</sup> Emmanuel Daoud, « L'appréciation de l'audition libre par l'avocat de la défense », in Jean-Baptiste Perrier (dir.), *L'audition libre : de la pratique à la réforme*, préc., p.93.

<sup>103</sup> « Cette mesure doit constituer l'unique moyen de parvenir à l'un au moins des objectifs suivants : 1° Permettre l'exécution des investigations impliquant la présence ou la participation de la personne ; 2° Garantir la présentation de la personne devant le procureur de la République afin que ce magistrat puisse apprécier la suite à donner à l'enquête ; 3° Empêcher que la personne ne modifie les preuves ou indices matériels ; 4° Empêcher que la personne ne fasse pression sur les témoins ou les victimes ainsi que sur leur famille ou leurs proches ; 5° Empêcher que la personne ne se concertent avec d'autres personnes susceptibles d'être ses coauteurs ou complices ; 6° Garantir la mise en œuvre des mesures destinées à faire cesser le crime ou le délit ».

<sup>104</sup> Emmanuel Daoud, « L'appréciation de l'audition libre par l'avocat de la défense », in Jean-Baptiste Perrier (dir.), *L'audition libre : de la pratique à la réforme*, préc., p.93.

<sup>105</sup> art. 61 et 78 du CPP.

<sup>106</sup> L'article 61-1, alinéa dernier du Code de procédure pénale se contente d'exclure l'audition libre lorsque « la personne a été conduite, sous contrainte, par la force publique devant l'officier de police judiciaire ». Il en va de même de l'article 73 du Code de procédure pénale. Or selon la circulaire d'application, semble-t-il suivie par la jurisprudence, cette situation renvoie à celle où la personne subit une contrainte ininterrompue. P. ex., *Cass. crim., 15 oct. 2014, n° 13-83.936*, autorisant une audition libre après interpellation mais en l'absence de contrainte lors du transport dans les locaux de la police judiciaire. Ces distinctions irréalistes ne font que renforcer le caractère factice de la liberté du suspect.

devrait consacrer l'autonomie de l'interrogatoire policier, afin de mieux encadrer ce procédé de recueil des preuves testimoniales.

## 2. L'auteur de l'interrogatoire

**26. Difficultés.** Dans la procédure pénale en France, une division classique se réfère à la différence entre l'enquête préliminaire et l'enquête de flagrance. Dans le premier cas, l'interrogatoire ne devrait pouvoir être pratiqué que sur autorisation du procureur de la République. Dans le second cas, l'urgence inhérente à la situation autoriserait en revanche les officiers de police judiciaire à agir de leur propre initiative. Peu importe pour le procédé de recueil des preuves que l'on se situe dans le cadre de la garde à vue ou de l'audition libre, cette division est toujours applicable. Il est évident que le pouvoir de la police judiciaire est contrôlé par les magistrats du parquet au cours de l'enquête pénale. Mais les magistrats du parquet peuvent-ils effectivement assurer la régularité de l'acte de la police judiciaire ? Nous ne pouvons pas donner immédiatement une réponse affirmative. En fait, la situation du procureur de la République durant l'enquête pose trois difficultés essentielles. Premièrement, la jurisprudence de la CEDH, qui refuse de reconnaître au parquet le statut de « juge », susceptible d'exercer un contrôle sur les mesures attentatoires aux libertés notamment celle de l'article 5 de la Conv. EDH<sup>107</sup>. Le ministère public n'est pas en position de statuer sur les mesures atteignant aux droits fondamentaux, à cause de son manque d'indépendance et du rôle qu'il joue dans l'exercice des poursuites à l'issue de l'enquête. Deuxièmement, il existe un paradoxe en droit interne. Selon l'article 68 du CPP<sup>108</sup>, en matière d'enquête de flagrance, le procureur de la République peut également procéder à l'interrogatoire. Toutefois, si le magistrat du parquet exerce ce pouvoir, qui sera le contrôleur ? Cette situation va conduire à l'incompatibilité de nombreuses dispositions. D'après l'opinion de M. Desportes et Mme Lazerges-Cousquer, en pratique, les magistrats du parquet ne procèdent jamais eux-mêmes à l'interrogatoire, il convient donc de dire que l'officier de police judiciaire a le pouvoir exclusif d'interroger les suspects<sup>109</sup>. Cependant même si ce phénomène est très rare dans la pratique, cela ne signifie pas qu'il n'y a aucune possibilité que les procureurs pratiquent l'interrogatoire eux-mêmes. Il en résulte qu'il existe toujours un espace pour rectifier la position du magistrat du parquet en droit positif interne. Troisièmement, l'autorité du ministère public sur la police judiciaire est en effet assez faible. C'est la raison pour laquelle les magistrats ont revendiqué le renforcement de cette autorité<sup>110</sup>.

**27. La réponse aux difficultés.** La loi du 3 juin 2016 tente de répondre à ces difficultés en introduisant dans le code de procédure pénale un article 39-3, selon lequel : « *Dans le cadre de ses attributions de direction de la police judiciaire, le procureur de la République peut adresser des instructions générales ou particulières aux enquêteurs. Il contrôle la légalité des moyens mis en œuvre par ces derniers, la*

---

<sup>107</sup> Pour un résumé de cette question, cf. E. Vergès, « Politique pénale et action publique : la difficile conciliation du modèle français de ministère public et des standards européens », RSC 2013. 605.

<sup>108</sup> L'article 68 dispose que lorsqu'il arrive sur les lieux, le procureur de la République dessaisit l'officier de police judiciaire et peut accomplir lui-même tous les actes de police judiciaire.

<sup>109</sup> Desportes, Frédéric, *Traité de procédure pénale*, préc., n° 2542.

<sup>110</sup> Telles qu'elles sont exprimées clairement par le rapport Nadal, dans un chapitre consacré à cette question.

*proportionnalité des actes d'investigation au regard de la nature et de la gravité des faits, l'orientation donnée à l'enquête ainsi que la qualité de celle-ci. Il veille à ce que les investigations tendent à la manifestation de la vérité et qu'elles soient accomplies à charge et à décharge, dans le respect des droits de la victime, du plaignant et de la personne suspectée* ». Cette disposition établit clairement la relation hiérarchique entre le procureur de la République et la police judiciaire s'agissant de la conduite de l'enquête. Elle vise également deux objectifs explicites. L'un est d'établir un parallèle entre le rôle joué par le juge d'instruction durant l'information et celui occupé par le procureur de la République durant l'enquête<sup>111</sup>. L'autre est de donner l'impression que le procureur de la République exerce, durant l'enquête, toutes les fonctions inhérentes à une « autorité judiciaire » : contrôle de légalité et de proportionnalité des actes d'enquête<sup>112</sup>. L'objectif implicite de cette disposition consiste à aligner le rôle du procureur de la République sur celui d'un juge, au regard des exigences posées par la CEDH. Toutefois il est peu probable que cette tentative ait un impact sur l'attitude de la juridiction européenne<sup>113</sup>. D'ailleurs, l'autorité du ministère public est également renforcée à travers la création d'une procédure disciplinaire d'urgence à l'encontre des membres de la police judiciaire<sup>114</sup>. En cas de manquement professionnel grave ou d'atteinte grave à l'honneur ou à la probité par un membre de la police judiciaire, le procureur général près la cour d'appel peut saisir la chambre de l'instruction afin que celle-ci suspende immédiatement le professionnel de ses fonctions d'OPJ durant une période maximale d'un mois. Cette procédure, dont l'application devrait se révéler très résiduelle, a été présentée comme une consolidation de l'autorité fonctionnelle du parquet sur la police judiciaire<sup>115</sup>.

### **3. Les droits de la personne interrogée**

**28. Présentation générale.** Depuis la réforme de la garde à vue en 2011, le législateur français ne cesse de promouvoir les droits de la personne interrogée au stade de l'enquête policière. À chaque intervention législative, soit de nouveaux droits au profit du suspect sont insérés dans le code de procédure pénale, soit des droits existants sont modifiés afin de tendre vers les exigences européennes. Dans le but de rendre cette évolution plus intelligible, il est permis d'examiner attentivement les quatre droits de la personne interrogée. De prime abord, le droit à l'information constitue sans aucun doute le premier des droits du suspect. Ensuite, le droit à l'assistance par un avocat représente indéniablement le progrès majeur des réformes. Puis, le droit au silence constitue un droit très important dont bénéficie le suspect au titre de l'organisation de sa défense. Enfin, le droit à la dignité a été accentué par les dernières interventions législatives.

a) Le droit à l'information

**29. Similitude et dissemblance entre les deux cas.** Les dispositions imposant à un officier de police judiciaire ou une gendarmerie ou un magistrat d'informer la personne interrogée de ses droits sont de plus en plus nombreuses dans le Code de

<sup>111</sup> Cf, à cet égard, l'étude d'impact du projet de loi, p. 90.

<sup>112</sup> Etienne Vergès, « La procédure pénale à son point d'équilibre », RSC 2016, p.551.

<sup>113</sup> *Ibid.*

<sup>114</sup> L'article 229-1 du CPP.

<sup>115</sup> Cf. exposé des motifs, présentation de l'article 23 du projet de loi.

procédure pénale en France. Elles ont été modifiées ou complétées à l'occasion de la transposition de la directive 2012/13/UE du 22 mai 2012 relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales<sup>116</sup>. Tous les suspects, entendu librement ou gardé à vue, doivent être informés d'un certain nombre d'éléments sur la situation suspectée (qualification, date et lieu présumés de l'infraction), sur la mesure dont la personne va faire l'objet (nature, durée, et prolongation éventuelle) et sur tous les droits qui sont associés à cette mesure. Cependant, l'étendue du droit à l'information varie selon qu'il y a privation de liberté ou non. Plus la mesure est attentatoire aux libertés, plus la personne qui en fait l'objet doit être éclairée<sup>117</sup>. Par exemple, en cas de placement en garde à vue, le suspect se voit remettre un formulaire récapitulatif de l'ensemble des droits notifiés et qu'il pourra conserver tout au long de la mesure<sup>118</sup>. Un tel formalisme n'est pas applicable à l'audition libre. Parmi ces droits notifiés, le droit à être assisté par un avocat constitue le premier des droits de la défense.

b) Le droit à l'assistance par un avocat

**30. Assistance et garde à vue.** Avant 2011, l'avocat n'était guère plus qu'une sorte d'assistant social au stade de l'enquête, car il pouvait juste s'entretenir confidentiellement avec son client gardé à vue dans un local de police ou de gendarmerie au début de chaque tranche de vingt quatre heures<sup>119</sup>. Depuis la loi du 14 avril 2011, le droit à l'assistance pour la garde à vue est indéniablement renforcé. La loi du 3 juin 2016 a complété la liste des actes d'assistance. Désormais, dans le droit positif, en cas de placement en garde à vue, l'assistance couvre cinq prérogatives de l'avocat en faveur du suspect. Les trois premières prérogatives sont issues de la réforme de 2011 : entretien confidentiel avec le gardé à vue<sup>120</sup> ; possibilité pour l'avocat d'accéder au dossier de l'enquête<sup>121</sup> ; présence de l'avocat lors des auditions et des confrontations<sup>122</sup>. Les deux autres prérogatives ont été introduites par la réforme de 2016 : assistance aux reconstitutions et présence aux séances d'identification<sup>123</sup>.

**31. Assistance et audition libre.** En cas d'audition libre, le droit à l'assistance par un avocat est conçu de manière plus restrictive. Tout d'abord, quant au domaine, le 5°

---

<sup>116</sup> L. n° 2014-535, 27 mai 2014 portant transposition de la Dir. 2012/13/UE du Parlement et du Conseil du 22 mai 2012 relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales. V. G. Taupiac-Nouvel et A. Botton, « La réforme du droit à l'information en procédure pénale », *préc.*, 802 ; S. Pellé, « La garde à vue : la réforme de la réforme (acte I). À propos de la loi n° 2014-535 du 27 mai 2014 », *préc.*, 1508 ; J. Pradel, « L'enquête pénale aujourd'hui. Vers une stabilisation dans l'équilibre ? », *préc.*, 1647 ; E. Vergès, « Le statut juridique du suspect : un premier défi pour la transposition du droit de l'Union européenne en procédure pénale », *préc.* ; R. Ollard, « Quel statut pour le suspect au cours de l'enquête pénale ? », *préc.*, 912.

<sup>117</sup> En cas d'audition libre, V. art. 61-1 du CPP ; en cas de garde à vue, V. art. 63-1 du CPP.

<sup>118</sup> Cette exigence est une nouveauté de la loi du 27 mai 2014.

<sup>119</sup> J. Pradel, *Procédure pénale*, *préc.*, n° 565.

<sup>120</sup> Art. 63-4 du CPP. L'entretien peut intervenir dès le début de la garde à vue et en cas de prolongation. La durée de chaque entretien ne peut excéder trente minutes.

<sup>121</sup> Art. 63-4-1 du CPP. À sa demande, l'avocat peut consulter les trois catégories de pièces énumérées par le texte : procès-verbal de placement en garde à vue ; certificat médical ; procès-verbaux d'audition de la personne qu'il assiste.

<sup>122</sup> Art. 63-4-2 du CPP. La personne gardée à vue peut demander que l'avocat assiste à ses auditions et confrontations, avec application d'un délai de carence de deux heures.

<sup>123</sup> Art. 61-3 du CPP. Dans ces deux cas, l'assistance doit être demandée par le suspect lui-même.

alinéa de l'article 61-1 du Code de procédure pénale prévoit que la personne soupçonnée entendue librement peut bénéficier de l'assistance d'un avocat au cours de son audition et le cas échéant, de sa confrontation, dès lors que l'infraction dont elle est soupçonnée constitue un crime ou un délit puni d'une peine d'emprisonnement (à l'instar des dispositions de l'article 62-2 du Code de procédure pénale relative à la garde à vue). Ensuite, concernant le contenu de l'assistance, nous retrouvons les opérations de reconstitution et les séances d'identification en vertu du nouvel article 61-3 qui est également applicable à l'audition libre. Mais l'article 61-1 5° du Code de procédure pénale ne prévoit pas expressément que la personne soupçonnée entendue librement puisse s'entretenir avec son avocat et que ce dernier puisse accéder à certaines pièces de la procédure.

**32. Défaut d'accès au dossier.** L'article 61-1 (issue de la loi du 27 mai 2014) du Code de procédure pénale n'a reconnu aucun droit d'accès aux pièces de la procédure au profit du suspect auditionné librement. Cela étant, une circulaire du 19 décembre 2014 de présentation des dispositions applicable à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2015 de la loi du 27 mai 2014<sup>124</sup> prévoit, au profit de l'avocat ou du suspect libre, un droit d'accès aux procès-verbaux d'auditions et de confrontations antérieures, dans les conditions prévues à l'article 63-4-1 du Code de procédure pénale relatif à la garde à vue. Néanmoins, même si cette assimilation administrative des régimes comble une lacune juridique, les difficultés relatives au défaut d'accès du gardé à vue aux pièces essentielles du dossier s'étendent à la situation du suspect libre<sup>125</sup>. Ici, il convient d'analyser plus précisément ces difficultés. L'insertion du droit pour l'avocat d'accéder au dossier résulte directement de la directive du 22 mai 2012 qui, dans son article 7, garantit un droit d'accès gratuite aux pièces du dossier aussi bien à l'avocat qu'à la personne suspecté ou poursuivie, dans un souci d'égalité des armes<sup>126</sup>. L'article 7.1 prévoit la mise à disposition des « documents relatifs à l'affaire en question détenus par les autorités compétentes qui sont essentiels pour contester de manière effective, conformément au droit national la légalité de l'arrestation ou de la détention », et ce, « à n'importe quel stade de la procédure pénale ». Mais le législateur français a confirmé l'accès partiel au dossier : procès-verbal de placement en garde à vue ; certificat médical ; procès-verbaux d'audition de la personne gardée à vue. C'est certainement une transposition *a minima*. Selon certains auteurs, cette nouveauté n'est pas une véritable révolution juridique et il convient de la faire évoluer en faveur d'un accès intégral<sup>127</sup>. Les avocats plaident également pour un accès à tout le dossier en invoquant les nécessités de la défense. À l'inverse, les magistrats dans leur majorité et les officiers de police judiciaire dans leur quasi-unanimité ne sont pas favorables au droit pour l'avocat de consulter le dossier entier de l'enquête<sup>128</sup>, en mettant en avant

<sup>124</sup> BOMJ n° 2014-12 du 31 décembre 2014.

<sup>125</sup> Paul Cazalbou et Antoine Botton, « Les insuffisances de la réforme », in Jean-Baptiste Perrier (dir.), *L'audition libre : de la pratique à la réforme*, préc., p.159.

<sup>126</sup> La question avait également été posée par Cons. const., 23 nov. 2012, n° 2012-284 QPC, *M<sup>me</sup> Maryse L.* (Droit des personnes non assistées par un avocat et expertise pénale) qui prononce l'abrogation partielle de l'art. 161-1 c. pr. pén. qui ne permettait la notification d'une expertise qu'aux avocats des parties, D. 2012. 2739. V. Sébastien Pellé, Garde à vue : la réforme de la réforme (acte I), in *Recueil Dalloz* 2014, p.1508.

<sup>127</sup> Sébastien Pellé, « Garde à vue : la réforme de la réforme (acte I) », préc., p.1508.

<sup>128</sup> J. Pradel, *Procédure pénale*, préc., n° 566.

la nécessité de la recherche de la vérité. Il nous semble que la loi du 3 juin 2016 a essayé de trouver un point d'équilibre. Cette loi a introduit une possibilité d'accès intégral, mais différé, au dossier de la procédure dans deux nouveaux articles 77-2 et 77-3 du CPP. Ce nouveau dispositif permet au suspect de demander au procureur de la République, un an après la première garde à vue, de consulter le dossier de la procédure afin de formuler des observations et des demandes d'actes. Néanmoins, il permet aussi de douter de l'effectivité de cette nouveauté. D'un côté, cet accès intégral est conditionné à l'initiative du suspect et l'appréciation de la fin de l'enquête par le procureur ainsi qu'à sa décision de poursuivre. D'un autre côté, dans la plupart des cas, un an après la garde à vue, le dossier aura déjà connu une issue ou une suite plus contradictoire<sup>129</sup>. Il est évident que la France est encore loin de l'exigence de l'article 7 de la directive du 22 mai 2012, disposant le principe d'accès intégral. À notre avis, il est préférable de ne pas confondre la phase d'enquête avec la phase judiciaire. La phase d'enquête ne peut pas être totalement contradictoire. Il convient de limiter les pièces du dossier que l'avocat peut consulter.

c) Le droit au silence

**33. Processus du renforcement.** Le droit au silence est « d'une certaine manière le jumeau du droit à l'assistance »<sup>130</sup>. Il permet au suspect de ne pas parler devant les enquêteurs et il permet également d'éviter de faux aveux. La CEDH consacre toujours le droit au silence et l'associe au droit de ne pas participer à sa propre incrimination<sup>131</sup>. Cependant le législateur français a montré son hésitation sur la consécration de ce droit dans la loi interne<sup>132</sup>. Le droit au silence est aujourd'hui reconnu en terme identique au profit de tout suspect, en audition libre<sup>133</sup> et en garde à vue<sup>134</sup>. Il est associé à son contraire et notifié comme le droit, lors des auditions, « *de faire des déclarations, de répondre aux questions qui lui sont posées ou de se taire* ». D'ailleurs, se fondant sur l'article 9 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789<sup>135</sup>, le Conseil constitutionnel a rendu une décision<sup>136</sup> en faveur de la pleine effectivité de la garantie de ce droit<sup>137</sup>. Le Conseil constitutionnel a déclaré

<sup>129</sup> Sébastien Pellé, « Garde à vue et audition libre : acte final ? », préc., p.359.

<sup>130</sup> *Ibid.*

<sup>131</sup> L'article 6, § 1 et 3 de CEDH. V. CEDH 14 oct. 2010, n° 1466/07, *Brusco c/ France*, D. 2010. 2950, note J.-F. Renucci, 2425, édito. F. Rome, 2696, entretien Y. Mayaud, 2783, chron. J. Pradel, et 2850, point de vue D. Guérin ; RSC 2011. 211, obs. D. Roets ; et, plus récemment, 19 mars 2015, n° 7494/11, *Corbet c/ France*, Constitutions 2015. 208, chron. P. Bachschmidt.

<sup>132</sup> La loi du 15 juin 2000 avait accordé à la personne gardée à vue « le droit de ne pas répondre aux questions posées » (art. 63-2, al. 1 du CPP). Cette rédaction a été modifiée par une loi du 4 mars 2002, disposant « elle a le choix de faire des déclarations, de répondre aux questions qui lui seront posées ou de se taire ». Et puis la loi du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure a tout simplement supprimé la notification du droit au silence. Après une décision du conseil constitutionnel du 30 juillet 2010, la loi du 14 avril 2011 a rétabli le droit au silence dans une forme analogue à celle retenue en 2002.

<sup>133</sup> L'article 61-1, 4° du CPP.

<sup>134</sup> L'article 63-1, 3°, sixième tiret du CPP.

<sup>135</sup> « 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 ».

<sup>136</sup> Cons. const. 4 novembre 2016, n° 2016-594-QPC.

<sup>137</sup> V. Hippolyte Marquetty, Maud Picquet, « Le droit au silence de la personne soupçonnée se fait enfin entendre ! », in *Droit pénal* n°7, 2017, p.6-8 ; Fanny Malhière, « La constitutionnalisation du droit au silence dans le cadre d'une procédure pénale », in *La Gazette du Palais*, n°11, 2017, p.32.

inconstitutionnelles les dispositions de l'article 153, troisième alinéa, *in fine*, du CPP 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 ». En fait, si le suspect prête serment de dire toute la vérité, rien que la vérité, il n'est pas possible qu'il ait dans le même temps le droit de garder le silence. L'article précité est un obstacle à la demande en nullité, parce qu'il confirme que l'action en nullité n'est possible en aucun cas. Il conduit à l'ineffectivité du droit au recours lorsque le droit de se taire est atteint. La décision du Conseil constitutionnel sur l'inconstitutionnalité de cet article affirme expressément, pour la première fois, le caractère constitutionnel du droit de se taire dans la procédure pénale<sup>138</sup>. Le droit au silence peut désormais être effectivement garanti. Même si cette reconnaissance est un peu tardive<sup>139</sup>, ce droit de la personne soupçonnée se fait enfin entendre en France.

d) Le droit à la dignité

**34. Au plan européen.** Le respect de la dignité de la personne interrogée signifie que les agents de l'autorité ont une interdiction absolue de recourir à la torture et aux traitements inhumains ou dégradants dans la recherche des preuves testimoniales<sup>140</sup>. L'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme ne prévoit aucune exception à cette prohibition. La Cour européenne des droits de l'homme a condamné la France dans des affaires concernant des violences physiques ou morales exercées contre une personne placée en garde à vue pour la déstabiliser et obtenir des aveux<sup>141</sup>. Pour la Cour de Strasbourg, lorsque les éléments de preuve ont été recueillis en violation de l'article 3 du CESDH, si de tels éléments sont utilisés, cela « *soulève de graves questions quant à l'équité de la procédure* »<sup>142</sup>. Elle affirme explicitement que « *des éléments à charge – qu'il s'agisse d'aveux ou d'éléments matériels – rassemblés au moyen d'actes de violence ou de brutalité ou d'autre formes de traitements pouvant être qualifiés de torture – ne doivent jamais, quelle qu'en soit la valeur probante, être invoqués pour prouver la culpabilité de la victime* »<sup>143</sup>. Cette solution vaut quelle que soit la gravité de l'infraction reprochée<sup>144</sup>.

**35. Au plan interne.** Depuis la réforme du 14 avril 2011, le code de procédure rappelle le principe de dignité pour la mise en œuvre de la garde à vue. Aux termes de l'article 63-5, « la garde à vue doit s'exécuter dans des conditions assurant le respect de la dignité de la personne. Seules peuvent être imposées à la personne gardée à vue les mesures de sécurité strictement nécessaires ». Pour la Chambre criminelle, lorsque

---

<sup>138</sup> Pierre de Combes de Nayves et Emmanuel Mercinier, « Le silence est d'or », in *AJ Pénal* 2017, p.27.

<sup>139</sup> Depuis longtemps en effet, la reconnaissance du droit au silence comme droit fondamental avait été opérée par la Cour de Strasbourg et la France condamnée au regard du manquement à celui-ci que caractérisait sa législation. Par exemple, arrêt *Funke c/ France* du 25 février 1993, voir CEDH 25 févr. 1993, n° 10588/83, Rev. UE 2015. 353, étude M. Mezaguer ; arrêt *Murray c/ Royaume-Uni* du 8 février 1996, voir CEDH 8 févr. 1996, n° 41/1994/488/570 ; arrêt *Saunders c/ Royaume-Uni* du 17 décembre 1996, voir CEDH 17 déc. 1996, n° 19187/91, RSC 1997. 476, obs. R. Koering-Joulin.

<sup>140</sup> Desportes, Frédéric, *Traité de procédure pénale*, préc., n° 579.

<sup>141</sup> CEDH, 27 nov. 1992, *Tomasi c/ France* et 28 juill. 1999, *Selmouni c/ France*.

<sup>142</sup> CEDH, 11 juill. 2006, *Jalloh c/ Allemagne*, §105.

<sup>143</sup> CEDH, 11 juill. 2006, *Jalloh c/ Allemagne*, §105.

<sup>144</sup> Le terrorisme, V. CEDH, 28 févr. 2008, *Saadi c/ Italie* ; menaces de mauvais traitements à l'encontre un individu soupçonné d'enlèvement d'enfant, V. CEDH 30 juin 2008, *Gäfgen c/ Allemagne* ; éléments rendant vraisemblable que les déclarations de tiers aient été recueillies sous la torture, V. CEDH 25 sept. 2012, *El Haski c/ Belgique*.

les agents de l'autorité, au cours de la phase d'investigation, font subir des actes de torture ou des traitements inhumains ou dégradants à une personne privée de liberté, les actes de la procédure doivent être annulés. Ainsi, la haute juridiction a approuvé l'annulation de l'interrogatoire d'une personne en garde à vue, placée nue au milieu d'une pièce<sup>145</sup>. Ici, il est nécessaire de souligner le cas des interrogatoires entraînant une atteinte à l'intégrité. Traditionnellement, l'interrogatoire est caractérisé par des questions posées aux suspects par les enquêteurs. Au cours de cet entretien se déroulant dans un lieu fermé, il est fréquent de voir apparaître un phénomène de violences policières. Au fur et à mesure du développement des sciences technologiques et biologiques, les moyens de l'interrogatoire commencent à changer. Dans certaines affaires, les enquêteurs ont employé le « sérum de vérité »<sup>146</sup> ou l'hypnose<sup>147</sup> voire même le détecteur de mensonge<sup>148</sup> pour obtenir des aveux. Ces procédés ont subi de nombreuses critiques. D'une part, ils portent atteinte à la libre volonté du suspect et à sa dignité personnelle. Le premier point peut susciter le problème de l'authenticité des aveux. Et dans le second, la personne interrogée est traitée comme un objet de l'expérimentation. D'autre part, certains procédés peuvent nuire à la santé personnelle, ou même générer des souffrances physiques et psychologiques. Ainsi, la Chambre criminelle a en principe interdit de l'emploi de ce type de procédés pour obtenir des preuves, sauf dans le cas d'utilisations destinées au diagnostic ou à la thérapie<sup>149</sup>.

**36. Commentaire succinct.** En conclusion, la brutalité policière au cours de l'interrogatoire est absolument prohibée que ce soit au niveau du droit européen ou du droit français. Il n'y a aucune possibilité de déroger à l'inadmissibilité des aveux obtenus de cette manière, même si ces aveux représentent un enjeu pour la condamnation. Il nous semble que le principe de proportionnalité ne s'applique pas dans ce cas. D'un côté, c'est un résultat de l'exigence de développement des droits de l'homme. « La fin ne justifie pas toujours les moyens », *a fortiori*, l'authenticité des aveux extorqués à travers les violences est mise en cause. D'un autre côté, la progression des techniques d'investigations et l'enrichissement des autres moyens des preuves permet de ne pas compter entièrement sur les aveux.

**37. Conclusion sur l'interrogatoire.** Dans les paragraphes ci-dessus, nous essayons d'analyser l'évolution de l'interrogatoire au stade de l'enquête policière en France. Compte tenu de la carence de l'autonomie de l'interrogatoire dans cette phase, nous l'avons synthétisé à travers le régime de la garde à vue et de l'audition libre. Grâce au cycle des réformes, depuis 2011, lorsque l'interrogatoire est effectué, le pouvoir des agents d'autorité et la protection des droits du suspect sont plus strictement encadrés. Cette évolution est évidente dans certaines matières, par exemple le droit au silence et le droit d'accès au dossier. Néanmoins, elle est

---

<sup>145</sup> Crim. 10 janv. 1995, pourv. n° 94-82.128.

<sup>146</sup> L'affaire du penthotal, dit sérum de vérité, v. Trib. corr. Seine 23 février 1949 (Gaz.Pal. 1949 I 140).

<sup>147</sup> La Cour de Cassation réunie dans sa Chambre criminelle, a eu l'occasion, par deux fois, de se prononcer sur la question de l'hypnose le 12 décembre 2000 puis le 28 novembre 2001. V. Cass. crim., 12 déc. 2000, n° 00-83.852 ; Cass. crim., 28 nov. 2001, n° 01-86.467.

<sup>148</sup> S. Clément, « Songes d'une pure vérité : à propos des détecteurs de mensonges », *RICPT* 2004, p. 55.

<sup>149</sup> Trib. corr. Seine 23 février 1949 (Gaz.Pal. 1949 I 140).

également subtile dans les points concernant l'audition libre. Certes, l'amélioration d'un régime n'est pas instantanée. Il s'agit toujours d'un processus continu. En ce sens, les défauts du régime de l'interrogatoire sont inévitables, par exemple, l'accès à l'intégralité du dossier, le rôle actif de l'avocat et la durée de l'interrogatoire. Ce sera le but poursuivi par le prochain cycle des réformes.

## **B. La perquisition et la saisie**

**38. Présentation générale.** La perquisition<sup>150</sup> et la saisie sont les principales méthodes principales de recherche des indices<sup>151</sup>. La saisie est fréquemment le prolongement de la perquisition. Nous allons donc les présenter ensemble comme les deux aspects d'une même opération. Pour examiner la perquisition et la saisie, on distingue habituellement trois phases. Au cours de l'enquête de flagrance (art. 56 à 59), la police judiciaire peut exécuter coercitivement ces actes selon les dispositions de la loi. Au stade de l'enquête préliminaire (art.76), l'enquêteur n'a le droit de procéder à des perquisitions et saisies qu'avec le consentement préalable de l'occupant. Et dans la phase de l'instruction (art. 92, 94 à 97), la perquisition et la saisie sont réalisées soit par le juge d'instruction lui-même soit par un officier de police judiciaire agissant sur commission rogatoire. Sous réserve de certains points, les exigences propres à la perquisition et à la saisie sont similaires dans les trois phases. Ces exigences dans la procédure permettent d'encadrer le comportement de l'enquêteur. Après le survol des règles concernant les perquisitions et les saisies, il nous semble que le législateur a renforcé les exigences pour leur légalité, car plusieurs conditions doivent être réunies pour leurs mises en œuvre **(1)**, sans compter les formalités de leurs déroulements **(2)**. Néanmoins les règles dérogatoires **(3)** et certains challenges **(4)** ont incité à l'extension de l'application de ces procédés.

### **1. Les conditions de la mise en œuvre des actes**

**39. Nécessité.** Conformément à l'article 56 du Code de procédure pénale, les perquisitions et les saisies ne peuvent être effectuées que dans des lieux où sont susceptibles de se trouver des objets ou des données informatiques utiles à la manifestation de la vérité ou dont la confiscation est prévue par la loi. Ces deux actes ont donc deux objets, le premier est la recherche des preuves, le second est la confiscation des biens<sup>152</sup>. Ici, nous allons nous focaliser sur leur premier objet, car les perquisitions et les saisies sont analysées dans le cadre des procédés de recueil des preuves. En bref, les enquêteurs ne peuvent perquisitionner ou saisir sans qu'il y ait un rapport vérifiable entre une infraction et deux actes.

**40. Temps légaux.** Selon l'article 59 du Code de procédure pénale, les

---

<sup>150</sup> Selon la définition qu'en a donnée la Chambre criminelle, « toute perquisition implique la recherche, à l'intérieur d'un lieu normalement clos, notamment au domicile d'un particulier, d'indices permettant d'établir l'existence d'une infraction et d'en déterminer l'auteur ». V. Crim. 29 mars 1994, B. n° 118.

<sup>151</sup> Depuis l'entrée en vigueur de la loi n° 2010-768 du 9 juillet 2010, une perquisition peut avoir pour un autre objet : la recherche de biens en vue de garantir l'exécution d'une peine complémentaire de confiscation. V. art. 131-21 du Code pénal. Ici, nous nous concentrons sur son objet de la recherche des indices, puisque l'on le parle dans le cadre de l'administration des preuves.

<sup>152</sup> Ce dernier objet pour la confiscation est introduit par la loi n° 2010-768 du 9 juillet 2010 visant à faciliter la saisie et la confiscation en matière pénale. Il destine à garantir l'exécution de la peine de confiscation. Ainsi, la perquisition et la saisie peuvent être considéré comme un procédé de recueil des preuves ou une mesure conservatoire.

perquisitions et les saisies ne peuvent, en principe, débiter en principe avant 6 heures ou après 21 heures. Cette disposition relative aux perquisitions et saisies en flagrance, est applicable à celles effectuées lors d'une enquête préliminaire ou au cours d'une information. Cette exigence s'impose uniquement à l'horaire de début des actes. Rien n'interdit que ces actes perdurent au-delà de cette tranche horaire. La jurisprudence a précisé qu'une perquisition ou une saisie commencée pendant les heures légales peut se poursuivre jusqu'à sa fin opérationnelle même si elles se terminent de nuit<sup>153</sup>.

**41. Consentement de l'occupant.** Aux termes de l'article 76 du CPP, lors de l'enquête préliminaire, l'enquêteur n'a le droit de procéder à des perquisitions et saisies qu'avec le consentement préalable du maître de maison. C'est une exigence propre à l'enquête préliminaire. D'une part, ce consentement doit être exprès. La Chambre criminelle a précisé, dans de nombreuses décisions, que le consentement doit être donné non seulement librement, mais aussi en connaissance de cause<sup>154</sup>. D'autre part, pour garantir un consentement libre et éclairé, l'article 76, alinéa 2 du Code de procédure pénale prescrit que « ce consentement doit faire l'objet d'une déclaration écrite de la main de l'intéressé ou, si celui-ci ne sait écrire, il en est fait mention au procès-verbal ainsi que de son assentiment ». Il est donc nécessaire qu'une telle déclaration soit entièrement manuscrite par la personne chez laquelle la perquisition aura lieu. Ainsi, la seule mention « lu et approuvé », suivie des nom, prénom et signature de l'intéressé, ne pouvait « faire ressortir de manière incontestable » que celui-ci « avait, en connaissance de ses droits, fourni un assentiment préalable »<sup>155</sup>. Il en résulte que le consentement de l'occupant est un élément essentiel sur lequel se fonde la principale distinction entre l'enquête préliminaire et celle de flagrance.

## **2. Les formalités du déroulement des actes**

**42. Présence de l'occupant ou de tiers.** Malgré des nuances selon le cadre juridique, le législateur exige que l'occupant ou les tiers assistent à la perquisition et à la saisie. Au stade de l'enquête de police, la perquisition et la saisie doivent s'effectuer en présence de la personne au domicile de laquelle elle a lieu ; en cas d'impossibilité, l'officier de police judiciaire doit inviter cette personne à désigner un représentant de son choix ; à défaut d'une désignation, il doit choisir deux témoins en dehors des personnes relevant de son autorité administrative<sup>156</sup>. Au cours de l'instruction préparatoire, si la perquisition et la saisie ont lieu chez le mis en examen, les dispositions précitées sur l'enquête de police sont applicables ; si la perquisition et la saisie ont lieu chez un tiers, celui-ci est invité à être présent, à défaut de quoi encore l'acte a également lieu en présence de deux témoins désignés<sup>157</sup>.

**43. L'obligation de l'établissement d'un procès-verbal des perquisitions.** À tous les stades, un procès-verbal décrivant l'intégralité des opérations de perquisition doit

---

<sup>153</sup> Paris 24 janv. 1952, S. 1952.2.93, conc. Combaldieu.

<sup>154</sup> V. notamment : Cass. crim. 9 déc. 1910, Bull. crim. n° 619 ; Cass. crim. 12 mai 1923, Bull. crim. n° 212 ; Cass. crim. 26 juin 1958, Bull. crim. n° 506, RSC 1959, p. 145, obs. M. Patin ; cf. aussi : B. Bouloc, *L'acte d'instruction*, LGDJ, 1965, p. 197 et s.

<sup>155</sup> Trib. corr. Paris, 24 janv. 1985, D. 1985, p. 498, note J. Pradel.

<sup>156</sup> Art. 57 et 76 du CPP.

<sup>157</sup> Art 95 et 96 du CPP.

être rédigé<sup>158</sup>. Le procès-verbal doit être signé par les personnes ayant assisté à la perquisition – occupant, représentant ou témoins. En cas de refus, il en est fait mention au procès-verbal. En outre, le procès-verbal doit être rédigé « sur le champ » et l’officier de police judiciaire, ou le juge d’instruction, doit signer chacun de ses feuillets<sup>159</sup>. Mais cette exigence formelle n’est pas assez stricte, car la méconnaissance de ces prescriptions est rarement sanctionnée<sup>160</sup>, de même, la jurisprudence précise que la rédaction tardive du procès-verbal ne nuit pas aux droits de la défense<sup>161</sup>.

**44. Inventaire des pièces saisies et mise sous scellés.** Les saisies sont normalement des opérations suivant les perquisitions. Le saisissant dresse immédiatement un inventaire des objets à saisir, puis il les place sous scellés<sup>162</sup>. En cas de difficulté<sup>163</sup>, le saisissant procède à un inventaire global en mettant des catégories de pièces dans des sacs qui seront scellés pour qu’il procède ultérieurement à un inventaire véritable<sup>164</sup>. Les objets saisis ou scellés individuellement ou collectivement sont transportés au greffe de la juridiction<sup>165</sup>. Ils sont inscrits sur un registre spécial identifiant le nombre d’objets ou de sacs déposés et le numéro des sceaux qui y ont été apposés. Ils seront conservés dans un local spécial jusqu’à leur utilisation. Dans le cas particulier de données informatiques, l’enquêteur peut soit saisir le support physique de ces données, soit en faire une copie qui est ensuite saisie<sup>166</sup>. Lorsque les objets à saisir sont spéciaux, le Code de procédure pénale prévoit des dispositions particulières<sup>167</sup>.

**45. Obligation d’assurer le respect des droits de la défense et du secret professionnel.** Lorsque les perquisitions et les saisies sont faites dans un cabinet d’avocat, ou dans certains autres locaux professionnels (une entreprise de presse ; le cabinet d’un notaire, d’un huissier ou d’un médecin ; les locaux d’une juridiction ou le domicile d’une personne exerçant des fonctions juridictionnelles), les formalités sont différentes. Les perquisitions ou les saisies de cette nature ne peuvent avoir lieu qu’à l’initiative du magistrat<sup>168</sup>. Elles ne peuvent être effectuées que par un magistrat et en présence de la personne responsable de l’ordre ou de l’organisation professionnelle à laquelle appartient l’intéressé. Par exemple, dans les locaux d’une entreprise de

---

<sup>158</sup> Les textes relatifs à l’enquête de flagrance : art. 56, al. 1<sup>er</sup> et 57, al. 3 du CPP ; ceux relatif à l’enquête préliminaire : art. 76, al. 2 du CPP ; ceux relatif à l’information : art. 96 du CPP.

<sup>159</sup> Art. 66 du CPP.

<sup>160</sup> Le fait que tous les feuillets ne soient pas singés n’est pas une cause de nullité. V. Crim. 12 mars 1992, B. n° 112.

<sup>161</sup> Crim. 7 juin 1983, B. n° 1984 ; 8 août 1985, D. 1986.I.R.303, note Pradel.

<sup>162</sup> Art. 56, al. 4, et 97, al. 2, CPP.

<sup>163</sup> Par exemple, une grande quantité d’objet saisie chez un receleur et qu’il est difficile et long d’inventorier pièce par pièce, sur place.

<sup>164</sup> Art. 56, al. 4, et 97, al. 2 et 4, CPP ; crim. 22 août 1989, B. 307.

<sup>165</sup> Michèle-Laure Rassat, *Procédure pénale*, Ellipses, 2017, p. 313.

<sup>166</sup> Art. 56, al. 5, et 57-1, al. 3, CPP.

<sup>167</sup> En cas d’animaux vivant, le procureur de la République ou, au cours de l’information, le juge d’instruction peut décider de placer l’animal dans un lieu de dépôt prévu à cet effet et qu’il désigne, jusqu’à ce qu’il ait été statué sur l’infraction (art. 99-1 du CPP) ; en cas d’espèces, lingots, effets ou valeurs, le procureur de la République ou, au cours de l’information, le juge d’instruction, peut autoriser leur dépôt à la Caisse des dépôts et consignations ou à la Banque de France (art. 56, al. 8, 76 et 97, al. 8 du CPP). V. Desportes, Frédéric, *Traité de procédure pénale*, préc., n° 2395-2396.

<sup>168</sup> Le magistrat doit prendre une décision écrite et motivé indiquant la nature de l’infraction ou des infractions sur lesquelles partent les investigations, ainsi que les raisons justifiant la perquisition et l’objet de celle-ci.

presse, c'est la personne au domicile de laquelle la perquisition a lieu<sup>169</sup> ; dans un cabinet d'avocat, c'est le bâtonnier ou son délégué<sup>170</sup> ; dans le cabinet d'un médecin, notaire ou huissier, c'est le représentant de l'ordre ou de l'organisation professionnelle à laquelle appartient l'intéressé<sup>171</sup> ; et dans les locaux d'une juridiction, c'est le premier président de la cour d'appel ou le premier président de la Cour de cassation ou son délégué<sup>172</sup>.

### 3. Les règles dérogatoires

**46. Deux aspects.** En vue de faciliter les perquisitions et les saisies, le législateur consacre des exceptions à deux aspects. L'une concerne le temps de la mise en œuvre des perquisitions et saisies. Et l'autre porte sur l'exigence propre à l'enquête préliminaire : le consentement de l'occupant.

**47. Exceptions concernant le temps de la mise en œuvre.** Le législateur multiplie les exceptions concernant les heures légales de mise en œuvre des perquisitions. D'abord, les perquisitions nocturnes sont permises en cas de « *réclamation faite de l'intérieur de la maison* »<sup>173</sup>. Cette formule ne vise pas seulement le cas où l'occupant des lieux solliciterait expressément l'intervention des polices ou des gendarmes, mais de manière générale tout appel à l'aide provenant de l'intérieur d'un domicile *lato sensu*<sup>174</sup>. Que signifie « appel à l'aide provenant de l'intérieur d'un domicile » ? Selon la jurisprudence, il ne faut pas confondre « réclamation », qui suppose une initiative d'un occupant et « acceptation » d'une perquisition nocturne à l'initiative de la police<sup>175</sup>. Ensuite, les perquisitions nocturnes peuvent être faites pour la recherche et la constatation d'infractions en matière de trafic de stupéfiants<sup>176</sup> et de proxénétisme<sup>177</sup>. Dans ce cas, pour l'entrée dans certains lieux<sup>178</sup>, l'autorisation préalable n'est pas nécessaire. Enfin, l'exception s'est élargie au terrorisme<sup>179</sup>, avant de s'étendre à toute la criminalité organisée<sup>180</sup>. Ici, une autorisation préalable est requise. Elle est délivrée soit par le juge des libertés ou de la détention, à la requête du procureur de la République, si les officiers de police judiciaires opèrent dans le cadre d'une enquête<sup>181</sup>, soit par le juge d'instruction, s'ils agissent sur commission rogatoire<sup>182</sup>. Tous types de locaux peuvent être perquisitionnés de nuit en enquête de

---

<sup>169</sup> Art. 57, al. 1 du CPP.

<sup>170</sup> Art. 56-1, al. 1 du CPP.

<sup>171</sup> Art. 56-3 du CPP.

<sup>172</sup> Art. 56-5, al. 1 du CPP.

<sup>173</sup> Art. 59 du CPP. Cette formule est reprise de l'article 76 de la Constitution du 22 frimaire an VIII.

<sup>174</sup> Desportes, Frédéric, *Traité de procédure pénale*, préc., n° 2336.

<sup>175</sup> Crim. 12 janv. 1988, B. n° 11.

<sup>176</sup> L. 31 déc. 1970 ayant modifié l'art. L. 627 CSP abrogé depuis et remplacé par art. 706-28 du CPP.

<sup>177</sup> Ord. 25 nov. 1960 abrogée. V. désormais, art. 706-35 du CPP.

<sup>178</sup> En matière de trafic de stupéfiants, selon l'article 706-28, la perquisition nocturne n'est pas possible sans autorisation qu'« à l'intérieur des locaux où l'on use en société de stupéfiants ou dans lesquels sont fabriqués, transformés ou entreposés illicitement des stupéfiants lorsqu'il ne s'agit pas de locaux à usage d'habitation ». En matière de proxénétisme, une telle perquisition ne peut être effectuée, selon l'article 706-35, qu'« à l'intérieur de tout hôtel, maison meublée, pension, débit de boissons, club, cercle, dancing, lieu de spectacle et leurs annexes et en tout autre lieu ouvert au public ou utilisé par le public lorsqu'il est constaté que des personnes se livrant à la prostitution y sont reçues habituellement ».

<sup>179</sup> Art. 706-24 du CPP issu des lois du 9 sept. 1986, 22 juill. 1996 et 30 déc. 1996.

<sup>180</sup> Art. 706-89 du CPP.

<sup>181</sup> Art. 706-89 et 706-90 du CPP.

<sup>182</sup> Art. 706-91 du CPP.

flagrance, tandis que ceux d'habitation ne peuvent l'être pendant l'instruction qu'en cas d'urgence, face à un crime ou délit flagrant, un risque de disparition de preuve, la commission actuelle d'une infraction en bande organisée<sup>183</sup>. Même lors d'une enquête préliminaire, la perquisition nocturne de locaux d'habitation en matière de terrorisme pourra désormais être faite dans l'objectif de « prévenir un risque d'atteinte à la vie ou à l'intégrité physique »<sup>184</sup>.

**48. Exceptions concernant le consentement de l'occupant.** Grâce à l'exigence du consentement de l'occupant, l'enquête préliminaire se distingue bien de l'enquête de flagrance par son caractère non coercitif. L'action de la police se trouve donc paralysée par un refus éventuel de l'intéressé. C'est la raison pour laquelle le législateur avait été amené à substituer au consentement des personnes visitées une autorisation donnée par l'autorité judiciaire, dès lors qu'il s'agissait de l'une des infractions relevant du terrorisme. De prime abord, la loi du 9 septembre 1986 avait apporté une dérogation en matière de terrorisme. À l'assentiment des intéressés a été substituée une autorisation accordée initialement par le président du tribunal de grande d'instance, et depuis la loi du 15 juin 2000, par le juge des libertés et de la détention, sur la requête du procureur de la République<sup>185</sup>. Ensuite, cette exception a été étendue, par la loi du 15 novembre 2001, aux infractions en matière d'armes et d'explosifs, ainsi qu'aux crimes et délits relatifs au trafic de stupéfiants visés par les articles 222-34 à 222-38 Code pénal<sup>186</sup>. Cependant le législateur a abrogé ces dispositions spécifiques par la loi du 9 mars 2004. Cette loi a prévu des dispositions dérogatoires pour un nombre d'infractions plus large relevant de la délinquance et de la criminalité organisées. Ainsi, s'agissant de l'une des infractions visées à l'article 706-73 du CPP, le juge des libertés et de la détention peut, sur requête du procureur de la République, autoriser des perquisitions nocturnes en matière d'enquête préliminaire, dès lors que les lieux à visiter ne sont pas des locaux d'habitation<sup>187</sup>. La loi du 17 août 2015 a de plus élargi son champ d'application, ajoutant « l'une des infractions visées à l'article 706-73-1 »<sup>188</sup>. La loi du 3 juin 2016 a continué d'étendre les règles dérogatoires. Les perquisitions peuvent concerner des locaux d'habitation en cas d'urgence et pour les enquêtes préliminaires concernant une ou plusieurs infractions du terrorisme<sup>189</sup>. En dernier lieu, des exceptions concernant le consentement de l'occupant ont été apportées par l'article 14-II de la loi du 9 mars 2004 et par un alinéa des dispositions de l'article 76 du Code de procédure pénale. Selon ce dispositif, « *si les nécessités de l'enquête relative à un crime ou à un délit puni d'une peine d'emprisonnement d'une durée égale ou supérieure à cinq ans l'exigent* », le juge des libertés et de la détention peut, sur requête du procureur de la République, décider, par une décision écrite et motivée, que les opérations de perquisitions et saisies seront effectuées sans l'assentiment de la personne.

---

<sup>183</sup> Art. 706-91 du CPP.

<sup>184</sup> Art. 706-90 du CPP dans sa rédaction issue du projet de loi renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale.

<sup>185</sup> Ancien art. 706-24 du CPP.

<sup>186</sup> Ancien art. 706-90 du CPP.

<sup>187</sup> Ancien art. 706-90 du CPP.

<sup>188</sup> Art. 706-90, alinéa 1 du CPP.

<sup>189</sup> Art. 706-90, alinéa 2 du CPP.

Il en résulte clairement que le régime dérogatoire précédent a fait disparaître le caractère non coercitif de l'enquête préliminaire. Comme Mme. Matsopoulou a constaté, « *l'élément consensualiste qui, selon la doctrine, caractérisait essentiellement cette enquête, n'occupe plus qu'une place secondaire, à tel point que l'on peut affirmer que, vu les très nombreuses dérogations, la règle de l'assentiment exprès et finalement devenue l'exception* »<sup>190</sup>. Nous sommes d'accord avec ce constat, car les termes législatifs sont de nature à favoriser les éventuels détournements de procédure et réservent aux exceptions un très large domaine d'application, toute infraction pouvant, dans ces conditions, justifier la mise en œuvre du régime dérogatoire. L'enquête préliminaire présente donc de plus en plus de points communs (caractère contraignant) avec l'enquête de flagrance.

#### 4. Certains challenges

**49. Les lieux concernés.** Quels sont les lieux d'exécution des opérations de perquisition ou de saisie ? Le législateur les a précisés dans le Code de procédure pénale. L'article 56 désigne le « domicile », mais l'article 94 prévoit aussi les lieux « où peuvent se trouver des objets ou des données informatiques dont la découverte serait utile à la manifestation de la vérité ». Le mot « domicile » doit être entendu ici dans un sens large. Selon la jurisprudence, il signifie « le lieu clos où, qu'une personne y habite ou non, elle a le droit de se dire chez elle quels que soient le titre juridique de son occupation et l'affectation donnée aux locaux »<sup>191</sup>. Une chambre d'hôtel<sup>192</sup> et un bureau<sup>193</sup> peuvent donc être considérés comme des domiciles. Mais les lieux ci-dessous ne sont pas des domiciles : la hutte de chasse<sup>194</sup>, la voiture automobile non aménagée<sup>195</sup>, le bateau non aménagé<sup>196</sup>, la consigne de gare<sup>197</sup>, le vestiaire d'une caserne<sup>198</sup>, le hall d'un hôtel<sup>199</sup>, une cour d'immeuble non close<sup>200</sup>, un garage<sup>201</sup>. La connaissance de l'affectation d'un lieu est très importante car la protection légale sera accordée même si le lieu est réservé à la commission d'infraction telle que le stockage de stupéfiants<sup>202</sup>.

Néanmoins, la notion de domicile reste parfois difficile à appréhender<sup>203</sup>. En premier lieu, concernant les parties communes d'immeubles, la jurisprudence s'est actuellement stabilisée. La Chambre criminelle a estimé qu'une cour fermée<sup>204</sup>

<sup>190</sup> Matsopoulou, Haritini, « Les évolutions récentes de la preuve en matière pénale », in *Mélanges Pradel*, Cujas 2006, p.419.

<sup>191</sup> Crim. 13 oct. 1982, B. n° 218, RSC 1983, p. 670 ; Crim. 24 juin 1987, B. n° 267, RSC 1989, p. 113 ; Crim. 23 mai 1995, B. n° 193.

<sup>192</sup> Crim. 31 janv. 1914, S. 1916, 1, p. 59.

<sup>193</sup> Crim. 24 juin 1987, n° 87-82.333, Bull. crim. n° 267.

<sup>194</sup> Crim. 9 janv. 1992, B.C., n° 6.

<sup>195</sup> Crim. 8 nov. 1979, B.C., n° 311, J.C.P., 1980.II.19337, note Davia.

<sup>196</sup> Crim. 20 nov. 1984, B.C., n° 355.

<sup>197</sup> Crim. 12 oct. 1993, B.C., n° 287, D., 1994, Somm. 186, obs. J. Pradel.

<sup>198</sup> Crim. 17 mai. 1993, non publié.

<sup>199</sup> Crim. 6 avril 1993, non publié.

<sup>200</sup> Crim. 26 septembre 1990, B.C., n° 321.

<sup>201</sup> Crim. 29 mars 1994, B.C., n° 118, D., 1995, Somm. 144, obs. J. Pradel.

<sup>202</sup> Gildas Roussel, « La perquisition : de la recherche de preuves à la recherche d'unité », *AJ Pénal* 2016, p.236.

<sup>203</sup> G. Beaussonie, « Immeuble et domicile en droit pénal », *AJ pénal* 2016. 59.

<sup>204</sup> Il en va de même pour les box (Crim. 7 mars 2007, n° 06-88.651 ; Crim. 6 mars 2013, n° 12-87.810, D. 2013. 1993, obs. J. Pradel ; *AJ pénal* 2013. 349, obs. J. Pronier), terrasse (Crim. 8 févr. 1994, n° 92-83.151) et balcon (Crim. 6 mars 2013, Bull. crim. n° 62).

impose de respecter les règles de la perquisition<sup>205</sup>, puis que les enquêteurs ne peuvent accéder aux parties communes qu'avec l'accord de l'un des copropriétaires ou du syndic<sup>206</sup>, lequel leur permet de réaliser des constatations<sup>207</sup> ou d'ouvrir les placards techniques<sup>208</sup>. Sans cette autorisation, les enquêteurs ne peuvent accéder qu'aux parties librement accessibles<sup>209</sup>. En somme, si les parties communes d'immeubles sont closes, elles peuvent être considérées comme des extensions de domicile. En second lieu, s'agissant des boîtes aux lettres, la Chambre criminelle les a qualifiées d'« accessoires du domicile », que les enquêteurs ne peuvent forcer en l'absence de flagrance ou du consentement de l'habitant<sup>210</sup>. Le paradoxe se trouve dans cette qualification, puisque les facteurs mais non les enquêteurs peuvent accéder librement aux boîtes aux lettres, certaines boîtes sont alors utilisées comme lieu de stockage de stupéfiants<sup>211</sup>. Il serait probablement plus convenable de différencier le contenant (la boîte) et le contenu (le courrier). Ce dernier est protégé par le secret des correspondances.

**50. Les preuves recherchées.** Un autre challenge se trouve dans le développement des objets de la perquisition et de la saisie. Sous l'influence de l'essor des technologies de l'information et de la communication, les données informatiques sont devenues des biens très importants dans la vie quotidienne<sup>212</sup>. La numérisation ne cesse de pénétrer dans l'administration de la preuve. Dans ce contexte, le législateur a modifié ou ajouté des règles pour s'adapter à ces évolutions. Les preuves pouvant être perquisitionnées et saisies sont constituées des « papiers, documents, données informatiques ou autres objets en la possession des personnes qui paraissent avoir participé au crime ou détenir des pièces, informations ou objets relatifs aux faits incriminés »<sup>213</sup>. L'ajout des données informatiques parmi ces preuves illustre la prise en compte des progrès numériques. En effet, depuis la loi n° 2003-239 du 18 mars 2003, les enquêteurs peuvent accéder aux données stockées dans tout système accessible depuis l'ordinateur du lieu de la perquisition, même si le système se trouve à l'étranger<sup>214</sup>. Ils peuvent aussi y accéder à distance à partir du système « initial ». Les données recueillies peuvent être copiées sur tout support qui est saisi et scellé. À vrai dire, ces opérations de perquisition ou saisie supposent toujours des supports corporels. Elles appartiennent encore aux perquisitions matérielles. Les règles concernant les perquisitions classiques sont donc applicables à ce type de perquisition

---

<sup>205</sup> Crim. 26 sept. 1990, n° 89-86.600, Bull. crim. n° 321.

<sup>206</sup> Crim. 23 janv. 2013, n° 12-85.059, au visa de l'art. L. 126-1 CH., D. 2013. 1045 note T. Potaszkin ; AJ pénal 2013. 227, obs. J. Pronier.

<sup>207</sup> Crim. 23 oct. 2013, n° 13-82.762, pour un parking souterrain d'immeuble.

<sup>208</sup> Crim. 26 juin 2013, n° 12-85.116.

<sup>209</sup> Crim. 2 oct. 2013, n° 12-87.976, AJ pénal 2014. 138, obs. J. Lasserre Capdeville.

<sup>210</sup> Crim. 15 oct. 2014, n° 14-83.702.

<sup>211</sup> Gildas Roussel, « La perquisition : de la recherche de preuves à la recherche d'unité », *AJ Pénal* 2016, p.236.

<sup>212</sup> La Cour de cassation admet l'application des infractions contre les biens, de sorte qu'il existe une notion pénale de propriété (des données, dans le cas présent). V. not. Crim., 20 mai 2015, n°14-81.336, D. 2015. 1466, note L. Saenko ; *ibid.* 2465, obs. G. Roujou de Boubée, T. Garé, C. Ginestet, M.-H. Gozzi et S. Mirabail ; AJ pénal 2015. 413, note E. Dreyer ; RSC 2015. 860, obs. H. Matsopoulou ; *ibid.* 887, obs. J. Francillon ; RTD com. 2015. 600, obs. B. Bouloc ; RTD eur. 2016. 374-54, obs. Ève Matringe relatif au vol, et AJ pénal 2017. 207 et s., Dossier Dernières évolutions des infractions contre les biens.

<sup>213</sup> Art. 56 du CPP.

<sup>214</sup> Art. 57-1 du CPP.

visant des données informatiques.

Cependant, les techniques de recueil des données informatiques sont désormais largement dématérialisées. 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, a permis la préhension à distance de données, indépendamment de la détention matérielle du système ou du support. On peut l'appeler « la perquisition numérique », à proprement parler, qui doit être clairement distinguée de la « perquisition matérielle »<sup>215</sup>. Si nous n'hésitons pas à reconnaître que les règles sur les perquisitions classiques s'appliquent à cette dernière, en va-t-il de même pour la première ? Selon la jurisprudence, la Cour de cassation a donné une réponse affirmative, puisqu'elle est hostile à la qualification de perquisitions distantes<sup>216</sup>. La Chambre criminelle explique que la connexion a été réalisée par les enquêteurs à partir de leur propre matériel informatique, au moyen d'un code découvert à l'occasion d'une perquisition autorisée par le juge des libertés et de la détention<sup>217</sup>. En conséquence, il s'agit d'une simple investigation et non d'une perquisition distincte exigeant une nouvelle décision de ce magistrat.

Néanmoins, si on creuse un peu, les perquisitions numériques devraient être qualifiées de nouvelles. D'une part, les critères classiques de la perquisition ne leur sont guère adaptés. Il existe quatre critères définissant la notion de perquisition: une pénétration, aux fins de mener activement une recherche, pour découvrir des éléments relatifs à une infraction ou à ses auteurs, dans un lieu clos<sup>218</sup>. Les trois premiers sont certainement adaptés aux perquisitions distantes, mais le dernier ne lui est pas adapté. Un lieu clos, notamment le domicile, est matériel. Cependant les lieux de stockage des données informatiques sont aujourd'hui de plus en plus dématérialisés. Par exemple, le « *cloud computing* »<sup>219</sup>, littéralement l'« informatique dans les nuages » est devenu une nouvelle solution technique de conservation des données, permettant à l'utilisateur d'accéder à ses données via un navigateur internet. Logiquement, si une perquisition numérique ne correspond pas complètement aux quatre critères d'une perquisition classique, les règles sur cette dernière dans le code de procédure pénale ne sont pas applicables à la perquisition numérique. Même si la jurisprudence accorde à ce nouvel acte une nature classique, il existe certainement des règles inadaptées. Cela laisse une espace aux enquêteurs pour réaliser arbitrairement cet acte. D'autre part, en contraste avec les objets matériels (papiers ou documents) de la perquisition et la saisie, les données numériques ont leurs particularités. Elles sont abondantes, facile à recueillir et à risque d'altération<sup>220</sup>. Ces données enrichies concernent non seulement les informations privées de personnes

<sup>215</sup> Olivier Décima, « Du piratage informatique aux perquisitions et saisies numériques ? », *AJ Pénal* 2017, p.315.

<sup>216</sup> Par exemple, elle s'est opposée à ce que l'accès à un serveur réalisé à la suite d'une perquisition matérielle puisse être qualifié – en lui même – de perquisition.

<sup>217</sup> Crim., 6 nov. 2013, n° 12-87.130, D. 2013. 2826, note P. Hennion-Jacquet ; *ibid.* 2014. 1736, obs. J. Pradel ; *AJ pénal* 2014. 40, obs. P. de Combles de Nayves.

<sup>218</sup> V. *AJ pénal* 2016. 236 et s., Dossier spécial : Les perquisitions.

<sup>219</sup> Il consiste à « déporter sur des serveurs distants des traitements informatiques traditionnellement localisés sur un serveur local ou sur le poste de l'utilisateur ». V. H. Bitan, « Le cabinet d'avocats à l'ère numérique », *RLDI*, 2011, n° 72, p. 99.

<sup>220</sup> Sophie Sontag Koenig, « Les perquisition 2.0 : quand l'informatique se saisit de l'immatériel », *AJ Pénal*, 2016, p.238.

suspectées mais aussi celles de tiers. Par conséquent, il est nécessaire de requalifier la nature d'une perquisition numérique et de l'encadrer spécifiquement. Sinon, ce nouveau procédé va conduire à diminuer la protection des droits fondamentaux, tels que la vie privée et la propriété, même s'il est aussi un enjeu majeur contribuant à la manifestation de la vérité.

**51. Conclusion sur la perquisition et la saisie.** La perquisition et la saisie sont, à première vue, bien encadrées, car de nombreuses dispositions destinées à freiner le pouvoir de l'enquêteur ou à garantir les droits de la personne perquisitionnée sont prévues dans le Code de procédure pénale. L'exigence du consentement préalable de l'occupant lors de la perquisition au cours de l'enquête préliminaire se reflète particulièrement le frein du pouvoir de l'enquêteur, puisque dans ce cas, l'occupant décide l'ouverture de ces actes. Néanmoins, à travers les analyses précédentes, nous voyons des exceptions au principe et des challenges. Ces dernières sont en train de renverser notre première impression sur l'encadrement de la perquisition et de la saisie. D'une part, la portée des exceptions est de plus en plus élargie. Sous cette influence, la ligne entre l'enquête de flagrance et l'enquête préliminaire s'efface progressivement. La perquisition et la saisie deviennent en effet des procédés coercitifs de recueil des preuves quel que soit le stade de la procédure pénale pendant lequel elles ont lieu. D'autre part, le législateur n'a pas encore amélioré les régimes concernant la perquisition ou la saisie numérique. Cette imperfection va peut-être conduire à l'atteinte de droits fondamentaux. Par conséquent, on ne peut pas simplement conclure que la perquisition et la saisie sont bien encadrées. Mais il est certain que le législateur a un curseur qui adapte la sévérité de l'encadrement de ces actes aux circonstances sociales.

## § 2. Les procédés scientifiques

**52. Deux catégories des procédés scientifiques.** Après l'analyse des procédés traditionnels, il convient d'étudier les procédés scientifiques. On peut distinguer ces derniers en deux catégories selon le critère d'atteinte au corps. La première porte sur les procédés scientifiques ne pas portant atteinte au corps. L'écoute téléphonique judiciaire est un modèle de cette catégorie **(A)**. La seconde regroupe les procédés scientifiques portant atteinte au corps. Dans ce cas, il est pertinent de citer en exemple le prélèvement corporel **(B)**.

### A. Écoutes téléphoniques judiciaires

**53. Les raisons du choix de traiter des écoutes téléphoniques judiciaires.** Dans la procédure pénale, il existe plusieurs procédés scientifiques qui ne portent pas atteinte au corps, comme les interceptions de correspondances émises par la voie des télécommunications, la sonorisation et fixation d'images de certains lieux ou véhicules, la captation des données informatiques, la géolocalisation d'une personne. Parmi eux, nous allons choisir les premières (appelées également « écoutes téléphoniques judiciaires » selon une formule courante) pour présenter un panorama de ces procédés.

Les trois caractères suivants de ces derniers peuvent justifier notre choix.

Premièrement, l'explosion planétaire des écoutes téléphoniques est incontestable<sup>221</sup>. Aucun pays, démocratique ou non-démocratique, ne peut ignorer la législation de ces actes judiciaires. Si les écoutes téléphoniques ne sont pas efficacement encadrées, le « *Big brother* » qui voit tout et entend tout dans 1984 de George Orwell<sup>222</sup> réapparaîtrait dans la société réelle. Et nous allons nous trouver dans le « panoptique », un système de surveillance imaginé par Jeremy Bentham en 1780 et longuement commenté par Michel Foucault<sup>223</sup>.

Deuxièmement, par rapport aux autres techniques précitées, les écoutes téléphoniques sont les premières mesures légitimées par le législateur français. Il devient en effet le modèle de la législation interne des autres techniques. Le régime des écoutes téléphoniques existe dans le Code de procédure pénale depuis la loi de 1991, soit environ 26 ans. Cela nous permet d'examiner le processus de la législation de ces procédés scientifiques.

Troisièmement, au fur et mesure du développement informatique et numérique, les téléphones sont devenus aujourd'hui mobiles et multifonctionnels (comme un miniordinateur). Nous utilisons les téléphones pour transmettre non seulement la voix, mais aussi diverses sortes de données numériques (fichiers, photos, messages écrits...). D'ailleurs, grâce à l'escalade technologique, diverses applications (Skype, WhatsApp, Wechat etc.) sont utilisées pour la communication sur internet, par voix ou par voix et images ou encore par écrits. Le régime des écoutes téléphoniques doit également évoluer sous l'influence de cette nouvelle situation. Il s'est fondue dans la catégorie plus générale des interceptions de télécommunications, notamment Internet et les courriers électroniques.

En clair, compte tenu de son utilisation fréquente, de son ancienneté dans la législation et de son évolution dans les dernières années, nous allons choisir ce procédé scientifique de recueil des preuves pour approfondir notre étude.

**54. Évolution législative.** Les écoutes téléphoniques judiciaires étaient des pratiques sans réel contrôle avant la loi de 1991. Dans les affaires *Imbert* et *Tournet*<sup>224</sup>, la Chambre criminelle a justifié la légalité des écoutes téléphoniques selon l'article 81, alinéa 1 du Code de procédure pénale, tel que « *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* ». La haute Cour a souvent fait référence à cette formule assez floue pour justifier la légalité des mesures effectuées ou ordonnées par le juge d'instruction. Cela veut dire que ces mesures ne sont pas effectivement contrôlées par la loi, puisqu'il n'existe pas de loi précise et qualitative sur ces mesures.

---

<sup>221</sup> Selon les chiffres officiels, en France, 33 000 écoutes, dont 27 000 judiciaires et près de 6 000 administratives, ont été sollicité en 2009. Lors d'un colloque de 2006, alors que le nombre des écoutes s'élevait à 20 000 seulement, un intervenant rappelait que c'était 15 fois moins qu'en Italie, 12 fois moins qu'aux Pays-Bas, 3 fois moins qu'en Allemagne et quasiment équivalent à l'Angleterre, l'Écosse ou l'Autriche. Voir Sénat, septembre 2006, le rapport du DRMCC. Les États-Unis sont les champions mondiaux de l'interception des signaux. Le nombre d'enregistrements autorisés par les Cours américaines a un peu moins que doublé de 1995 à 2005 (d'environ 1 200 à environ 1 800). Voir François-Bernard Huyghe, *Les écoutes téléphoniques*, Que sais-je? 2009, p.44-70.

<sup>222</sup> George Orwell, *1984*, Londres, Penguin books, 2008.

<sup>223</sup> Michel Foucault, *Surveiller et punir*, Paris, Gallimard, 1975.

<sup>224</sup> Crim., 12 juin 1952, *Imbert*, JCP 1952. II . 7241, note J. Brouhot ; S. 1954.1.69, note A. Légal ; Crim., 9 octobre 1980, *Tournet*, D.1981.332 et la note ; JCP 1982. I . 19578, note G. Di Marino ; Rev. Sc. Crim. 1982.144, obs. J. Robert. J. Pradel et A. Varinard, *Les grands arrêts de la procédure pénale*, 9<sup>e</sup> édition, Dalloz, 2016, p.192-203.

Il faut attendre jusqu'aux années 1990 pour que le législateur français déclenche un projet de loi spéciale sur les écoutes téléphoniques. Sous l'influence du scandale provoqué par la fameuse affaire des « écoutes de l'Élysée »<sup>225</sup> et à la suite de la condamnation de la Cour européenne dans l'arrêt *Kruslin et Huvig*<sup>226</sup>, le législateur a adopté la loi n° 91-646 du 10 juillet 1991 relative au secret des correspondances émises par la voie des communications électroniques. Cette loi place la France dans le camp des systèmes dits « mixtes », qui font cohabiter des interceptions autorisées par le juge avec des interceptions de sécurité. Dès lors, les écoutes téléphoniques judiciaires sont prévues par l'article 100 à 100-7 du Code de procédure pénale. La loi de 1991 a stabilisé les bases du régime des écoutes téléphoniques, même si elle n'a pas résolu toutes les questions liées aux interceptions. Ce régime a été complété ensuite par les lois du 9 septembre 2002 et du 9 mars 2004.

Dans ce processus d'évolution législative, le législateur a dans un premier temps renforcé l'encadrement des écoutes judiciaires **(1)**, mais l'a ensuite affaibli à travers l'extension remarquable de ce procédé, sans compter que le régime des écoutes judiciaires a lui-même des lacunes **(2)**.

### **1. L'encadrement des écoutes judiciaires**

**55. Éléments essentiels.** La loi a consacré les éléments essentiels de l'encadrement des écoutes téléphoniques judiciaires, tels que leur champ d'application, leur décision d'autorisation, leur durée, leurs conditions de fond, leurs modalités procédurales et leurs règles dérogatoires. Ces éléments répondent à l'exigence relative à « la qualité de la loi » (son accessibilité et sa prévisibilité) évoquée par la Cour européenne<sup>227</sup>. Il convient de les examiner un par un avant l'étude de leur extension et de leurs lacunes.

**56. Champ d'application.** Selon l'article 100 du CPP, « *en matière criminelle et en matière correctionnelle, si la peine encourue est égale ou supérieure à trois ans d'emprisonnement, le juge d'instruction peut, lorsque les nécessités de l'information l'exigent, prescrire l'interception, l'enregistrement et la transcription de correspondances émises par la voie des communications électroniques. Ces opérations sont effectuées sous son autorité et son contrôle.* » Les écoutes téléphoniques judiciaires étaient donc l'apanage du juge d'instruction qui ne pouvait le prescrire que dans le cadre d'une information ouverte après la mise en mouvement de l'action publique<sup>228</sup>. Elles recouvrent seulement les procédés de l'interception, de l'enregistrement et de la transcription de correspondances émises par la voie des communications électroniques. A contrario, elles ne concernent pas l'enregistrement clandestin d'une conversation qui se déroule sans recours à un moyen de

---

<sup>225</sup> Au cours du premier septennat de François Mitterrand (de 1983 à 1986, date de la première cohabitation), la cellule antiterroriste de l'Élysée (créée en 1982 et dissoute en 1988), dirigée par le gendarme du GIGN Christian Prouteau, a effectué sur la demande du président de nombreuses écoutes de personnalité. L'affaire a donné lieu à l'ouverture d'une instruction judiciaire en 1993. Celle-ci fut particulièrement longue. Après la levée du secret-défense, elle ne fut jugée définitivement qu'en 2005.

<sup>226</sup> La Cour européenne a posé des exigences en matière de limitation de la durée des écoutes, de restriction de l'interception à des faits relevant d'une certaine qualification (catégories de personnes et d'affaires justifiant des interceptions), etc. CEDH, 24 avr. 1990, *Kruslin et Huvig c/ France*.

<sup>227</sup> CEDH, 24 avr. 1990, *Kruslin et Huvig c/ France*.

<sup>228</sup> Desportes, Frédéric, *Traité de procédure pénale*, préc., n° 2248.

communications électronique. D'ailleurs, ces procédés doivent tendre à intercepter les communications en temps réel. Ainsi, les enquêteurs peuvent intercepter les messages écrits échangés par voie électronique, mais non les messages reçus ou adressés antérieurement<sup>229</sup>. L'appréhension de ces derniers est assurée par la perquisition informatique.

**57. Décision d'autorisation et durée.** Conformément à l'article 100 du CPP, au stade de l'instruction, la décision est prise par le juge d'instruction, qui agit de sa propre initiative et effectue les opérations sous son autorité et son contrôle. Cette décision doit comporter tous les éléments d'identification de la liaison à intercepter et mentionner l'infraction qui motive le recours à l'interception, afin de prévenir d'éventuels détournements de procédure<sup>230</sup>. Cette décision n'est susceptible d'aucun recours à cause de son caractère non-juridictionnel<sup>231</sup>. La durée initiale des écoutes téléphoniques judiciaires est de quatre mois<sup>232</sup>. Mais il est possible d'autoriser le renouvellement, de quatre mois en quatre mois, dans les mêmes conditions de forme. Cette durée est comptée à partir du jour de la mise en place effective du dispositif d'écoute et non à la date à laquelle le juge d'instruction rend son ordonnance d'autorisation des écoutes<sup>233</sup>. En outre, cette durée est appréciée par ligne et non par personne. Autrement dit, lorsque la personne utilise plusieurs lignes, elle peut être écoutée sans renouvellement durant plus de quatre mois dès lors que la durée de l'écoute mise en place pour chacune des lignes concernées a été inférieure<sup>234</sup>.

**58. Conditions de fond.** D'après l'article 100 du CPP, deux conditions de fond sont nécessaires pour la mise en œuvre des écoutes téléphoniques judiciaires. L'une concerne l'infraction poursuivie. Les écoutes téléphoniques judiciaires ne peuvent être appliquées que dans les informations suivies pour crimes ou pour un délit puni d'une peine d'emprisonnement d'une durée égale ou supérieure à deux ans. Et l'autre porte sur les nécessités de l'information. Cette condition est l'expression de l'exigence de proportionnalité rappelée avec force en la matière par la Cour européenne des droits de l'homme<sup>235</sup> et par le Conseil constitutionnel<sup>236</sup>.

**59. Modalités procédurales.** Les articles 100-4 à 100-6 du CPP consacrent les modalités procédurales des opérations d'interception et d'enregistrement. D'abord, les enquêteurs doivent dresser un procès-verbal de chacune des opérations d'interception et d'enregistrement avec indication de la date et de l'heure auxquelles l'opération a commencé et de celles auxquelles elle s'est terminée. Et les enregistrements sont placés sous scellés fermés. Ensuite, les enquêteurs doivent procéder à la transcription de la correspondance en dressant un procès-verbal, le cas échéant avec l'assistance d'un interprète requis à cette fin lorsque les propos ont été

---

<sup>229</sup> Crim. 8 juill. 2015, n° 14-88. 457, ECPB.

<sup>230</sup> Art. 100-1 du CPP.

<sup>231</sup> Cette décision s'analyse en un acte d'investigation et non en un acte juridictionnel. Art. 100, al. 2 du CPP.

<sup>232</sup> Art. 100-2 du CPP.

<sup>233</sup> Crim. 10 mai 2012, B. n° 116.

<sup>234</sup> Desportes, Frédéric, *Traité de procédure pénale*, préc., n° 2256.

<sup>235</sup> Par exemple : La Cour européenne a rappelé « nécessaires dans une société démocratique », v. CEDH, 24 août 1998, Lambert c/ France ; CEDH, 29 mars 2005, Matheron c/ France ; ou elle a dit d'une autre façon, « un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé », v. CEDH, 4 déc. 1995, Bellet c/ France ; CEDH, 21 mai 2002, Peltier c/ France.

<sup>236</sup> Cons. const. déc. n° 96-377 DC, 16 juill. 1996 ; cons. const. déc. n° 2004-492 DC du 2 mars 2004.

tenus en langue étrangère. Enfin, les enregistrements sont détruits, à la diligence du procureur de la République ou du procureur général, à l'expiration du délai de prescription de l'action publique. Et il est dressé un procès-verbal de l'opération de destruction.

**60. Règles dérogatoires.** Pour protéger les secrets professionnels, la loi interdit en principe d'intercepter, d'enregistrer ou de transcrire les correspondances impliquant certaines personnes, telles que les avocats (aussi pour protéger les droits de la défense), les journalistes, les députés ou les sénateurs, les magistrats, sans que les enquêteurs respectent les règles dérogatoires<sup>237</sup>. Par exemple, il existe trois exceptions pour distinguer le régime des interceptions téléphoniques des avocats et le régime général des écoutes. Premièrement, le juge d'instruction doit informer le bâtonnier<sup>238</sup>. Deuxièmement, il est interdit de transcrire, à peine de nullité, les conservations qui relèvent de l'exercice des droits de la défense<sup>239</sup>. Troisièmement, les conversations entre un avocat et son client ne peuvent être transcrites et versées au dossier de la procédure que s'il apparaît que son contenu est de nature à faire présumer la participation de cet avocat à une infraction<sup>240</sup>.

## 2. L'extension et les lacunes des écoutes judiciaires

**61. Observation.** Sous l'angle de ces textes, il semble que les écoutes judiciaires sont encadrées strictement, parce que les dispositions recouvrent plusieurs éléments nécessaires pour légitimer ces mesures. Mais si nous les examinons scrupuleusement, nous allons découvrir les lacunes du régime des écoutes judiciaires. Elles assouplissent en effet ces règles de l'encadrement. D'ailleurs, l'extension de champ d'application des écoutes judiciaires est une marque évidente de l'affaiblissement de leur encadrement.

### a) L'extension des écoutes judiciaires

**62. Extension du champ d'application.** Après l'entrée en vigueur de la loi du 9 mars 2004, le champ d'application des écoutes judiciaires a été considérablement élargi. Elles peuvent désormais être employées également dans trois autres cas : pour rechercher les causes de la mort ou d'une disparition au cours d'une information<sup>241</sup> ; aux fins de découvrir une personne en fuite au stade de l'enquête<sup>242</sup> ; lors d'une infraction de criminalité organisée en cas d'enquête préliminaire ou de flagrance<sup>243</sup>. La durée de l'autorisation de l'interception est différente dans chaque cas. Dans le premier cas, la durée maximum est de deux mois ; elle peut être renouvelable. Dans le deuxième cas, la durée de la décision d'interception est limitée à deux mois et, spécificité supplémentaire, elle ne peut être renouvelée au-delà de six mois en matière correctionnelle. Et dans le troisième cas, l'interception ne peut être autorisée que pour une durée maximum d'un mois<sup>244</sup>, renouvelable une fois dans les mêmes

<sup>237</sup> Art. 100-5 et art. 100-7 du CPP.

<sup>238</sup> Art. 100-7 du CPP.

<sup>239</sup> Art. 100-5 du CPP.

<sup>240</sup> C'est une exigence de la Chambre criminelle. V. crim. 15 janv. 1997, B. n° 14, Dr. pén. 1997, comm. 55.

<sup>241</sup> Art. 80-4 du CPP.

<sup>242</sup> Art. 74-2 du CPP.

<sup>243</sup> Art. 706-95 du CPP.

<sup>244</sup> Avant l'entrée en vigueur de la loi du 14 mars 2011, l'interception ne pouvait être prescrite que pour une durée maximum de quinze jours, renouvelable une fois.

conditions de forme et de durée, par une décision écrite. Ainsi, les écoutes judiciaires peuvent désormais être employées non seulement en cours d'instruction, mais aussi au stade de l'enquête policière. Dans ce dernier cas, c'est au juge des libertés et de la détention, saisi par le procureur de la République, qu'il appartient de prescrire, par ordonnance, les écoutes judiciaires et d'en contrôler l'exécution.

b) Les lacunes des écoutes judiciaires

**63. Un contrôle efficace des magistrats ?** Selon le système actuel en France, deux magistrats différents sont responsables de prendre les décisions d'autorisation des écoutes téléphoniques avant procès. Plus précisément, l'auteur du contrôle au stade de l'enquête est le juge des libertés et de la détention ; celui au stade de l'instruction est le juge d'instruction. Ce système, dans lequel celui qui ordonne est celui qui contrôle, est critiqué par la Cour européenne. Dans l'affaire *Matheron c/ France*, la Cour EDH estime que « qu'un tel raisonnement conduirait à considérer que la qualité de magistrat de celui qui ordonne et suit les écoutes impliquerait, ipso facto, la régularité des écoutes et leur conformité avec l'article 8, rendant inutile tout recours pur les intéressés »<sup>245</sup>. En dehors de la violation du principe dit « *nemo iudex in causa sua* », il existe également une simple raison de volume de travail pour expliquer la faiblesse du contrôle. À cause de la surcharge de travail, les magistrats ne peuvent pas toujours vérifier précisément la nécessité d'écouter une ligne, ni s'assurer du rapport effectif entre la ligne indiquée sur la demande et l'affaire en question. Dans la pratique, les enquêteurs vont voir le magistrat, lui présentent un procès-verbal de synthèse contenant des éléments qui pourraient mettre en cause une personne et justifier la nécessité d'écouter tel numéro<sup>246</sup>. Le magistrat leur donne – souvent sur le champ – la fameuse commission rogatoire pour une durée précise et sur un dossier précis. Cependant peut-il vraiment vérifier par lui-même qui correspond à quel numéro<sup>247</sup> ? Peut-il s'assurer que le contenu des procès-verbaux reflète bien celui des enregistrements en coiffant le casque ? Peut-il vraiment suivre toutes les écoutes qu'il est censé avoir autorisées ? Il est permis d'en douter.

**64. La protection du secret professionnel des avocats : des garanties insuffisantes.** Concernant les écoutes téléphoniques qui touchent un avocat, nous avons mentionné trois règles exceptionnelles<sup>248</sup>. Il convient ici de distinguer deux situations. La première est les écoutes qui visent l'avocat lui-même. Lorsque le magistrat dispose d'indices laissant penser qu'il pourrait être l'auteur d'une infraction, il est possible d'écouter ses conversations, mais également de les transcrire dans le cadre d'une enquête pénale<sup>249</sup>. La seconde est les écoutes qui visent l'un de ses clients et qui peuvent le concerner d'une manière incidente. Dans ce cas, les échanges sont écoutés, mais ils ne peuvent donner lieu à transcription, dès lors que l'avocat ne fait

<sup>245</sup> CEDH, 29 mars 2005, n° 57752/00, *Matheron c/ France*, § 40.

<sup>246</sup> François-Bernard Huyghe, *Les écoutes téléphoniques*, Que sais-je ? 2009, p.44-70.

<sup>247</sup> Surtout dans une affaire où de nombreux suspects utilisent plusieurs appareils et contactent de multiples correspondants qui, eux aussi, changent souvent de carte SIM.

<sup>248</sup> Voir paragraphe 48.

<sup>249</sup> Crim. 15 janv. 1997, *Juris-Data* n° 1997-000791 ; Crim. 1<sup>er</sup> oct. 2003, n° 03-82.909, D. 2004. 671, obs. J. Pradel ; RSC 2004. 99, obs. C. Ambroise-Castérot.

l'objet d'aucun soupçon et que le secret professionnel doit donc être protégé<sup>250</sup>.

Quatre questions centrales apparaissent : l'effet dissuasif sur la liberté des échanges entre l'avocat et son client ; le critère de suspicion permettant d'engager des écoutes, les pouvoirs d'intervention du bâtonnier et la nature des éléments écoutés qui peuvent faire l'objet d'une transcription qui sera jointe au dossier.

Quant à la première question, c'est un motif soulevé par les avocats dans l'affaire Buffalo Grill<sup>251</sup>, lorsqu'ils requéraient à la Cour de Strasbourg pour annuler la transcription de leurs conversations téléphoniques. Les requérants indiquent que la possibilité de poursuites de l'avocat sur le fondement d'une telle transcription peut avoir un effet dissuasif sur la liberté des échanges entre l'avocat et son client<sup>252</sup>. Et les difficultés ont déjà été évoquées : les propos entre l'avocate et son client, certes constitutifs d'une infraction, n'étaient-ils pas pour autant liés à la défense de son client ? La communication des informations litigieuses avait incontestablement pour finalité de lui permettre d'anticiper les questions des enquêteurs et, plus largement, de préparer au mieux sa défense<sup>253</sup>. Afin de défendre la position du droit français, un auteur écrit qu'un avocat « ne peut plus se considérer comme avocat alors qu'en participant à une infraction, il se conduit comme un délinquant »<sup>254</sup>. La Cour EDH favorise cette opinion et affirme que la thèse proposée par les requérants « n'est pas défendable dès lors qu'il s'agit de propos tenus par l'avocat lui-même, susceptibles de caractériser un comportement illégal de celui-ci »<sup>255</sup>. Elle ajoute que « à cet égard un professionnel du droit tel qu'un avocat est particulièrement bien armé pour savoir où

---

<sup>250</sup> Pour une illustration : V. Crim. 17 sept. 2008, n° 08-85.229, AJ pénal 2008. 467, obs. S. Lavric ; RSC 2009. 897, obs. J. Buisson.

<sup>251</sup> L'affaire Buffalo Grill est une affaire fort médiatique. Les origines de cette affaire se situent dans le décès de plusieurs personnes de la maladie de Creutzfeld-Jacob, du fait de la consommation de viande contaminée (« vache folle »). L'information judiciaire fit naître des soupçons de violation, par la filiale d'une chaîne de restaurants, de l'embargo alors imposé sur l'importation de viande bovine en provenance du Royaume-Uni. Un réquisitoire supplétif en saisit le juge d'instruction, lequel délivra commission rogatoire afin que la ligne téléphonique du dirigeant de la filiale fût placée sur écoute. L'instruction vient d'ailleurs tout récemment de se terminer par un non-lieu, rendu le 26 février 2016, aux motifs notamment que les investigations n'avaient pas permis de démontrer l'importation illégale de viande anglaise sur le territoire français. Pour autant, malgré le non-lieu, l'histoire n'était pas encore toute à fait terminée. L'arrêt rendu le 16 juin 2016 par la juridiction de Strasbourg est une sorte « d'excroissance » par rapport au contentieux initial. Il concerne les avocats intervenus dans la procédure. Diverses écoutes téléphoniques de ligne du PDG de Buffalo Grill permirent de deviner que deux avocats, dont l'un était également la collaboratrice du PDG de Buffalo Grill, renseignaient ce dernier sur le contenu des interrogatoires de salariés qu'ils avaient assistés en garde à vue. Ces avocats paraissaient donc avoir commis l'infraction de violation de secret professionnel. Poursuivis par leur Ordre, les deux avocats furent sanctionnés par une interdiction d'exercer temporaire, prononcée avec sursis, peine confirmée en appel (suivi d'un pourvoi que la première Chambre civile déclara non admis en 2011). Les requérants saisirent alors la Cour européenne en se plaignant de l'interception et de la transcription des conversations qu'ils avaient eues avec un de leurs clients, et de l'utilisation contre eux, à des fins disciplinaires, des procès-verbaux correspondants. Ils invoquaient l'article 8 de la Convention protégeant notamment leur secret professionnel. Mais leurs espoirs allaient être déçus, la Cour européenne refusant de condamner l'État français dans cette affaire. V. Crim. 1<sup>er</sup> oct. 2003, n° 03-82.909, Bull. crim. n° 177 ; D. 2004. 671, obs. J. Pradel ; RSC 2004. 99, obs. C. Ambroise-Castérot ; CEDH, déc., 18 mars 2008, n° 12372/04, *Picart c/ France* ; Coralie Ambroise-Castérot, « Validation européenne des écoutes téléphoniques incidentes d'avocat », in *AJ Pénal 2016*, p.427 ; Evan Rasche, « Avocats : des écoutes téléphoniques incidents qui font grand bruit », in *Recueil Dalloz*, 2016, p.1852.

<sup>252</sup> Coralie Ambroise-Castérot, « Validation européenne des écoutes téléphoniques incidentes d'avocat », in *AJ Pénal 2016*, p.427.

<sup>253</sup> Evan Rasche, « Avocats : des écoutes téléphoniques incidents qui font grand bruit », in *Recueil Dalloz*, 2016, p.1852.

<sup>254</sup> J. Pradel, *Procédure pénale*, préc., n° 492.

<sup>255</sup> CEDH, 16 juin 2016, n° 9176/11, *Versini-Campinchi et Crasnianski c/ France*, § 83.

se trouvent les limites de la légalité »<sup>256</sup>. Malgré cette conclusion, il est nécessaire de réfléchir au critère de soupçon pour apprécier la mise en œuvre des écoutes qui visent un avocat.

Quant au critère de suspicion permettant à un magistrat d'autoriser le placement sur écoute d'un avocat, la jurisprudence prend en considération l'existence d'indices de participation<sup>257</sup>. Pour certains auteurs, c'est un critère trop flou et subjectif au regard de la gravité de l'atteinte au secret professionnel<sup>258</sup>. Mais quel seuil de suspicion faut-il fixer ? Un seuil trop bas n'est pas à la hauteur des enjeux du secret professionnel ; un seuil trop haut est préjudiciable à la recherche de la vérité. Selon une proposition des représentants de la profession d'avocat, il pourrait être prévu que la décision motivée du juge d'intercepter les conversations d'un avocat ne puisse être prise que s'il existe préalablement des indices graves et concordants laissant présumer que l'avocat participe ou a participé à la commission d'un crime ou d'un délit et qu'il s'agit de l'unique moyen d'en établir la preuve<sup>259</sup>. Il nous semble que cette proposition est très intéressante. Elle se réfère au seuil de la mise en examen facultative – indices graves ou concordants rendant vraisemblable que l'avocat ait pu participer, comme auteur ou comme complice, à la commission des infractions poursuivies. Néanmoins, le cas échéant, le législateur pourrait choisir le seuil de la mise en examen obligatoire – indices graves et concordants.

Quant à l'intervention du bâtonnier, le code de procédure pénale prévoit qu'il faut informer le bâtonnier, lorsque des interceptions judiciaires visent directement un avocat. Mais le bâtonnier dispose ici d'un rôle passif, puisqu'il n'a pas le pouvoir de s'opposer aux interceptions judiciaires visant la ligne téléphonique d'un avocat. En pratique, il n'est informé que de leur existence, mais en aucun cas il n'est invité à contrôler leur réalisation, ni l'utilisation qui en est faite<sup>260</sup>. En effet, rien n'impose au magistrat d'interroger le bâtonnier sur la nature des conversations interceptées afin qu'il lui indique s'il doit ou non procéder à leur transcription. La situation est différente en matière de perquisitions et de saisies. Dans ces cas, le bâtonnier peut provoquer l'intervention du juge des libertés et de la détention en cas de saisie d'un document portant atteinte aux droits de la défense. C'est un paradoxe compte tenu de la gravité de l'atteinte à la vie privée de ces procédés. À notre avis, il serait plus opportun de permettre au bâtonnier de contester le placement sur écoute d'un avocat dans le cadre d'une audience devant le juge des libertés et de la détention. Ce pouvoir plus large du bâtonnier supposerait qu'il soit informé de manière plus complète qu'à l'heure actuelle. Ainsi, il serait nécessaire que le procureur l'informe de l'infraction visée mais également des indices qui seraient de nature à permettre de soupçonner la participation de l'avocat visé à cette infraction, sans pour autant informer le bâtonnier de l'ensemble des éléments de l'enquête.

---

<sup>256</sup> CEDH, 16 juin 2016, n° 9176/11, *Versini-Campinchi et Crasnianski c/ France*, § 83.

<sup>257</sup> Crim. 1<sup>er</sup> oct. 2003, n° 03-82.909, Bull. crim. n° 177 ; D. 2004. 67, obs. J. Pradel ; RSC 2004. 99, obs. C. Ambroise-Castérot.

<sup>258</sup> Alexandre Gallois, « Protection du secret professionnel des avocats : les limites du droit français », in *Recueil Dalloz*, 2015, p.977 ; Emmanuel Daoud, « Interceptions judiciaires : mais qui gardera les gardiens ? », in *AJ Pénal*, 2014, p.333.

<sup>259</sup> Barreau de Paris, communiqué du 20 mars 2014.

<sup>260</sup> Emmanuel Daoud, « Interceptions judiciaires : mais qui gardera les gardiens ? », préc., p.333.

Quant à l'objet de la transcription des conversations entre un avocat et son client, le principe de la confidentialité des conversations échangées entre une personne mise en examen et son avocat ne s'oppose pas à leur écoute de façon générale, puis à la transcription de certaines d'entre elles, dès lors qu'il est établi que leur contenu est de nature à faire présumer la participation de cet avocat à des faits constitutifs d'une infraction. C'est la position de la Cour de cassation dans l'affaire *Paul Bismuth*<sup>261</sup>. Cette affaire, très médiatisée du fait de la mise en examen de Nicolas Sarkozy, soulève la question de la régularité de la transcription des correspondances entre M. Sarkozy et son avocat Thierry Herzog et aussi de celles entre ce dernier et son bâtonnier<sup>262</sup>. La Cour de cassation a répondu positivement à la première et a répondu négativement à la seconde. Néanmoins, il apparaît que les interceptions judiciaires sont aujourd'hui une possibilité de « partir à la pêche » aux infractions, ce qui semble contraire aux principes des droits de la défense et du secret professionnel de l'avocat.

En conséquence, le droit positif actuel n'offre pas de garanties suffisantes pour protéger les entretiens entre un avocat et son client. C'est la raison pour laquelle le côté des avocats insiste pour la réforme du régime des écoutes téléphoniques d'un avocat. Notamment, le Comité d'éthique du Barreau de Paris<sup>263</sup> émet des propositions détaillées. Ces dernières portent sur l'autorisation préalable des interceptions téléphoniques, les éléments indiqués dans la décision de cette autorisation, la durée maximale de l'interception téléphonique, l'exigence stricte de la transcription, la possibilité de recours après le versement au dossier des retranscriptions et la phrase du serment<sup>264</sup>. Un avocat a proposé d'interdire toute écoute « par ricochet » dès lors que l'interlocuteur du justiciable placé sur écoute est identifié comme étant un avocat, et n'est pas visé par la commission rogatoire<sup>265</sup>. Afin de réaliser cette interdiction, le bâtonnier de Paris a évoqué une possibilité technique<sup>266</sup>. Concrètement, l'avocat donne au juge son numéro de téléphone afin qu'il soit enregistré. Dans l'hypothèse où le client, dont les conversations téléphoniques sont écoutées, appelle son avocat ou reçoit un appel de celui-ci, l'enregistrement est alors immédiatement coupé grâce à un logiciel<sup>267</sup>.

**65. Déduction.** Il est pertinent d'affirmer que les propositions de réforme des lois de chaque côté (magistrats ou avocats) s'appuient, selon leur intérêt, soit sur la manifestation de la vérité, soit sur les droits de la défense. Ce à quoi le législateur doit réfléchir, c'est comment trouver un point équilibre entre ces deux éléments qui soit adaptés aux circonstances sociales. Grâce à l'analyse précédente sur les écoutes téléphoniques, nous voyons que le législateur encadre strictement ces procédés dans un premier temps, mais les élargit ensuite. Cette mutation peut être justifiée par de

<sup>261</sup> Paris, 7 mai 2015, n° 2014/05365, Dalloz actualité, 26 janv. 2016, obs. S. Lavric.

<sup>262</sup> Sébastien Fucini, « Affaire Paul Bismuth : régularité des écoutes téléphoniques », in *Dalloz actualité*, 24 mars 2016.

<sup>263</sup> Ce Comité est composé de personnalités indépendantes, étrangères pour la plupart à la profession d'avocat.

<sup>264</sup> Daniel Soulez Larvière, « Avocats – Les écoutes et le secret professionnel de l'avocat », in *La semaine juridique édition générale*, n°20-21, 16 mai 2016, 581.

<sup>265</sup> Emmanuel Daoud, « Interceptions judiciaires : mais qui gardera les gardiens ? », préc., p.333.

<sup>266</sup> Le secret professionnel des avocats : pour quoi faire ? colloque de l'Institut de droit pénal du barreau de Paris, 4 mars 2015.

<sup>267</sup> Alexandre Gallois, « Protection du secret professionnel des avocats : les limites du droit français », préc., p.977.

nouveaux contextes sociaux (la lutte contre le terrorisme). Mais cela ne veut pas dire que les autorités peuvent faire ce qu'elles veulent au nom de la lutte contre le terrorisme. Et nous ne pouvons pas, en ce nom, renverser l'ordre du principe et des exceptions. En résumé, le législateur français est à la recherche d'un point d'équilibre entre la sécurité et la liberté pour encadrer les écoutes téléphoniques judiciaires.

## B. Le prélèvement corporel

**66. Types de prélèvement corporel.** À la différence de l'écoute téléphonique, le prélèvement corporel est un procédé portant atteinte au corps. Mais comme l'écoute téléphonique, grâce aux progrès de la science, ce procédé apparaît dans l'enquête judiciaire. En théorie, on distingue deux types de prélèvements corporels : le prélèvement externe et le prélèvement interne<sup>268</sup>. C'est aussi la position du législateur. Il indique expressément « le prélèvement externe » dans l'article 55-1 du Code de procédure pénale<sup>269</sup>, sans toutefois définir précisément cette notion. Le Conseil constitutionnel a comblé cette lacune législative. Il considère que le prélèvement externe n'implique aucune intervention corporelle interne ni aucun procédé douloureux, intrusif ou attentatoire à la dignité des personnes<sup>270</sup>. Autrement dit, un prélèvement externe est un prélèvement pouvant être effectué sans recours à un procédé intrusif ou douloureux.

Néanmoins, il nous semble que cette dichotomie reste davantage théorique que pratique. Selon le droit positif, les sept catégories suivantes relèvent du prélèvement corporel : les prélèvements externes<sup>271</sup> ; les prélèvements de l'autopsie<sup>272</sup> ; les prélèvements de sang ou d'air expiré destinés à rechercher le taux d'alcool dans le sang<sup>273</sup> ; les prélèvements corporels dans le but de rechercher la présence de stupéfiants<sup>274</sup> ; les prélèvements corporels pour la recherche de maladies sexuellement transmissibles<sup>275</sup> ; les prélèvements d'empreintes digitales<sup>276</sup> ; les prélèvements aux fins de tests génétiques<sup>277</sup>. Il est clair que certaines d'entre eux ne peuvent pas être classifiées simplement dans les prélèvements externes ou les prélèvements internes. Hormis les deux premiers, ils semblent souligner les finalités des prélèvements. Et les buts de ces prélèvements sont diverses, soit recherche de la preuve de l'infraction, soit la recherche de l'identité de l'auteur (le prélèvement d'empreintes digitales et celui aux fins de tests génétiques), soit la protection

---

<sup>268</sup> Plusieurs auteurs adoptent cette dichotomie. Voir Desportes, Frédéric, *Traité de procédure pénale*, préc., n° 2308-2309 ; Coralie Ambroise-Castérot, « Les prélèvements corporels et la preuve pénale », in *Mélanges Pierre Julien, La justice civile au vingt et unième siècle*, Éditions Dalloz, 2003, p. 9-21.

<sup>269</sup> Art. 55-1 CPP, al. 1<sup>er</sup> : « 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'examen techniques et scientifiques de comparaison avec les traces et indices prélevés pour les nécessités de l'enquête ».

<sup>270</sup> Cons. const., 16 sept. 2010, n° 2010-25 QPC.

<sup>271</sup> Art. 55-1, 76-2 et 154-1 du CPP.

<sup>272</sup> Art. 230-28 à 230-31 du CPP.

<sup>273</sup> Art. L. 234-1 s. du Code de la route ; art. L. 3354-1 s. du Code de la santé publique.

<sup>274</sup> Art. 60 bis du Code des douanes ; art. 235-1 s. du Code de la route.

<sup>275</sup> Art. 706-47-1 du CPP.

<sup>276</sup> L'article 78-3 du CPP.

<sup>277</sup> Art. 706-54 à 706-56-1-1 du CPP.

corporelle de la victime (la recherche de maladies sexuellement transmissibles). Ainsi, en adoptant une position pragmatique, nous allons classier les prélèvements corporels selon leur but. Et comme nous le considérons ici dans le cadre des procédés de recueil des preuves pénales, nous allons analyser les prélèvements destinés à la recherche de la preuve de l'infraction (1) et ceux aux fins de recherche de l'identité de l'auteur (2).

### 1. Les prélèvements destinés à la recherche de la preuve de l'infraction

**67. Évolution législative.** Les prélèvements du sang ou d'air expiré ayant pour but la recherche du taux d'alcoolémie, ou la présence de stupéfiants ont été très tôt réglementés dans le Code de la route et le Code de la santé publique ou encore le Code des douanes. Mais les questions des « prélèvements externes » et des prélèvements de l'autopsie ont été réglementées tardivement dans le Code de procédure pénale. Ces deux questions sont respectivement issues de la loi du 18 mars 2003 et de la loi du 17 mai 2011. Malgré la législation, des zones d'ombres et des lacunes demeurent.

a) Les prélèvements de sang ou d'air expiré

**68. Personnes soumises à ces prélèvements.** Les lois prévoient la possibilité de procéder aux prélèvements afin d'établir la réalité d'une infraction. En ce qui concerne la recherche d'alcool, l'auteur présumé d'une infraction<sup>278</sup> et même toute personne qui conduit un véhicule<sup>279</sup> peuvent être soumis à des épreuves de dépistage de l'imprégnation alcoolique. Lors de la recherche de stupéfiants, une personne suspectée de transporter des produits stupéfiants dans son organisme (en présence d'indices sérieux)<sup>280</sup> et le conducteur impliqué dans un accident mortel<sup>281</sup> peuvent être soumis à des prélèvements et des examens médicaux. Mais les lois ne reconnaissent pas les prélèvements forcés. La contrainte ne peut être utilisée à l'encontre de ceux qui ne veulent pas se soumettre à ces mesures. Le consentement de l'intéressé est nécessaire. La législation française a donc préféré offrir une option à l'individu. Cependant le refus expose à des sanctions sévères. En cas de refus, les personnes visées sont punies d'un an d'emprisonnement et 3 750 € d'amende, peines édictées par l'article L. 3354-2 du Code de la santé publique et l'article 60 bis du Code de douanes<sup>282</sup>, ou de deux ans d'emprisonnement et 4 500 € d'amende et diverses peines complémentaires<sup>283</sup>, peines prévues par l'article L. 234-8 et l'article L. 235-1 du Code de la route.

**69. Personnes procédant à ces prélèvements.** Concernant le cas de la recherche de stupéfiants prévue par le Code des douanes, les agents des douanes se chargent

---

<sup>278</sup> Art. L. 234-3 du Code de la route et art. L. 33354-1 du Code de la santé publique.

<sup>279</sup> Art. L. 234-9 du Code de la route.

<sup>280</sup> Art. 60 bis du Code des douanes.

<sup>281</sup> Art. L.235-1 du Code de la route.

<sup>282</sup> Les agents des douanes n'ont pas de pouvoir de la sanction. Si les personnes visées refusent la demande de soumettre à des examens médicaux de la part des agents douanes, elle n'encourait pas la moindre sanction. Mais dans ce cas, les agents des douanes peuvent requérir une autorisation du juge (le président du tribunal de grande instance). Le magistrat saisi a la possibilité d'autoriser les agents des douanes à faire procéder aux examens médicaux. Mais le juge ne peut contraindre l'individu à s'y soumettre. Cependant son refus expose la personne soupçonnée à une peine.

<sup>283</sup> Ex : retrait du permis de conduire, peine de travail d'intérêt général, jours-amendes, etc.

de procéder ou faire procéder aux prélèvements. En cas de refus, les agents des douanes peuvent demander l'autorisation du juge. Dans ce dernier cas, le magistrat est responsable d'ordonner ces prélèvements. S'agissant des autres cas (prévus par le Code de la route et le Code de la santé publique), les officiers ou agents de police judiciaire peuvent procéder ou faire procéder aux prélèvements sur les personnes visées. L'officier de police judiciaire joue un rôle de contrôle.

b) Les prélèvements externes et d'autopsie

**70. Extension de champ d'application en cas de prélèvements externes.** Aux termes de l'article 55-1, « *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* ». Les personnes soumises aux prélèvements externes incluent non seulement toute personne soupçonnée mais également toute personne « *susceptible de fournir des renseignements sur les faits en cause* ». Cette disposition paraît très vague et laisse la porte ouverte à des interprétations extensives fort dangereuses pour les libertés individuelles. Un officier de police judiciaire pourra donc soumettre à examen n'importe quel individu, même s'il n'est pas soupçonné, même s'il n'est pas victime, ni témoin direct. De plus, que faut-il entendre par « *prélèvement externe* » ? Le texte indique qu'il s'agit des prélèvements « *nécessaire à la réalisation d'examens techniques et scientifiques de comparaison avec les traces et indices prélevés pour les nécessités de l'enquête* ». Cependant cette expression explique uniquement la finalité des prélèvements externes, mais non pas leur définition. Il faut attendre jusqu'en 2013, année où le Conseil constitutionnel a précisé la notion de prélèvements externes – sans recours à un procédé intrusif ou douloureux<sup>284</sup>. Néanmoins, ce critère n'est-il pas trop subjectif ? D'ailleurs, la sanction est très sévère puisque tout refus exposera l'individu sollicité à une peine d'un an d'emprisonnement et à 15 000 € d'amende. Ainsi, les pouvoirs des officiers de police judiciaire ont été incroyablement renforcés. Les prélèvements externes ne sont pas strictement encadrés.

**71. Défaut de prélèvement d'autopsie.** Le corps garde certains attributs de la personnalité et bénéficie ainsi d'une protection<sup>285</sup>. Depuis la loi du 17 mai 2011, le cas des autopsies médico-légales fait l'objet d'une réglementation dans le Code de procédure pénale aux articles 230-28 et suivants, même si le concept d'autopsie était implicitement contenu dans les articles 60, 74 et 77-1 du Code de procédure pénale

---

<sup>284</sup> Cons. const., 29 nov. 2013, n° 2013-357 QPC, consid. 55, D. 2013. 2777 ; AJ pénal 2014. 84, obs. G. Roussel ; JO 16 sept. 2010, p. 16847.

<sup>285</sup> Celle-ci est notamment prévue à l'article 16-1-1 du code civil, qui dispose que « le respect dû au corps humain ne cesse pas avec la mort. Les restes des personnes décédées, y compris les cendres de celles dont le corps a donné lieu à crémation, doivent être traités avec respect, dignité et décence ». Cette protection est également assurée par l'article 225-17 du code pénal qui prévoit, dans une section intitulée « des atteintes au respect dû aux morts », des peines d'emprisonnement pour toute atteinte injustifiée à l'intégrité du cadavre ainsi qu'aux « tombeaux, [...] sépultures, [...] urnes cinéraires ou [...] monuments édifiés à la mémoire des morts ».

qui parlent « d'examens techniques ou scientifiques »<sup>286</sup>. L'autopsie judiciaire consiste en un examen complet, interne et externe. Pour encadrer cette opération de l'autopsie, la loi prévoit qu'elle est réalisée sur une personne décédée « *par un praticien titulaire d'un diplôme attestant de sa formation en médecine légale ou d'un titre justifiant de son expérience en médecine légale* ». Le médecin légiste procède à divers prélèvements : cheveux, sang, urine, insectes etc. Ces éléments ne sont plus attachés au corps mais demeurent des prélèvements corporels devant bénéficier d'une certaine protection. Cependant le statut attaché à ces prélèvements questionne. En pratique, il existe en effet deux possibilités : soit ces éléments ne restent que de simples prélèvements corporels, soit ils sont mis sous scellés et deviennent des scellés judiciaires bénéficiant de la protection juridique attachée à ces derniers<sup>287</sup>. Dans cette deuxième option, le médecin légiste doit être accompagné, durant la réalisation de son acte technique, par des officiers de police judiciaire<sup>288</sup>. Néanmoins, à l'heure où le manque d'OPJ se fait de plus en plus ressentir et compte tenu de la charge toujours plus importante des missions qui leur sont confiées<sup>289</sup>, les services de police et de gendarmerie contestent l'automatisation de cette mission et réclament que cette charge soit assumée par les médecins légistes eux-mêmes. Autrement dit, l'opération de l'autopsie serait effectuée par les praticiens sans contrôle d'un officier de policier judiciaire.

## 2. Les prélèvements aux fins de la recherche de l'identité de l'auteur

**72. Deux façons permettant l'identification.** Le Code de procédure pénale permet aux officiers de police judiciaire de chercher et d'établir l'identité de l'auteur à travers les prélèvements d'empreintes digitales et d'empreintes génétiques. Depuis la loi du 3 septembre 1986, la question des empreintes digitales est encadrée. Mais la question des empreintes génétiques fut longtemps évoquée uniquement par l'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article 16-11 du Code civil<sup>290</sup>. Ce texte fort bref traitait cette question de manière très vague. La loi du 15 novembre 2001, et surtout celle du 18 mars 2003 « pour la sécurité intérieure » sont venues réglementer de manière plus précise la question des empreintes génétiques. Toutes les deux jettent les bases d'une législation relative aux investigations techniques et scientifiques ayant pour siège le corps de l'individu soupçonné. La loi n° 2006-399 du 4 avril 2006 et la loi n° 2016-731

---

<sup>286</sup> J. Pradel, *Procédure pénale*, préc., n° 476.

<sup>287</sup> Les scellés judiciaires permettent une traçabilité des éléments amenés, *in fine*, à servir de preuve. En outre, l'apposition d'un scellé permet d'empêcher toute falsification des prélèvements, contrairement à des prélèvements simples qui ne bénéficient pas de ces protections ; ainsi la réception de ce mode de preuve pourrait dépendre de la sécurité attachée à leur conservation. Voir Geoffrey Virbrac, Laurent Martrille, « Le corps médico-légal : une nécessaire modification des pratiques de mises sous scellés », in *AJ Pénal*, 2017, p.275.

<sup>288</sup> B. Durupt, *La Police judiciaire. La scène de crime*, Gallimard, coll. Découvertes, t. 403, 2000 ; P. Rogiez-Thubert, *La parole est au cadavre. Le quotidien d'un officier de police*, éd. Démos, coll. Criminologie et société, 2011.

<sup>289</sup> I. Péron, Lassés des « procédures lourdes », 1500 policiers renoncent à leur habilitation OPJ, <http://www.lexpress.fr/>.

<sup>290</sup> Art. 16-11 Code civil, al. 1<sup>er</sup> : « L'identification d'une personne par ses empreintes génétiques ne peut être recherchée que dans le cadre de mesures d'enquête ou d'instruction diligentée lors d'une procédure judiciaire ou à des fins médicales ou de recherche scientifique ou d'identification d'un militaire décédé à l'occasion d'une opération conduite par les forces armées ou les formations rattachées ». Bien évidemment, il existait déjà un fichier d'empreintes génétiques des délinquants sexuels condamnés (art. 706-54 du Code de procédure pénale). Mais cette disposition ne concernait en rien la recherche des preuves, l'utilisation des empreintes génétiques dans le cadre des enquêtes, etc.

du 3 juin 2016 ajoutent deux articles sur la question du Fichier National Automatisé des Empreintes Génétiques (FNAEG). Malgré l'accroissement de ces dispositions, la question des empreintes génétiques n'est toujours pas rigoureusement encadrée.

a) Les empreintes digitales

**73. Schéma de l'encadrement.** Selon l'article 78-3, alinéa 4 du Code de procédure pénale, les prélèvements des empreintes digitales peuvent être réalisés uniquement sur la personne interpellée qui « *maintient son refus de justifier de son identité ou fournit des éléments d'identité manifestement inexacts* ». Afin de restreindre son champ d'application, le législateur ajoute une autre condition - « *lorsque celle-ci constitue l'unique moyen d'établir l'identité de l'intéressé* ». Cette condition reflète le respect du principe de nécessité. En outre, l'officier de police judiciaire ne peut procéder à ce prélèvement qu'après autorisation du procureur de la République ou du juge d'instruction, mais non de sa propre initiative. En d'autres termes, les prélèvements des empreintes digitales sont soumis au contrôle des magistrats. De même, le code ne permet pas à l'officier de police judiciaire d'effectuer ces prélèvements sans le consentement de la personne visée. Mais l'article 78-5 du Code de procédure pénale édicte une peine de trois mois d'emprisonnement et de 3 750 € d'amende à l'encontre de ceux qui auront refusé de se prêter aux prises d'empreintes digitales ou de photographies autorisées par le procureur de la République ou le juge d'instruction. C'est le même schéma que l'on a présenté en matière de prélèvements destinés à la recherche de la preuve d'infraction.

b) Les empreintes génétiques

**74. L'enjeu des prélèvements d'empreintes génétiques.** Depuis la découverte des empreintes génétiques en 1985 par Alec Jeffreys<sup>291</sup>, la preuve génétique joue un rôle de plus en plus important dans les affaires pénales, surtout dans les affaires concernant les infractions sexuelles. Aujourd'hui la preuve génétique a remplacé les anciens modes de preuve, parce qu'elle est auréolée de la force scientifique. La vérité n'est plus recherchée dans la bouche de l'individu, mais dans son corps entier<sup>292</sup>. Cette nouvelle preuve scientifique évite la faillibilité et l'influençabilité de l'être humain. Dans la pratique, il semble que les preuves génétiques sont placées au sommet d'une hiérarchie probatoire<sup>293</sup>. « On pourrait dire, en poussant peut-être le raisonnement jusqu'à son extrême, que la preuve génétique est devenu *de facto* une preuve légale ; cette preuve scientifique quasi absolue, aux effets presque magiques deviendrait la nouvelle ordalie du droit positif contemporain »<sup>294</sup>. Néanmoins, l'empreinte génétique n'est pas divine, ni infaillible, car la fiabilité des résultats des tests ADN dépend de la qualité de prélèvements des échantillons et de leur conservation. Le

---

<sup>291</sup> Après cette découverte, les Britanniques ont tout de suite su tirer un parti policier et judiciaire du profil génétique et de la recherche ADN, mais la France a mis plus de temps à organiser légalement cette découverte. Voir Coralie Ambroise-Castérot, « Les empreintes génétiques en procédure pénale », in Mélanges Bernard Bouloc, *Les droits et le droit*, Dalloz, 2007, p. 19.

<sup>292</sup> Coralie Ambroise-Castérot, « Les prélèvements corporels et la preuve pénale », préc., p. 9.

<sup>293</sup> En principe, toutes les preuves possèdent la même valeur (hormis quelques exceptions relatives aux procès-verbaux) et sont soumises à l'intime conviction des juges. Le système des preuves légales a disparu en procédure pénale avec la fin de l'Ancien Régime.

<sup>294</sup> Coralie Ambroise-Castérot, « Les empreintes génétiques en procédure pénale », préc., p. 23.

prélèvement d'empreintes génétiques est la première (mais primordiale) étape de la longue chaîne qui aboutira à l'interpellation de l'auteur. En ce sens, les empreintes génétiques ne peuvent pas échapper aux erreurs d'humains faillibles. Ainsi, il est très important d'encadrer rigoureusement les prélèvements d'empreintes génétiques. Grâce aux articles 706-54 à 706-56-1-1 relatifs au fichier national automatisé des empreintes génétiques, la question des empreintes génétiques est encadrée. Nous trouvons d'un côté l'extension des empreintes et des traces enregistrées dans le FNAEG, et d'un autre côté, les mesures tendant à garantir la confidentialité de l'identité génétique.

**75. Extension des empreintes et des traces enregistrées dans le FNAEG.** Le FNAEG a été créé par la loi n° 98-468 du 17 juin 1998 relative à la prévention et à la répression des infractions sexuelles. Sa fonction initiale consiste à la répression de la récidive en matière de délinquance sexuelle. Cependant, depuis la loi n° 2001-1062 du 15 novembre 2001, le législateur a élargi la catégorie des personnes dont l'empreinte peut être recherchée<sup>295</sup> ainsi que le champ des infractions susceptibles de donner lieu à un enregistrement<sup>296</sup>. Aujourd'hui, il ne s'agit plus de fichier uniquement des délinquants sexuels mais toute une série d'individus, suspects ou condamnés, voire simples témoins ou membre de la famille d'une personne disparue, pour des infractions diverses et variées (de la simple infraction contre les biens jusqu'au crime contre l'humanité, en passant par la détention d'arme et le terrorisme)<sup>297</sup>. Il n'existe plus de lien apparent entre l'infraction commise et l'origine du fichier. Le législateur entend constituer un fichier regroupant le plus grand nombre possible de délinquants à partir de leur empreinte génétique. Le FNAEG a donc changé de fonction pour devenir « un outil d'investigation au service de l'élucidation des affaires policières »<sup>298</sup>. L'élucidation des infractions pénales implique, en amont, que soit prélevé un échantillon biologique sur les personnes impliquées, au cours de l'enquête ou de l'instruction. Le législateur a pourtant opéré une distinction entre les différentes personnes susceptibles de fournir des empreintes génétiques.

Tout d'abord, c'est le cas des prélèvements sur les condamnées. Le prélèvement forcé de l'intéressé, c'est-à-dire sans son consentement, est explicitement prévue pour les personnes condamnées pour un crime ou pour un délit puni de dix ans d'emprisonnement, sur réquisitions écrites du procureur de la République<sup>299</sup>. De plus, il convient de noter que la peine encourue en cas de refus par une personne condamnée pour crime, est portée à deux ans d'emprisonnement et 30 000 euros d'amende. La Cour de cassation a déjà jugé que cette loi était applicable immédiatement, même aux condamnations antérieures à son entrée en vigueur<sup>300</sup>. La

---

<sup>295</sup> art. 706-54, art. R. 53-10 du Code de procédure pénale.

<sup>296</sup> Art. 706-55 du Code de procédure pénale.

<sup>297</sup> Au niveau des infractions concernées, la liste établie à l'article 706-55 du Code de procédure pénale a déjà subi quatre réformes, à tel point qu'il est permis de se demander si l'énumération – censée être limitative – a toujours un sens.

<sup>298</sup> Y. Padova et Ch. Morel, « Droit des fichiers, Droits des personnes », *Gaz. Pal.*, 9 janv. 2004, p. 29.

<sup>299</sup> Art. 706-56, al. 5 du Code de procédure pénale.

<sup>300</sup> Crim. 22 juin 2004, Bull. crim. n° 164; *AJ Pénal* 2004, 329 ; Dr. pén. 2004, comm. 152, obs. A. Maron ; D. 2005. Pan. 1521. Obs. G. Roujou de Boubée ; Crim. 28 mai 2005, *AJ Pénal* 2005, 457, obs. C. Saas ; D. 2006. Pan. 1600, obs. J.-Ch. Galloux et H. Gaumont-Pat.

volonté de ficher tous les délinquants et criminels n'est pas seulement législative, elle est également judiciaire. Néanmoins, dans ce cas, le principe de proportionnalité doit être respecté. La Cour EDH a condamné la France dans un arrêt du 22 juin 2017, en raison de la violation du principe de proportionnalité dans les dispositions relatives au fichier des empreintes génétiques, s'agissant d'une personne ayant encourue une condamnation à deux mois de prison avec sursis pour des « violences » contre des gendarmes dans le cadre d'une manifestation d'agriculteurs<sup>301</sup>. La Cour relève que le droit français ne fait aucune distinction, s'agissant de la conservation de l'ADN au FNAEG, entre les auteurs des crimes les plus graves et des cas tels que celui du requérant.

Ensuite, en ce qui concerne les personnes suspectes, aucune contrainte physique ne peut être exercée sur elles et le prélèvement ne pourra être effectué de force. Cependant, il existe une certaine contrainte puisque le fait de refuser de se soumettre à la prise d'empreinte génétique est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende. Le législateur entend sanctionner le manque de coopération des personnes mises en cause. En pratique, la personne impliquée n'a aucun intérêt à refuser de se prêter à une opération de prélèvement car l'identification par empreinte génétique peut également être « réalisée à partir du matériel biologique qui se serait naturellement détaché du corps de l'intéressé »<sup>302</sup>.

Enfin, les ascendants et descendants d'une personne disparue ne peuvent aucunement être soumis de force à ce prélèvement. Il en va de même des simples témoins qui peuvent toujours refuser ce prélèvement sans encourir de sanction. Cependant, la question de la régularité des prélèvements collectifs n'est toujours pas résolue. Il convient de rappeler que la cour d'appel de Rennes, dans l'*affaire Dickinson*, avait validé une mesure d'expertise génétique collective portant sur tous les hommes âgés de quinze à trente-cinq ans habitant un village mais « avec leur consentement »<sup>303</sup>. Peut-on encore pratiquer ces tests de masse ? Le législateur n'a pas expressément consacré cette pratique. Selon l'opinion d'un auteur, « on ne saurait raisonnablement considérer qu'il existe contre les individus composant une partie entière d'une population, une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'ils ont commis un crime ou un délit »<sup>304</sup>. Mais l'expression « toute personne susceptible de fournir des renseignements sur les faits en cause » prévue par l'article 55-1 du code de procédure pénale autorise d'autres interprétations, en dépit des précisions apportées par le Conseil constitutionnel<sup>305</sup>. À notre avis, les prélèvements

---

<sup>301</sup> CEDH 22 juin 2017, req. n° 8806/12 ; Marie-Christine de Montecler, « Le fichier des empreintes génétiques condamné par la CEDH », in *Dalloz actualité* 27 juin 2017.

<sup>302</sup> Art. 706-56, al. 4 du Code de procédure pénale.

<sup>303</sup> Rennes, 14 août 1997, D. 1998. 160, H. Gaumont-Prat. Très prudent, le magistrat instructeur avait indiqué aux intéressés qu'ils restaient libres de consentir ou de refuser l'analyse ADN, chacun étant de surcroît informé que les profils obtenus « ne seraient pas utilisés en dehors de cette affaire, que les prélèvements seraient détruits après expertise et qu'aucun fichier ne pourrait être constitué », précautions destinées à protéger l'identité génétique des volontaires.

<sup>304</sup> Coralie Ambroise-Castérot, « Les prélèvements corporels et la preuve pénale », préc., p. 19.

<sup>305</sup> Dans sa décision préc. du 13 mars 2003, le Conseil constitutionnel estime en effet que « les dispositions contestées sont formulées en termes assez clairs et précis [...] ; que les personnes susceptibles de fournir des renseignements sur les faits en cause sont celles qui sont déjà tenues de comparaître devant l'officier de police judiciaire en vertu de l'article 62 du code de procédure pénale [...] ».

collectifs véhiculent l'idée que toute le monde est suspect, chaque personne étant invitée à coopérer pour établir son innocence. Ils servent à l'efficacité des enquêtes ou instructions, mais s'opposent au droit au respect de la présomption d'innocence.

Par conséquent, ces conditions de prélèvement d'empreintes génétiques assurent une alimentation facilitée du FNAEG. Cela suscite aussi l'extension de la fonction du FNAEG. Aujourd'hui, crée par la loi n° 2016-731 du 3 juin 2016, l'article 706-56-1-1 du Code de procédure pénale<sup>306</sup> permet la recherche en parentalité à partir d'un ADN inconnu dans le fichier des empreintes génétiques. Autrement dit, ce procédé permet d'identifier une personne figurant au FNAEG comme étant susceptible d'être apparentée en ligne directe à l'auteur des faits. En outre, par un arrêt du 28 juin 2017<sup>307</sup>, la Chambre criminelle a donné une interprétation large relative au champ d'application de cette disposition. Au niveau des infractions, la chambre criminelle considère que la recherche en parentalité est possible pour l'identification des auteurs des crimes et délits mentionnés à l'article 706-55 du code de procédure pénale, là où le nouvel article 706-56-1-1 ne prévoit cette possibilité que pour les crimes figurant dans cette liste<sup>308</sup>. Au niveau des personnes, elle admet la possibilité que la recherche en parentalité puisse permettre d'identifier les collatéraux de la personne inconnue alors que l'article 706-56-1-1 ne vise que les personnes apparentées en ligne directe<sup>309</sup>. Compte tenu des circonstances de lutte contre le terrorisme, il est compréhensible que les autorités législatives et judiciaires préfèrent faciliter l'enquête ou l'instruction. Mais cette limite ne peut pas être négligée.

**76. Mesures tendant à garantir la confidentialité de l'identité génétique.** Afin de protéger les identités génétiques, le législateur consacre des mesures préventives et des mesures répressives. Concernant les mesures préventives, d'une part, le code permet d'analyser uniquement des segments d'ADN non codants<sup>310</sup>. La partie non codante de l'ADN permet d'exploiter seulement la signature génétique d'une personne, mais non les autres informations sur les caractéristiques, physiologiques et morphologique d'une personne<sup>311</sup>. Autrement dit, seul le sexe du suspect peut être révélé aux enquêteurs, les autres éléments de son identité (âge, taille, poids, origine ethnique, etc.) demeurant inconnus<sup>312</sup>. Néanmoins, au fur et à mesure des progrès scientifiques, il est probable qu'on pourra traduire des informations privées de la partie non codante de l'ADN. Dans ce cas, la distinction entre ADN codant et non

---

<sup>306</sup> Art. 706-56-1-1 du Code de procédure pénale : « lorsque les nécessités d'une enquête ou d'une information concernant l'un des crimes prévus à l'article 706-55 l'exigent, le procureur de la République, ou, après avis de ce magistrat, le juge d'instruction, peut requérir le service gestionnaire du fichier afin qu'il procède à une comparaison entre l'empreinte génétique enregistrée au fichier établie à partir d'une trace biologique issue d'une personne inconnue et les empreintes génétiques des personnes mentionnées aux premier et deuxième alinéas de l'article 706-54 aux fins de recherche de personnes pouvant être apparentées en ligne directe à cette personne inconnue ».

<sup>307</sup> Crim. 28 juin 2017, FS-P+B, n° 17-80.055.

<sup>308</sup> Sébastien Fucini, « Fichier des empreintes génétiques : recherche en parentalité à partir d'un ADN inconnu », in *Dalloz actualité*, 17 juillet 2017.

<sup>309</sup> *Ibid.*

<sup>310</sup> Art. 706-54, alinéa 5 du code de procédure pénale.

<sup>311</sup> M.-L. Desgranges, « la Commission chargée d'agrèer les personnes habilitées à effectuer des missions d'identification par empreintes génétique dans le cadre d'une procédure judiciaire », in Christian Doutremepuich (dir.), *Les fichiers des empreintes génétiques en pratique judiciaire*, La Documentation française, Paris, 2006, p. 69.

<sup>312</sup> Carole Girault, « Identification et identité génétique », in *AJ Pénal*, 2010, p.224.

codant sera inutile<sup>313</sup>. D'autre part, le Code consacre aussi la destruction et la conservation des échantillons biologiques. Depuis le décret d'application de la loi du 18 mars 2003, les échantillons provenant des personnes condamnées ou suspectes sont détruits après avoir été analysés par les laboratoires. Les traces prélevées sur les lieux d'une infraction et les échantillons biologiques prélevés sur des cadavres non identifiés ou issus de personnes disparues peuvent faire l'objet d'un conditionnement pour être adressés au SCPPB (Service central de préservation des prélèvements biologiques) en vue de leur conservation<sup>314</sup>. Le SCPPB est placé sous le contrôle d'un magistrat du parquet et entièrement géré par la gendarmerie nationale.

Les preuves génétiques sont parfois des enjeux dans les affaires pénales. Elles permettent d'identifier les vrais auteurs dans les affaires très difficiles. Ainsi, elles ont un impact considérable dans la manifestation de la vérité. En revanche, les falsifications et manipulations autour des preuves génétiques constituent une menace très grave pour la manifestation de la vérité et les libertés individuelles. Le législateur consacre donc des mesures répressives. Pour sanctionner le délit de falsification génétique, le Code de procédure pénale prévoit dans l'article 706-56, alinéa 9, que « *le fait, pour une personne faisant l'objet d'un prélèvement, de commettre ou de tenter de commettre des manœuvres destinées à substituer à son propre matériel biologique le matériel biologique d'une tierce personne, avec ou sans son accord, est puni de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 € d'amende* ». L'élément matériel de ce délit requiert une substitution d'ADN au moment du prélèvement. Il est difficile à concevoir indépendamment d'une manœuvre destinée à tromper la personne procédant au prélèvement sur l'identité civile de l'intéressé. Mais une autre manipulation peut être imaginée. Elle consiste à impliquer une tierce personne en introduisant sur les lieux de l'infraction des cheveux, du sang ou tout autre élément susceptible de contenir son ADN<sup>315</sup>. Cette délinquance génétique entre dans le champ d'application de l'article 434-4 du Code pénal qui sanctionne, de façon générale, l'entrave à la saisine de la justice résultant de l'altération ou de la falsification d'indices. Est ainsi puni de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 € d'amende « *le fait, en vue de faire obstacle à la manifestation de la vérité, de modifier l'état des lieux d'un crime ou d'un délit soit par l'altération, la falsification ou l'effacement des traces et indices, soit par l'apport, le déplacement ou la suppression d'objets quelconques* ».

**77. Conclusion sur le prélèvement corporel.** Pour encadrer le prélèvement corporel, le législateur consacre notamment trois conditions à sa mise en œuvre : le champ d'application, l'exigence de consentement de l'intéressé et les personnes commises à ce procédé. Il nous semble que les dernières réformes ont affaibli les rôles de ces conditions. Le champ d'application est élargi au niveau des personnes et au niveau des infractions. Grâce à cet élargissement, les fichiers de police ont proliférés<sup>316</sup>

---

<sup>313</sup> V. CCNE, avis n° 98 préc., pour lequel « les fondements de la distinction entre ADN codant et non codant sont peut-être inexacts » ; E. Lajarthe, L'identification biologique en matière pénale, in J. Pousson-Petit (dir.), *L'identité de la personne*, Bruylant, 2002, p. 466.

<sup>314</sup> Articles R. 53-20 et R. 53-10 du code de procédure pénale.

<sup>315</sup> Carole Girault, « Identification et identité génétique », préc., p.224.

<sup>316</sup> La police et la gendarmerie utilisent de nombreux fichiers au quotidien : système informatisé d'identification des auteurs fondé sur le signalement par présentation de photographies aux victimes (CANONGE), fichier automatisé des empreintes digitales (FAED), fichier des personnes recherchées (FPR), fichier des véhicules volés

et le nombre de personnes fichées a considérablement augmenté<sup>317</sup>. Chaque français, qu'il soit auteur d'une infraction, suspect, victime ou simple témoin, figure potentiellement dans l'un des fichiers, et ce pour de longues années. Malgré l'exigence de consentement de l'intéressé, dans la plupart des cas (sauf le cas des personnes condamnées), le consentement ici est en effet illusoire puisque son refus est sous la menace d'une sanction lourde. Sans compter que la manifestation de son refus engendrera d'autres conséquences : il n'est pas surprenant que l'opposition de l'intéressé finisse par attirer la « méfiance du juge qui risquerait de voir sa religion convaincue quant à sa culpabilité »<sup>318</sup>. Enfin, concernant les personnes commises au prélèvement corporel, l'officier de police judiciaire peut d'office réaliser ou faire réaliser le prélèvement externe au cours de l'enquête de flagrance, alors qu'au cours de l'enquête préliminaire et d'instruction, l'autorisation des magistrats (procureur de la République ou juge d'instruction) est nécessaire. Mais n'oublions pas que les instructions judiciaires ne représentent environ que 5% des affaires pénales traitées en France<sup>319</sup>. Quant aux prélèvements biologiques et aux prélèvements destinés à la recherche des stupéfiants et d'alcoolémie, l'officier de police judiciaire peut agir d'office. Il n'a nul besoin de l'autorisation d'un magistrat. Ainsi, le pouvoir de l'officier de police judiciaire est, en fait, considérablement renforcé. En conséquence, l'encadrement du prélèvement corporel n'est pas assez strict. Nous irons même plus loin en disant que le législateur a intentionnellement affaibli cet encadrement.

## Section II. Le principe de loyauté de la preuve

**78. L'encadrement de la liberté de la preuve sous l'influence de la loyauté de la preuve.** Le principe de la loyauté de la preuve est une autre facette de l'encadrement de la liberté de la preuve. Appliqué à la recherche des preuves, ce principe impose aux enquêteurs d'utiliser des procédés loyaux. C'est une exigence parallèle à la légalité de la preuve. Mais par rapport à la légalité, la loyauté est une notion très ambiguë et fluctuante. Cette ambiguïté tire son origine de la nature du mot « loyal », qui appartient étymologiquement au domaine moral. Et sa fluctuation provient de l'absence de législation portant sur le principe de la loyauté des preuves. Il convient donc de revenir de prime abord à la définition de la notion de loyauté (§ 1), puis d'aller à l'application du principe de loyauté de la preuve dans la jurisprudence (§ 2).

---

(FVV), fichiers informatisés des Renseignements généraux (terrorisme, personnes physiques et morales), système de traitement des infractions constatées (STIC) de la police nationale et système judiciaire de documentation et d'exploitation (JUDEX) de la gendarmerie nationale, système d'analyse des liens de la violence associée au crime (SALVAC), fichier national des informations douanières, fichier national automatisé des empreintes génétiques (FNAEG), le fichier judiciaire national automatisé des auteurs d'infractions sexuelles et violentes (FJAIS), etc.

Virginie Gautron, « La prolifération incontrôlée des fichiers de police », in *AJ Pénal*, 2007, p.57.

<sup>317</sup> Selon le ministère de l'Intérieur, FNAEG contenait au septembre 2013 de 2 547 499 profils et de 1 790 000 en 2011, contre 150 000 profils en 2005 et environ 5 000 en 2003. M. Schwendener, « Les principaux fichiers de la police », in *AJ Pénal* 2003. 21 et s. V. <https://www.cnil.fr/fr/fnaeg-fichier-national-des-empreintes-genetiques>

<sup>318</sup> C. Ambroise-Castérot, « Les empreintes génétiques en procédure pénale », préc., p. 19 ; Coralie Ambroise-Castérot, « Le consentement en procédure pénale », in *Mélanges Jean Pradel, Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire*, Paris : Cujas, 2006, p. 34.

<sup>319</sup> Coralie Ambroise-Castérot, « Le consentement en procédure pénale », préc., p. 33.

## § 1. La définition de la notion de loyauté

**79. Vue d'ensemble.** Bien que le législateur soit muet sur le principe de la loyauté des preuves, la jurisprudence l'a expressément consacré et la doctrine se montre particulièrement attachée à ce principe. En effet, lors des travaux préparatoires de la loi du 15 juin 2000, il y a eu la volonté de faire figurer ce principe dans l'article préliminaire du Code de procédure pénale, mais les parlementaires y ont renoncé, compte tenu des difficultés liées à la définition de la notion de loyauté. Selon leur expression, « cette notion n'était pas adaptée au droit français compte tenu de la marge d'appréciation très grande qu'[elle] laisse au juge »<sup>320</sup>. À vrai dire, cette préoccupation ne peut pas justifier leur refus de légiférer sur le principe de la loyauté des preuves, puisque le juge répressif fixe librement le contenu de ce principe dans la pratique grâce au mutisme législatif. Si les parlementaires veulent circonscrire la marge d'appréciation que la loyauté laisse au juge, il est plus logique d'intégrer le principe de la loyauté des preuves dans le Code de procédure pénale. Ainsi, il semble que le législateur laisse délibérément une certaine souplesse au juge répressif, en dégageant le critère destiné à limiter le champ d'application du principe de la loyauté des preuves afin de servir les intérêts de la répression. Néanmoins, compte tenu de la tradition du droit écrit et de la codification en France, un jour viendra éventuellement où le Code de procédure pénale consacrera le principe de la loyauté des preuves. Cette mission législative se trouve confrontée à un enjeu : est-il possible de définir clairement la notion de loyauté ? Pour essayer de répondre à cette question, il est pertinent de démêler ses définitions existantes dans le domaine doctrinal **(A)** et jurisprudentiel **(B)**.

### A. Les définitions de la notion de loyauté en doctrine

**80. Deux domaines.** Pour essayer de répondre à cette question, il est pertinent de démêler les définitions de la loyauté existantes en doctrine **(1)** et en jurisprudence **(2)**.

#### 1. Les sources doctrinales de la loyauté

**81. Émergence de la discussion sur la loyauté.** Concernant la loyauté dans la recherche des preuves, il existe des avis divergents dans l'ancien droit en France. Certains considéraient que les juges peuvent utiliser des procédés déloyaux. La Roche Flavin écrivait en 1621 « *qu'il est permis et loisible aux juges de mentir quelquefois pour rechercher et découvrir la vérité des crimes et forfaits... Tout ceci est licite de droit divin et humain* »<sup>321</sup>. D'autres, au contraire, estimaient que les juges sont obligés d'observer un comportement loyal lors de l'accomplissement de leur fonction d'investigation. Daniel Jousse déclarait en 1771 que « *le juge doit surtout éviter de se servir de ruses et de discours captieux pour surprendre l'accusé. Outre que cette voie ne convient point à la dignité d'un magistrat, c'est qu'en usant de ce moyen il paraîtrait plutôt agir avec passion qu'animé du zèle et du bien de la justice... S'il doit user de beaucoup d'art pour découvrir la vérité, ce doit être aussi toujours sans aucune*

<sup>320</sup> v. Rapp. Sénat, n° 419, obs. C. Jolibois.

<sup>321</sup> La Roche Flavin, *XIII Livres des Parlements de France*, Chap. XXXIX, Genève, 1621, p. 664 et 665.

*tromperie et sans alarmer le criminel par de fausses craintes ou sans le gagner par de fausses espérances. En un mot, il ne doit jamais rien faire contre la Justice ; autrement, il mérite d'être puni... »*<sup>322</sup>. D'après ces expressions, le respect de la loyauté dans la recherche des preuves s'impose dans un double souci : celui de protection de l'individu et celui de préservation de la dignité de la justice. Cette tendance à prôner une plus grande droiture dans la conduite de la recherche de la preuve au dix-huitième siècle, s'inscrit à l'évidence dans le sillage des critiques formulées à l'encontre du caractère trop inquisitorial de la procédure criminelle alors en vigueur, et à l'émergence d'un courant doctrinal désireux d'affirmer la prééminence de la dignité de la justice sur l'efficacité à tout prix de la répression<sup>323</sup>.

**82. Déclinaison de la discussion sur la loyauté.** Néanmoins, sous l'empire du Code d'instruction criminelle, une telle tendance semble décliner. La majorité des auteurs, comme Garraud, ne considère plus que « *la seule limite générale au système des preuves de conscience est le devoir imposé aux juges et aux jurés de puiser cette conviction dans des sources légalement examinées* »<sup>324</sup>. Seuls quelques rares auteurs, dont Faustin Hélie, rappellent encore que « *le juge ne doit pas employer des artifices et des ruses pour obtenir des révélations... Faire usage d'un détour, d'une réticence, d'une circonlocution, calculée à l'avance, c'est tromper l'inculpé, c'est lui tendre un piège, c'est essayer de le surprendre ou s'il s'en est aperçu, c'est lui infliger une torture morale... L'habileté du juge ne peut consister que dans la position claire et loyale de toutes les questions qui résultent de l'étude consciencieuse des faits* »<sup>325</sup>. Malgré de nombreuses et intéressantes études, il ne semble pas que la doctrine ait donné de définition de la loyauté dans la recherche des preuves avant la seconde moitié du vingtième siècle.

## **2. Les définitions de la loyauté proposées par la doctrine**

**83. Deux définitions possibles.** Il existe deux définitions différentes dans la doctrine. L'une est de définir directement la loyauté. Le professeur Pierre Bouzat dans son article consacré à la loyauté dans la recherche de la preuve a proposé, pour la première fois, une définition de la loyauté en se référant essentiellement aux valeurs que le principe de la loyauté des preuves tend à protéger. Plus précisément, « *la loyauté est une manière d'être de la recherche des preuves, conforme au respect des droits de l'individu et à la dignité de la justice* »<sup>326</sup>. C'est une formule souvent reprise, mais c'est une définition très large. Certains pensaient que « *cette absence de précision est source de difficultés pratiques considérables, spécialement en procédure pénale où les enquêteurs doivent mettre en place des stratégies efficaces pour rechercher les preuves d'une infraction et identifier ses auteurs* »<sup>327</sup>. L'autre façon est

<sup>322</sup> Daniel Jousse, *Traité de la justice criminelle de France*, Paris, 1771, p. 270 et s.

<sup>323</sup> Emmanuel Molina, *La liberté de la preuve des infractions en droit français contemporain*, préc., p. 431.

<sup>324</sup> R. Garraud, *Précis de droit criminel*, 10<sup>ème</sup> éd., Paris 1909, p.628.

<sup>325</sup> F. Hélie, *Traité de l'instruction criminelle*, Tome IV, 2<sup>ème</sup> éd., 1866, n° 1930. Dans un autre ouvrage, le même auteur rappellera les positions ci-dessus exprimées en précisant le fondement et les implications : « Dans cette lutte, il a tant d'avantages... qu'il dédaignera tous les moyens qui ne seraient pas d'une entière loyauté : aucune surprise, aucune menace, rien par artifice... Il nous paraît donc que toute surprise, toute feinte doivent être proscrites de l'instruction », in *Pratique criminelle des Cours et tribunaux*, 2<sup>ème</sup> éd., 1909, n° 197.

<sup>326</sup> Pierre Bouzat, « La loyauté dans la recherche des preuves », in *Mélanges L. Huguency*, Sirey, 1964, p.155, et spéc. p.172.

<sup>327</sup> Aurélie Bergeaud-Wetterwald, « Du bon usage du principe de loyauté des preuves ? », préc.

de définir la loyauté par son contraire. Selon l'expression du professeur Jean Pradel, « il y a déloyauté lorsque l'enquêteur ou le juge d'instruction use de procédés non conformes aux principes fondamentaux de notre ordre juridique pour obtenir des éléments de preuve. La déloyauté évoque, doit-on ajouter, la tromperie, les artifices, les promesses, les menaces, tous agissements réduisant ou supprimant le libre arbitre »<sup>328</sup>. Par rapport à la première façon, la seconde façon semble plus facile et plus pragmatique. Nous pouvons identifier les comportements déloyaux grâce à ces précisions. Mais la limite se trouve dans l'instabilité de la notion, car il est d'une part difficile d'énumérer exhaustivement les comportements déloyaux, et d'autre part les natures déloyales de certains comportements ne peuvent pas toujours être déterminées. Malgré cela, si le but vise la précision de la définition, la seconde définition est plus pertinente.

**84. Un point de vue étymologique.** Le mot « loyauté » puise sa source dans le terme de légalité (« *legalis* »). Apparue au XII<sup>ème</sup> siècle dans le vocabulaire de la chevalerie, le terme « loyauté » exprime davantage des valeurs morales que juridiques<sup>329</sup>. Et pourtant, il fait son apparition dans les ouvrages de vocabulaire juridique, comme une sorte de retour aux sources. La « loyauté » désigne « le bon comportement qui consiste pour chaque adversaire, à mettre l'autre à même d'organiser sa défense, en lui communiquant en temps utile ses moyens de défense et de preuve »<sup>330</sup>. Le terme « loyal » signifie donc « sincère, franc, droit plus spécialement, entre adversaires, dans un combat ou un procès, qui observe les règles du jeu, par exemple, pour un plaideur, celle de communiquer ses pièces à l'autre partie, de s'abstenir de fraude, plus généralement, de respecter le principe de contradiction »<sup>331</sup>. Cette définition lie la loyauté à la contradiction. Elle semble faire de la loyauté une composante du principe du contradictoire. C'est-à-dire que l'existence autonome de la loyauté est touchée. Néanmoins, la loyauté ne s'exerce pas seulement pour rendre efficace la discussion des éléments de preuve, mais règne également en amont pour gouverner le comportement de celui qui recueille ces éléments<sup>332</sup>. Autrement dit, il faudrait être loyal, non seulement dans le maniement des armes, mais encore dans leur préparation.

**85. Une définition inachevée.** Malgré les critiques de l'imprécision de ces définitions, la doctrine n'a pas, jusqu'à ici, donné de définition plus précisée. Certains auteurs, comme le professeur De Lamy, pensent que « la loyauté n'est pas définissable avec précisions »<sup>333</sup>, et estiment ainsi que mieux vaut abandonner le principe de la loyauté de la preuve aux mains du juge, « même s'il est exact que certaines positions en la matière devraient être amendées »<sup>334</sup>. De même, le professeur Matsopoulou

<sup>328</sup> Jean Pradel, *Procédure pénale*, préc., n° 413.

<sup>329</sup> Bertrand de Lamy, « De la loyauté en procédure pénale – Brèves remarques sur l'application des règles de la chevalerie à la procédure pénale », préc., p. 97, et spéc. p. 98.

<sup>330</sup> Gérard Cornu, *Vocabulaire juridique*, préc., p.629.

<sup>331</sup> *Ibid.*

<sup>332</sup> Bertrand de Lamy, « De la loyauté en procédure pénale – Brèves remarques sur l'application des règles de la chevalerie à la procédure pénale », préc., p. 97, et spéc. p. 99.

<sup>333</sup> Bertrand de Lamy, « De la loyauté en procédure pénale – Brèves remarques sur l'application des règles de la chevalerie à la procédure pénale », préc., p. 97, et spéc. p. 101.

<sup>334</sup> Bertrand de Lamy, « De la loyauté en procédure pénale – Brèves remarques sur l'application des règles de la chevalerie à la procédure pénale », préc., p. 97, et spéc. p. 108.

considère qu' « il est pratiquement impossible de donner à la notion de la loyauté une définition qui couvre tous les aspects qu'elle peut revêtir »<sup>335</sup>. Ainsi, mieux vaut étudier la déloyauté dans la jurisprudence que discuter abstraitement la notion de la loyauté dans la doctrine.

## **B. Les définitions de la notion de déloyauté en jurisprudence**

**86. Sources et évolutions jurisprudentielles.** La question de la loyauté de la preuve est apparue dans l'ancienne jurisprudence. Malgré l'absence de définition de la notion de déloyauté, ces anciennes affaires sont des sources très importantes pour faire comprendre les formes ou les caractéristiques de la déloyauté **(1)**. Au fur et à mesure de l'évolution de la jurisprudence, la portée de la déloyauté semble s'être étendue **(2)**. La Cour de cassation a essayé de définir la notion de déloyauté dans l'arrêt du 7 janvier 2014. La notion de déloyauté est étroitement liée avec celle de provocation policière et celle de stratagème. Bien que la jurisprudence n'ait pas encore donnée une définition claire à l'égard de la déloyauté, on peut actuellement distinguer deux types de la déloyauté.

### **1. Les sources jurisprudentielles de la déloyauté dans la recherche des preuves**

**87. Affaire Wilson.** À la fin du dix-neuvième siècle, la Cour de cassation affirme, pour la première fois, la règle sur la question de la loyauté des preuves, dans la célèbre affaire *Wilson*<sup>336</sup>. En espèce, le juge d'instruction Vigneau avait eu l'idée de proposer à un témoin de venir dîner avec lui et son greffier au restaurant, afin de confirmer les soupçons de complicité contre ce témoin. Avec le souci de la communication éventuelle à l'heure du repas entre ce témoin et l'inculpé demeuré libre, ce magistrat a provoqué une conversation téléphonique, en dissimulant sa qualité et imitant la voix de l'inculpé pour faire croire à ce témoin que celui-ci était en communication avec l'inculpé lui-même. Considérant ce procédé comme déloyal, le procureur générale a immédiatement enlevé au juge Vigneau l'instruction. En outre, le Conseil supérieur de la magistrature lui a infligé la peine de la censure simple en déclarant que le procédé employé constituait « *un acte contraire aux devoirs et à la dignité du magistrat* »<sup>337</sup>. C'est la première fois dans l'histoire judiciaire française qu'une juridiction a rendu une décision condamnant nettement un magistrat instructeur pour l'usage de « moyens contraire à la loyauté ». Néanmoins, le commentateur de l'arrêt a formulé certaines réserves relatives aux procédés employés par des des officiers de police judiciaire titulaires d'une commission rogatoire. Plus précisément, « *le juge ne rougit pas de recueillir le résultat de recherches faites par des agents inférieurs qui emploient tous les moyens, même la ruse ; mais il ne doit pas s'abaisser à les pratiquer lui-même. La dignité a des exigences variables selon le rang que l'on occupe dans la hiérarchie !* »<sup>338</sup>. Ainsi, pour ledit annotateur, le principe de la loyauté dans la recherche des preuves s'attache davantage à la dignité de la justice. Ce principe régit donc seulement les

---

<sup>335</sup> Haritini Matsopoulou, « L'admission avec réserves du principe de la loyauté des preuves en matière pénale », in *Les nouveaux Problèmes actuels de sciences criminelles*, PUAM, VII/XXVII, 2016, spéc. p. 16.

<sup>336</sup> Cass. ch. réunies, 31 janv. 1888 : S. 1889, 1, p. 241.

<sup>337</sup> *Ibid.*

<sup>338</sup> Haritini Matsopoulou, « L'admission avec réserves du principe de la loyauté des preuves en matière pénale », préc., p. 16.

actes du juge et non ceux des fonctionnaires de police agissant sur délégation judiciaire. Il est étrange de faire une telle discrimination selon la qualité des agents judiciaires, puisque « les principes supérieurs du droit »<sup>339</sup> imposent aux policiers commis rogatoirement de ne pas « dépasser les limites dans lesquelles le juge peut se mouvoir lui-même »<sup>340</sup>.

**88. Affaire Imbert.** Il faut attendre jusqu'à l'affaire *Imbert* pour que la Cour de cassation mette un terme à toute discussion sur ladite discrimination. Dans cette affaire, un officier de police agissant sur commission rogatoire a organisé un entretien téléphonique entre deux personnes en dictant à l'une des questions afin d'enregistrer les réponses de l'autre<sup>341</sup>. La Chambre criminelle a déclaré la nullité de cet acte aux motifs qu'il avait « *pour but et pour résultat d'é luder les dispositions légales et les règles générales de procédure que le juge d'instruction, ou son délégué, ne sauraient méconnaître sans compromettre les droits de la défense...* ». Par ailleurs, la Haute juridiction a formellement affirmé que « *l'officier de police judiciaire commis rogatoirement exerce, dans les limites de la commission, tous les pouvoirs du juge d'instruction ; il se trouve, par là-même, soumis à toutes les obligations incombant à ce magistrat* ». Ainsi, l'officier de police judiciaire agissant sur commission rogatoire doit éviter d'employer la ruse ou la provocation au même titre que le juge mandant. Cependant, le commentateur de l'arrêt *Imbert* a pu considérer que cette règle fait défaut lorsque le magistrat instructeur procède, non pas par voie de commission rogatoire, mais par une simple demande de renseignements adressée aux services de police<sup>342</sup>. Ce point de vue n'évite pas la critique. Comme un auteur l'écrivait, « la loyauté ne se maquignonne pas et il ne saurait être permis à un magistrat de recourir par une voie oblique à un procédé déloyal que sa conscience – et la chambre criminelle – lui font défense d'utiliser »<sup>343</sup>.

**89. Confusion entre la déloyauté et la déontologie du magistrat.** Les commentateurs de ces deux arrêts fondateurs semblent s'intéresser principalement à la distinction entre les qualités des agents judiciaires qui sont régies par le principe de la loyauté des preuves. C'est la raison pour laquelle certains considèrent la déloyauté comme la violation de la déontologie du magistrat. Cette confusion entre la déloyauté et la déontologie s'explique également par la dimension morale de la notion. Néanmoins, la déloyauté ne peut pas se réduire à la violation de la déontologie du magistrat, puisque cette dernière peut déterminer des poursuites disciplinaires mais n'emporte pas nécessairement une atteinte aux règles du procès équitable<sup>344</sup>. Dans ces deux arrêts, la Cour de cassation n'a pas essayé d'indiquer la définition de la déloyauté. Mais à partir de ces deux anciens arrêts, il est devenu usuel d'affirmer que le principe de loyauté des preuves prohibe l'utilisation d'artifices, de ruses ou de stratagème<sup>345</sup>.

<sup>339</sup> M. Blondet, « Les ruses et les artifices de la police au cours de l'enquête préliminaire », *JCP*, 1958, I, 1419.

<sup>340</sup> A. Besson, « La police judiciaire et le Code de procédure pénale », *D.*, 1958, chron, p.133.

<sup>341</sup> Cass. crim., 12 juin 1952 : S. 1954, 1, p. 69, note A. Legal.

<sup>342</sup> V. A. Légal, note sous Crim. 12 juin 1952, S., 1954, 1, 69.

<sup>343</sup> M. Alléhaut, « Les droits de la défense », in *La chambre criminelle et sa jurisprudence, Mélanges Patin, Cujas*, 1965, p. 461.

<sup>344</sup> Desportes, Frédéric, *Traité de procédure pénale*, préc., n° 570.

<sup>345</sup> S. Guinchard et J. Buisson, *Procédure pénale*, LexisNexis, 12<sup>e</sup> éd., 2019, n° 587.

## 2. Une évolution de la définition de la notion de déloyauté dans la recherche des preuves

**90. Provocation policière et déloyauté.** Après avoir observé la jurisprudence antérieure à l'année 2014, il semble que l'exigence de loyauté de la preuve s'applique presque exclusivement à la question des provocations policières. Selon l'expression de la Cour européenne des droits de l'homme, « *il y a provocation policière lorsque les agents impliqués – membres des forces de l'ordre ou personnes intervenant à leur demande – ne se limitent pas à examiner d'une manière purement passive l'activité délictueuse, mais exercent sur la personne qui en fait l'objet une influence de nature à l'inciter à commettre une infraction qu'autrement elle n'aurait pas commise, pour en rendre possible la constatation, c'est-à-dire en apporter la preuve et la poursuivre* »<sup>346</sup>. Ainsi, il est devenu classique de distinguer la provocation à la commission d'une infraction et la provocation à la preuve<sup>347</sup>. La provocation à la commission consiste à employer un stratagème ayant pour objet de pousser à la commission d'une infraction qui sans cela n'aurait pas été commise. Comme la provocation à la commission d'une infraction porte atteinte au principe de loyauté des preuves, ce stratagème est sanctionné dès lors qu'il constitue un véritable facteur de l'infraction ultérieure<sup>348</sup>. À l'inverse, la provocation à la preuve désigne l'emploi d'un stratagème pour révéler une infraction déjà commise ou sur le point de l'être. Étant un simple révélateur de l'infraction, la provocation à la preuve est tolérée par la jurisprudence. Ainsi, la Chambre criminelle a validé le constat d'une infraction opérée sans ruse, ni stratagème, ni provocation, à la suite d'un rendez-vous auquel les gendarmes ont assisté<sup>349</sup>. Elle a validé aussi le fait pour un policier de se faire passer pour l'ami d'une personne décédée par overdose et déclarer vouloir acquérir de la drogue auprès d'un tiers soupçonné d'avoir fourni la substance mortelle<sup>350</sup>. De même, a été validé l'enregistrement clandestin opérée par un fonctionnaire de police sur commission rogatoire spéciale d'un juge d'instruction pour vérifier le bien-fondé des dires de ce fonctionnaire quant à des faits de corruption, alors que les droits de la défense étaient garantis (respect du contradictoire) et que l'entreprise ne faisait que révéler des délits préexistants<sup>351</sup>. Selon ces arrêts, il apparaît que la provocation policière a le monopole de la question de la déloyauté dans la recherche des preuves. Il est donc logique d'en

<sup>346</sup> CEDH 5 févr. 2008, n° 74420/01, *Ramanauskas c/ Lituanie*, RSC 2008. 692, chron. J.-P. Marguénaud et D. Roets.

<sup>347</sup> V. P. Maistre du Chambon, « La régularité des provocations policières : l'évolution de la jurisprudence », JCP G 1989, I, 3422.

<sup>348</sup> A été sanctionné le fait de prendre l'initiative d'un appel téléphonique, diriger la conversation, aborder en premier la question financière, fixer le montant de la rémunération et provoquer un rendez-vous, bref d'inciter un délinquant en puissance inactif depuis deux mois (V. Crim. 27 févr. 1996, Bull. crim. n° 93). A été sanctionné le fait de provoquer un mineur à tendre un piège à ses comparses, auteurs de vols à la roulotte (v. Crim. 9 août 2006, n° 06-83.219, AJ pénal 2006. 510, obs. C. Saas). A été sanctionné le fait d'inciter, à la demande des policiers, une personne à transmettre des images pornographiques qu'elle détenait à un tiers pédophile pour procéder au contrôle de ce dernier (v. Crim. 11 mai 2006, Bull. crim. n° 132), même si ces pratiques ont été légalement commises à l'étranger et que les faits ont été dénoncés aux autorités françaises (v. Crim. 7 févr. 2007, n° 06-87.753, ; AJ pénal 2007. 233, obs. M.-E. C.). A été sanctionné le recours à l'hypnose, même avec le consentement du témoin, car de nature à modifier ses déclarations (v. Crim. 12 déc. 2000, Bull. crim. n° 369.).

<sup>349</sup> Crim. 16 janv. 2008, n° 07-87.633, AJ pénal 2008. 148 ; RSC 2008. 367, obs. R. Finielz ; D. 2008. 2757, obs. J. Pradel ; Procédures 2008. 126, note J. Buisson.

<sup>350</sup> Crim. 24 févr. 1999, n° 98-83.574, D. 1999. 460, note J. Coulon.

<sup>351</sup> Crim. 23 nov. 1999, Bull. crim. n° 269 ; Crim. 13 oct. 2004, Bull. crim. n° 243 pour l'enregistrement par un officier de gendarmerie des propos tenus par un préfet.

déduire que la déloyauté équivaut à la provocation policière. Cependant suite à l'évolution de la jurisprudence, depuis 2014, cette définition n'est plus appropriée.

**91. Stratagème et déloyauté.** À travers l'arrêt du 7 janvier 2014<sup>352</sup>, la chambre criminelle de la Cour de cassation a proposé une définition inédite de la notion de la déloyauté. Cet arrêt est essentiel dans l'évolution de la jurisprudence de la Cour de cassation, car il confirme une tendance à l'extension du principe de loyauté de la preuve au-delà du champ des provocations policières<sup>353</sup>. En espèce, lors d'une information pour vol à main armée, un juge d'instruction avait autorisé la mise en place d'un dispositif de sonorisation dans les cellules de garde à vue d'un commissariat de police. Par la suite, les deux suspects avaient été placés dans des cellules contiguës et leurs propos avaient été enregistrés à leur insu. Les suspects avaient alors conversé. Des propos par lesquels l'un des suspects s'incriminait lui-même furent ainsi enregistrés et versés au dossier. La chambre de l'instruction fut saisie d'une requête en nullité de l'ensemble des actes liés à la garde à vue et à la sonorisation. La chambre de l'instruction écarta l'ensemble des moyens de nullité en retenant que le mode de recueil de la preuve associant la garde à vue et la sonorisation des cellules ne devait pas être considéré comme déloyal ou susceptible de porter atteinte aux droits de la défense, dès lors que les règles procédurales relatives à la garde à vue et à la sonorisation avaient été scrupuleusement respectées. L'intéressé forma un pourvoi en cassation. La Cour de cassation reprend une formule classique selon laquelle « *porte atteinte au droit à un procès équitable et au principe de loyauté des preuves le stratagème qui en vicie la recherche par un agent de l'autorité publique* ». De façon plus innovante, la Cour de cassation affirme 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* ».

Dans cet arrêt intéressant, la Cour de cassation prohibe expressément et solennellement la mise en place d'un « stratagème » au nom du principe de loyauté des preuves. Elle définit le procédé déloyal comme un « stratagème qui vicie la recherche de la preuve par un agent de l'autorité publique ». C'est la première fois que la jurisprudence déconnecte clairement la notion de stratagème de celle de provocation. Le concept de stratagème devient désormais autonome. Il n'est plus rattaché à la notion de provocation. Il apparaît donc comme un enjeu de définir le concept de stratagème, afin d'éclairer la notion de déloyauté. Dans le langage courant, le stratagème désigne « une ruse de guerre ayant pour objet de tromper l'ennemi » et, plus généralement, « une combinaison habile mise en œuvre pour obtenir un avantage »<sup>354</sup>. Le stratagème est donc défini à travers ses modalités et son but. Cette double approche est reprise dans l'arrêt du 7 janvier 2014 qui précise, d'une part, que le stratagème résulte de « la conjugaison des mesures de garde à vue, du placement des suspects dans des cellules contiguës et de la sonorisation des locaux » et, d'autre

<sup>352</sup> Cass. crim., 7 janv. 2014, n° 13-85.246 : JurisData n° 2014-000004 ; A. Maron et M. Haas, Un stratagème couvert d'une feuille de vigne légale : *Dr. pén.* 2014, comm. 32.

<sup>353</sup> E. Vergès, « Loyauté et licéité, deux apports majeurs à la théorie de la preuve pénale », préc., p.407.

<sup>354</sup> Dictionnaire Larousse.

part, que ce procédé « a amené l'intéressé à s'incriminer lui-même au cours de sa garde à vue » ce qui sous-entend que ledit stratagème a eu un impact réel sur le libre arbitre du suspect<sup>355</sup>. Selon ce raisonnement, le stratagème déloyal repose donc sur une combinaison de différentes mesures, peu importe que celles-ci soient en elles-mêmes régulières. Une idée contestable semble se véhiculer : un procédé d'investigation sophistiqué serait par nature déloyal et les enquêteurs devraient ainsi éviter de combiner les actes mis à leur disposition. On peut se demander si ce procédé est recevable lors d'en absence de mesures combinées. La jurisprudence montre son incohérence sur cette question. A été validé le fait que les enquêteurs de l'office central de lutte contre le travail illégal se présentent comme d'éventuels acquéreurs de locaux professionnels pour vérifier l'état d'occupation des lieux<sup>356</sup>. Au contraire, a été condamné le fait qu'un officier de police judiciaire transcrive dans un procès-verbal des déclarations que le suspect n'avait pas voulu voir consignées dans son audition<sup>357</sup>. Il est donc inopportun de déduire que le procédé simple est recevable. Bien que l'arrêt du 7 janvier 2014 attache la notion de déloyauté au stratagème en dehors du cadre de la provocation policière, il n'est pas certain que cette décision soit source de clarification. Il nous semble que la notion de stratagème n'est pas adéquate pour caractériser un comportement déloyal en procédure pénale.

**92. Licéité et loyauté.** L'arrêt du 7 janvier 2014 permet de clarifier l'articulation entre la loyauté et la licéité<sup>358</sup>. Certaines preuves sont autorisées et soumises à des règles spéciales prévues par le code de procédure pénale, ce qui semblerait indiquer que le législateur les considère comme loyales. Or, il nous semble qu'on ne peut pas déduire de ces règles que la preuve ainsi obtenue l'a été loyalement. Au contraire, l'existence même de ces règles spéciales signifie que certaines formes de déloyauté sont reconnues et prévues par la loi et sont donc autorisées et justifiées. Par exemple, une infiltration, une enquête sous pseudonyme, ou encore des écoutes téléphoniques sont des modes de preuve déloyaux, puisque l'intéressé n'est pas informé de l'identité réelle de l'agent infiltré ou de l'agent sous pseudonyme, ou du fait qu'il est écouté<sup>359</sup>. Autrement dit, ces modes de preuve sont intrinsèquement déloyaux. Pour autant, ces preuves déloyales sont admises car le respect des règles prévues par le code de procédure pénale permet d'y recourir. Dans ce cas, la déloyauté est couverte par la licéité. Néanmoins, le rapport entre la loyauté et la licéité se complexifie en cas d'absence de règles spéciales. La Cour de cassation a eu l'occasion d'indiquer que le respect du code de procédure pénale n'écarte pas *ipso facto* toute question quant à la loyauté du procédé : même si la déloyauté intrinsèque au procédé réglementé est couverte par la loi, ce procédé ne peut pour autant être mis en œuvre de manière

---

<sup>355</sup> Aurélie Bergeaud-Wetterwald, « Du bon usage du principe de loyauté des preuves ? », *préc.*

<sup>356</sup> Cass. crim., 10 mai 2011, n° 10-87.475 : JurisData n° 2011-011032.

<sup>357</sup> Cass. crim., 3 avr. 2007 : Bull. crim. 2007, n° 102.

<sup>358</sup> Nous rejoignons ici le Professeur Vergès lorsqu'il indique que le terme de licéité est préférable à celui de légalité en raison des confusions que génère ce dernier : Loyauté et licéité, deux apports majeurs à la théorie de la preuve pénale, D. 2014. 407.

<sup>359</sup> V. en ce sens, P. Le Monnier de Gouville, Loyauté des preuves et identification du stratagème déloyal, Lexbase Hebdo, éd. privé, 2017, n° 710, n° LXB N9929BWN, laquelle considère que « parce que les infiltrations supposent une ruse, un pseudonyme, un mensonge, parce que les interceptions téléphoniques sont réalisées à l'insu de la personne visée, elles ne correspondent pas à l'idée que l'on se fait d'un comportement loyal ».

déloyale et résulter d'un stratagème extrinsèque ; une telle déloyauté ne saurait être admise<sup>360</sup>. En espèce, si la déloyauté et l'atteinte à la vie privée, intrinsèquement liée à la sonorisation, sont couvertes par le respect des règles applicable aux sonorisations, l'utilisation d'un tel procédé pour porter atteinte au droit de se taire du gardé à vue n'est pas prévue par la loi<sup>361</sup>. Contourner le respect de ce droit en recourant à la sonorisation de la cellule de garde à vue est un comportement déloyal, qu'aucune règle légale ne « couvre »<sup>362</sup>. L'exigence de loyauté dans la recherche des preuves est donc une condition de la licéité des preuves.

**93. Deux types de déloyauté.** L'arrêt du 7 janvier 2014 investit certainement la déloyauté d'un nouveau sens, même s'il ne réussit pas à la définir clairement. À partir de cet arrêt, au moins deux types de déloyauté peuvent être identifiés : la déloyauté intrinsèque et la déloyauté extrinsèque. Selon l'expression du professeur Perrier, « lorsque les preuves recueillies ne font pas l'objet d'un encadrement spécifique, cette exigence de loyauté concerne tant les finalités (pour sanctionner une déloyauté que l'on peut qualifier d'extrinsèque, portant sur les droits que les agents cherchent à contourner) que les modalités (pour contrôler la déloyauté intrinsèque, à savoir la dissimulation inhérente au procédé) ; lorsque les preuves sont soumises à des règles spéciales, la déloyauté intrinsèque est couverte, mais le contrôle des finalité peut conduire à sanctionner une déloyauté extrinsèque »<sup>363</sup>.

**94. Déloyauté extrinsèque et détournement de procédure.** Selon une définition unanimement admise, le détournement de procédure consiste en « une utilisation des voies procédurales à des finalité autres que celles spécialement déterminées par le texte spécial »<sup>364</sup>. Il nous semble que la déloyauté extrinsèque dans l'arrêt du 7 janvier 2014 peut être mieux expliquée sur ce fondement de détournement de procédure. Bien que le demandeur au pourvoi a relevé le motif du détournement de procédure, la chambre criminelle a refusé d'apprécier le procédé d'investigation sous cet angle. La chambre de l'instruction avait donné une motivation contestable pour écarter l'argument sur le détournement de procédure. D'un côté, elle relevait que le requérant n'avait pas été placé en garde à vue dans le but d'enregistrer ses éventuelles conservations dans les geôles puisqu'il existait des raisons plausibles de soupçonner sa participation à l'infraction. Elle en déduit que le placement en garde à vue, répondant aux exigences de l'article 62-2, alinéa 1 du Code de procédure pénale, n'était pas constitutif d'un détournement de procédure. D'un autre côté, après avoir recensé les objectifs avancés par les enquêteurs pour fonder la mesure de garde à vue au sens de l'article 62-2, elle rappelait, de manière surabondante, que cette dernière n'avait pas pour objet la réalisation de la sonorisation mais était juridiquement fondée sur l'existence de soupçons. Elle ajoutait, de manière surprenante, que la sonorisation qui n'est pas un motif de placement n'avait pas à figurer dans l'énumération des

<sup>360</sup> Jean-Baptiste Perrier, « Le fair-play de la preuve pénale », in *AJ Pénal*, 2017, p.436.

<sup>361</sup> Seul l'intéressé peut, lors d'une garde à vue, renoncer au droit de se taire ; sur le champ d'application de ce droit confronté à la déloyauté de la procédure, C. Girault, Quand la loyauté dicte sa loi, *AJ pénal* 2015. 362.

<sup>362</sup> Cass., ass. plén., 6 mars 2015, n° 14-84.339, Bull. ass. plén., n° 2 ; D. 2015. 711, obs. S. Fucini, note J. Pradel ; *ibid.* 1738, obs. J. Pradel ; *AJ pénal* 2015. 362, note C. Girault ; RSC 2015. 117, obs. P.-J. Delage ; *ibid.* 971, chron. J.-F. Renucci .

<sup>363</sup> Jean-Baptiste Perrier, « Le fair-play de la preuve pénale », préc., p.436.

<sup>364</sup> B. Boulloc, « Les abus en matière de procédure pénale », *Rev. sc. crim.* 1991, p. 221.

critères de l'article 62-2. Elle précisait enfin que la sonorisation n'était pas en contradiction avec l'objectif affiché au 5° dudit article (« empêcher que la personne ne se concerte avec d'autres personnes susceptibles d'être ses coauteurs ou complices ») parce qu'il était nécessaire d'empêcher, à la date du placement en garde à vue, des concertations frauduleuses avec deux personnes toujours recherchées. De tout ceci, elle conclut que la sonorisation n'est pas un détournement des dispositions encadrant la garde à vue. Nous ne comprenons pas la logique de ce raisonnement. En effet, la chambre de l'instruction entretient ainsi une confusion manifeste entre fondement et objectif de la garde à vue pour écarter, d'une manière qui ne convainc pas, l'existence d'un détournement de procédure<sup>365</sup>. La Cour de cassation aurait pu aisément se prononcer sur ce point<sup>366</sup>. Mais il est regrettable que la Cour de cassation n'ait pas choisi de censurer ce raisonnement et esquive toute référence à un éventuel détournement de procédure pour mettre en avant le concept de « stratagème ».

**95. Mission impossible ?** Concernant la notion de la loyauté, la doctrine montre deux approches de sa définition : une approche positive et une approche négative. La première emmène une notion trop fuyante et trop imprécise. Le défaut de la seconde consiste à l'impossibilité d'énumérer les cas de déloyauté avec exhaustivité. La jurisprudence offre les sources pour définir la déloyauté. Après avoir recensé la jurisprudence, il apparaît que la notion de déloyauté connecte étroitement la provocation policière et le stratagème. Cependant, ces deux termes ne permettent pas de clarifier la notion de déloyauté. Bien que la majorité des arrêts relatifs à la question du principe de loyauté des preuves se trouve dans le domaine de la provocation policière, cette notion ne peut pas couvrir celle de déloyauté. Autrement dit, la provocation policière équivaut seulement en partie à la déloyauté. Sur le stratagème, il n'est également pas suffisant de définir la notion de déloyauté par ce mot qui est lui-même assez imprécis. En conséquence, on peut dire que, jusqu'ici, la doctrine et la jurisprudence n'ont pas encore consacré une définition claire de la notion de loyauté ou déloyauté.

Il convient à ce moment de revenir à la question que nous avons posée au début de cette section : est-il mission impossible de définir clairement la notion de loyauté ou déloyauté ? Bien que de nombreux auteurs y répondent affirmativement et reconnaissent la fonction de « pondération, modération et correction »<sup>367</sup>, nous ne sommes pas d'accord avec leur position. D'une part, se formant après la pensée sur le fondement des faits, un concept ne résulte pas simplement de la pensée abstraite. C'est-à-dire que nous ne devons pas ignorer les faits servant à construire un concept. Plus précisément, s'agissant du concept de loyauté, la jurisprudence fournit le fondement des faits favorisant la formation de ce concept. Elle ne semble pas arrêter d'alimenter des sources inédites sur ce sujet. Cela véhicule une information : ce n'est pas le moment où l'on peut définir clairement la notion de loyauté car le fondement des faits est toujours en préparation ou fermentation. Néanmoins, il n'est pas

---

<sup>365</sup> Aurélie Bergeaud-Wetterwald, « Du bon usage du principe de loyauté des preuves ? », *préc.*

<sup>366</sup> Sur le constat en l'espèce d'un « contournement de procédure », S. Detraz, Sonorisation d'une cellule de garde à vue : un stratagème qui vicie la recherche de la preuve : *D.* 2014, p. 264.

<sup>367</sup> B de Lamy, « De la loyauté en procédure pénale. Brèves remarques sur l'application des règles de la chevalerie à la procédure pénale », *préc.*, p.102.

opportun d'en déduire qu'il est impossible de définir clairement la notion de loyauté. À l'avenir, lorsque la jurisprudence aura bien préparé le fondement des faits, le concept de loyauté ou déloyauté pourra être défini avec précision. D'autre part, si le principe de loyauté des preuves a simplement une fonction de « pondération, modération et correction », il est inévitable de conférer un pouvoir d'appréciation au cas par cas aux magistrats. En ces sens, s'il n'existe pas de critère ou de seuil, les magistrats pourraient apprécier arbitrairement les procédés déloyaux. L'absence de ce seuil entraînera évidemment la désharmonie de la jurisprudence et portera ainsi atteinte à l'intérêt de la sécurité juridique. Heureusement, le seuil d'appréciation est en train d'être fixé. Laissant temporairement de côté les travaux abstraits concernant la définition de la notion de loyauté, lorsqu'un magistrat apprécie l'admissibilité des modes de preuves, selon la jurisprudence, il faut se poser au moins trois questions : le procédé de recueil des preuves est-il conforme aux dispositions de la loi ; relève-t-il de la provocation à la commission d'une infraction ; existe-il un détournement de procédure.

En résumé, il est possible et nécessaire de définir clairement la notion de loyauté, même si cette mission ne peut pas aboutir pour le moment. Nous n'avons pas l'intention de proposer une définition du concept de déloyauté dans cette section. Mais plus pragmatique, nous allons examiner l'état de l'encadrement des procédés déloyaux à travers l'abondante jurisprudence à ce sujet.

## **§ 2. L'application du principe de loyauté de la preuve dans la jurisprudence**

### **96. Particularité en matière pénale sur la question de la loyauté de la preuve.**

De prime abord, il faut observer immédiatement que les juges pénaux, lorsqu'ils traitent la question du principe de loyauté dans la recherche de la preuve, rendent différentes solutions selon les qualités des personnes recueillant les preuves. Autrement dit, le principe de loyauté dans la recherche de la preuve s'impose uniquement aux agents de l'autorité publique (officier de police judiciaire, ministère public, juge d'instruction, etc.), et non pas aux parties privées. Ce phénomène ancré dans la philosophie du dualisme devient une particularité en matière pénale, puisque dans les autres branches du droit (droit civil<sup>368</sup>, droit social<sup>369</sup> ou droit de la concurrence<sup>370</sup>), les parties privées doivent également respecter le principe précité. Confronté à cette discordance, il est pertinent d'observer la jurisprudence de la Cour EDH en cette matière.

Il apparaît que la Cour EDH préfère laisser aux juges nationaux une large marge de manœuvre, puisqu'elle a déclaré que « *si l'article 6 de la Convention EDH garantit*

---

<sup>368</sup> Civ. 2<sup>e</sup>, 7 oct. 2004, Bull. civ. II, n° 441 ; JCP G 2005. II. 10025, note N. Léger ; D. 2005. 122, note P. Bonfils ; AJ pénal 2005, 30 obs.C.S.Enderlin ; D. 2005, Pan. 2652, obs.L.Marino ; RTD civ. 2005, 135, obs. J. Mestre et B. Fages ; CA Nouméa, 3 déc. 2007, cité par Y. Strickler, préc., p.367.

<sup>369</sup> Soc. 26 nov. 2002, Bull. civ. V n° 352 ; JCP G 2003, IV. 1151 ; D. 2003. Jur. 1858, note J.-M. Brugière ; Soc. 23 mai 2007, Bull. civ. V, n° 85 ; JCP G 2007. II. 10140, note L. Weiller ; D. 2007. 2284, note C. Castets-Renard.

<sup>370</sup> Com. 3 juin 2008, Bull. civ. IV, n° 112 ; D. 2008. Pan. 2822, obs. P. Delebecque ; D. 2008. Jur. 2476, note M.-E. Boursier-Mauderly ; CCC 2008. Comm. 204, obs. D. Bosco. – Contra, CA Paris, 19 avr. 2009, D. 2009. AJ. 1352, obs. E. Chevrier.

le droit à un procès équitable, il ne règlemente pas pour autant l'admissibilité des preuves en tant que telles, matière qui relève au premier chef du droit interne »<sup>371</sup>. Les juges européens ne mentionnent pas directement la notion de loyauté, mais la font entrer dans la notion plus large de procès équitable. Ainsi, la Cour EDH « n'a pas à se prononcer, par principe, sur la recevabilité de certaines sortes d'éléments de preuve, par exemple des éléments obtenus de manière illégale au regard du droit interne ... », et elle se contente simplement « d'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 et, dans le cas où se trouve en cause la violation d'un autre droit protégé par la Convention, de la nature de cette violation »<sup>372</sup>. Malgré ce contournement de la Cour EDH, il est incontestable que le principe de loyauté dans la recherche de la preuve est présent dans la jurisprudence française et il a effectivement « valeur de principe supérieur »<sup>373</sup>. Afin d'observer la situation de son application dans la jurisprudence en matière pénale, il est donc opportun de différencier deux cas : lorsque les agents de l'autorité publique récoltent les preuves **(A)**, et lorsque les parties privées récoltent les preuves **(B)**.

## **A. Les agents de l'autorité publique face à la loyauté de la preuve**

**97. Exigence stricte s'imposant à l'autorité publique.** Les agents de l'autorité publique doivent respecter l'exigence de la loyauté lors de la recherche des preuves pénales. Cette exigence s'imposant aux agents de l'autorité publique est de plus en plus stricte, même si la jurisprudence en la matière n'est pas totalement uniforme. À travers l'analyse précédente quant aux sources jurisprudentielles de la notion de déloyauté, nous pouvons sentir une tendance au renforcement de l'exigence de la loyauté de la preuve. Or en d'autres termes, il existe une tendance à étendre le champ d'application du principe de loyauté de la preuve. Plus précisément, le principe de loyauté de la preuve ne s'applique pas uniquement en matière de provocations policières. Ici, nous allons examiner attentivement la jurisprudence relative à la loyauté de la preuve. Il est pertinent de distinguer les provocations policières **(1)** et les détournements de procédure **(2)**.

### **1. Les provocations policières**

**98. Seuil de provocation.** Les provocations policières signifient que les enquêteurs recourent à des ruses, stratagèmes et artifices afin d'obtenir la preuve des infractions commises. Ces mesures sont intrinsèquement déloyales. Mais elles ne sont pas en soi condamnables car « si la procédure pénale doit être chevaleresque, elle peut admettre dans une certaine mesure des comportements déloyaux »<sup>374</sup>. Bien que de manière majoritaire, la doctrine pénale française se montre hostile aux provocations policières, elle admette aussi que les enquêteurs puissent disposer de

<sup>371</sup> CEDH, 12 juillet 1988, *Schenck c/Suisse*, série A, n°140, p.29.

<sup>372</sup> V., notamment, CEDH, 12 juillet 1988, *Schenck c/Suisse*, § 45 et 46, Rev. sc. crim., 1988, p.840, obs. L.-E. Pettiti ; CEDH, 9 juin 1998, *Teixeira de Castero c. Portugal*, § 34 ; CEDH, 12 mai 2000, *Khan c. Royaume-Uni*, § 6 et 7 ; CEDH, 5 novembre 2002, n°48539/99, *Allan c. Royaume-Uni*, § 50 à § 53 ; CEDH, 11 juillet 2006, *Jalloh c. Allemagne*, § 94 et 95 ; CEDH, Gr. ch., 10 mars 2009, *Bykouski c. Russie*, § 88.

<sup>373</sup> Desportes, Frédéric, *Traité de procédure pénale*, préc., n° 569.

<sup>374</sup> Jean-Baptiste Perrier, « Le fair-play de la preuve pénale », préc., p.436.

ces moyens déloyaux dans des cas exceptionnels<sup>375</sup>. Par exemple, certains auteurs acceptent que les enquêteurs puissent recourir à des ruses, stratagème et artifices à l'égard des délinquants professionnels, en raison de l'adéquation de la méthode utilisée avec l'objectif recherché, même s'il est évident que la fin ne saurait justifier tous les moyens<sup>376</sup>. En conclusion, à l'unanimité, les provocations policières ne sont pas totalement irrecevables. L'enjeu se situe alors dans la frontière entre l'admissible et l'illicite. Cette frontière est connue : la provocation « *passive* » ou la « *provocation à la preuve* » est admise, tandis que la provocation « *active* » ou la « *provocation à la commission d'une infraction* » n'est pas tolérée<sup>377</sup>.

**99. Tolérance de la provocation *passive* par la jurisprudence.** Concernant la provocation *passive*, nous rappellerons qu'une affaire ancienne admettait cette forme de provocation. Il s'agit d'un arrêt rendu dans le domaine du trafic de stupéfiants. La Chambre criminelle décidait que le fait pour un agent de police judiciaire ou d'un service spécialisé de se présenter comme acheteur ou intermédiaire n'est pas une provocation emportant anéantissement de la volonté du délinquant et n'est qu'une méthode pour faciliter la découverte et la constatation d'une infraction<sup>378</sup>. Étant donné que l'intervention des agents n'avait pas déterminé l'action délictueuse, ni annihilé la liberté de décision des auteurs, le juge considérait que la provocation était admissible. Il est vrai que, dans ce cas, les fonctionnaires de police avaient un rôle passif plutôt qu'actif et de ce fait, on ne pouvait leur reprocher d'avoir incité quelqu'un à commettre une infraction qu'il n'aurait pas spontanément accomplie. Ces solutions sont confirmées par des décisions plus récentes<sup>379</sup>. La jurisprudence a également admis la provocation *passive* dans de nombreux autres domaines. Par exemple, elle a considéré qu'il n'y avait aucune irrégularité lorsque des inspecteurs de police se cachent dans un placard afin d'écouter une conversation, puis font irruption dans la pièce pour constater un délit de corruption active, dès lors que les enquêteurs étaient demeurés passifs<sup>380</sup>. De même, puisque l'intervention des gendarmes a eu pour seul effet de permettre la constatation d'un délit de trafic d'influence dont ils n'avaient pas déterminé la commission, le juge n'a pas caractérisé ce stratagème comme portant atteinte à la loyauté des preuves<sup>381</sup>.

**100. Condamnation de la provocation *active* par la jurisprudence.** À l'inverse, la jurisprudence condamne toute forme de provocation *active*. Citons, à titre

---

<sup>375</sup> Pour M. le professeur Merle et M. le professeur Vitu, on ne saurait réprimer les infractions « imputable à ces expérience policière ». V. R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel*, préc., n° 590, note 8. Pour le Doyen P. Bouzat, les provocations policières doivent demeurer une mesure exceptionnelle que seul un intérêt social impérieux peut sinon légitimer du moins justifier. V. Pierre Bouzat, « La loyauté dans la recherche des preuves », préc. p.166.

<sup>376</sup> V. P. Maistre du Chambon, « La régularité des provocations policières : l'évolution de la jurisprudence », *préc.*, 3442, n° 15 et 16 ; Jean-Baptiste Perrier, « Le fair-play de la preuve pénale », *préc.*, p. 436.

<sup>377</sup> Sur cette distinction, v. notamment, Desportes, Frédéric, *Traité de procédure pénale*, préc., n° 575.

<sup>378</sup> Crim., 2 mars 1971, Bull. crim., n° 71 ; Crim., 16 mars 1972, Bull. crim., n° 108 ; Crim., 2 octobre 1979, Bull. crim., n° 266.

<sup>379</sup> Crim., 29 juin 1993, Bull. crim., n° 228 ; Crim., 8 juin 2005, Bull. crim., n° 173.

<sup>380</sup> Crim., 22 avril 1992, Bull. crim., n° 196, *Droit pénal*, 1992, comm. n° 215, obs. A. Maron, D., 1995, p. 59, note H. Matsopoulou.

<sup>381</sup> Crim., 16 janvier 2008, Bull. crim., n° 14, *Rev. sc. Crim.*, 2008, p. 367, obs. R. Finielz, D., 2008, Pan, p. 2760, obs. J. Pradel.

d'illustration, un arrêt rendu par la chambre criminelle le 13 juin 1989<sup>382</sup>. En l'espèce, un prévenu avait reconnu s'être livré à un trafic de drogue avec un autre individu. Les enquêteurs l'avaient alors invité à téléphoner à ce dernier afin de prendre rendez-vous pour une livraison de drogue. La conversation fut enregistrée. Or, la Cour de cassation casse la procédure en question en considérant que cet enregistrement téléphonique avait été « obtenu par artifice ou stratagème »<sup>383</sup>. En outre, la chambre criminelle a condamné une provocation pratiquée par un agent de l'autorité publique ou par son intermédiaire, qui a pour objet, non pas de constater une infraction sur le point de se commettre, mais d'inciter une personne à accomplir « des faits pénalement répréhensibles, et de mettre en place une souricière en vue de son interpellation »<sup>384</sup>. En pareil cas, les juridictions répressives estiment que « la déloyauté d'un tel procédé rend irrecevables en justice les éléments de preuve ainsi obtenus »<sup>385</sup>. Par ailleurs, il convient de citer une jurisprudence récente rendu par la chambre criminelle le 11 juillet 2017<sup>386</sup>. En l'espèce, après avoir reçu un appel téléphonique à l'occasion duquel son interlocuteur l'informait qu'il était en possession d'un enregistrement audiovisuel à caractère sexuel où il apparaissait et lui proposait de trouver un arrangement, le plaignant a dénoncé les faits. En l'absence de nouvelles depuis cet appel, l'officier de police judiciaire a été autorisé par le procureur de la République à utiliser un faux nom et à se présenter comme un représentant de la victime pour contacter les maîtres-chanteurs et ainsi obtenir des preuves de l'infraction dénoncée. À la suite de l'enregistrement de ces conversations, les principaux protagonistes ont été interpellés, et mis en examen des chefs d'association de malfaiteurs et de complicité de tentative de chantage. La chambre criminelle considère que le stratagème utilisé par l'officier de police judiciaire est déloyal en raison de l'atteinte au droit à un procès équitable et au principe de loyauté des preuves. Plus précisément, les possesseurs de l'enregistrement avaient lassé entendre qu'il était possible de trouver un arrangement, mais la question financière n'a été abordée qu'à l'initiative de l'enquêteur se faisant passer pour le représentant de la victime. Le stratagème mis en place a bien eu pour effet de provoquer la sollicitation et donc la commission de l'infraction ; la déloyauté d'un tel procédé doit conduire à l'irrecevabilité des preuves obtenues.

Néanmoins, un arrêt du 13 octobre 2004<sup>387</sup> a semblé opérer un revirement en cette matière. Dans cette affaire très médiatique, un gendarme avait enregistré une conversation échangée avec le prévenu, alors préfet. Or contre toute attente, la chambre criminelle a validé ce procédé, et ce en prenant en considération deux éléments : la cassette d'enregistrement avait été soumise à la libre discussion des parties, et elle n'était pas le seul élément de preuve soumis à l'appréciation des juges. L'arrêt se démarque dès lors de la jurisprudence antérieure. On pourrait penser que

---

<sup>382</sup> Crim. 13 juin 1989, Bull. crim. n° 254.

<sup>383</sup> Dans le même sens, Crim. 29 juin 1989, Bull. crim. n° 261 ; Crim. 28 oct. 1991, Bull. crim. n° 381.

<sup>384</sup> Crim., 27 février 1996, affaire Schuller-Maréchal, Bull. crim., n° 93, D., 1996, p. 346, note Ch. Guéry, JCP G, 1996, II, 22629, note M.-L. Rassat.

<sup>385</sup> Crim., 9 août 2006, Bull. crim., n° 202, D., 2007, pan. p. 975, obs. J. Pradel.

<sup>386</sup> Crim., 11 juillet 2017, n° 17-80.313.

<sup>387</sup> Crim. 13 oct. 2004, Bull. crim. n° 243 ; Dr. pénal 2005. Comm. 2, obs. M. Véron ; Rév. pénit. 2005. 410, obs. C. Ambroise-Castérot ; RSC 2005. 66, obs. E. Fortis.

l'obligation de loyauté à la charge des personnes publique s'est désormais assouplie à l'égard des personnes publiques. Cependant, la solution de cet arrêt n'a pas été réitérée depuis, car cette décision a une forte connotation politique<sup>388</sup>.

#### **101. Difficulté de déterminer le caractère de provocation dans certains cas.**

La distinction entre la provocation à la preuve et la provocation à la commission d'une infraction est connue, mais la ligne de partage est parfois difficile à tracer. Cette difficulté se traduit par une jurisprudence casuistique, sanctionnant certains comportements, en admettant d'autres pourtant proches. Pour illustration, nous citons ici deux arrêts portant sur des faits similaires (création d'un site Internet afin de découvrir les auteurs) mais dont les solutions rendues par la Chambre criminelle de la Cour de cassation sont différentes. Dans le premier arrêt, rendu le 7 février 2007, du fait que les autorités de police américaines avaient créé un site internet destiné à « piéger » des pédophiles, la Chambre criminelle a déclaré que la déloyauté d'un tel procédé, et l'atteinte portée au droit à un procès équitable qui en résultait, invalidaient l'ensemble de la procédure suivie contre le pédophile ayant fait l'objet de poursuites pénales en France à la suite des renseignements fournis par les autorités américaines aux autorités française<sup>389</sup>. Elle a donc écarté les preuves ainsi obtenues au visa de l'article préliminaire du code de procédure pénale et de l'article 6.1 de la Convention européenne des droits de l'homme. Le second arrêt a été rendu le 30 avril 2014. En l'espèce, encore les autorités américaines (le FBI de New York) avaient créé un cyber-forum de discussion et d'échange permettant aux participants de se communiquer mutuellement, à leur seule initiative, des informations et des offres d'achat, de vente ou d'échange de biens ou de services en rapport avec les fraudes aux cartes bancaires qu'ils se proposaient de commettre, sachant que les fraudeurs se rendent habituellement sur des sites de *carding* afin de se procurer les numéros de cartes bancaires qu'ils utilisent ensuite sur internet sous couvert de pseudonymes<sup>390</sup>. La Chambre criminelle a admis les preuves obtenues par un tel procédé, considérant que la création du forum d'infiltration litigieux ne constituait nullement un stratagème de nature à déterminer les agissements délictueux des personnes suspectées. Ce procédé ne portait donc pas atteinte au principe de loyauté des preuves et au droit à un procès équitable. On se demande pour quelles raisons la Chambre criminelle a admis un tel procédé déloyal dans ce dernier arrêt.

Selon les explications de la Haute juridiction, les solutions précédentes résultent de deux éléments différents. D'une part, dans le premier arrêt, tous les internautes peuvent se connecter au site internet destiné à piéger des pédophiles ; à l'inverse, dans le second arrêt, le forum d'infiltration n'est ouvert qu'aux personnes ayant les techniques ou les connaissances des cartes bancaires. D'autre part, le site créé par le FBI dans le dernier cas était un forum d'infiltration ayant pour fonction de surveiller

---

<sup>388</sup> Ph. Bonfils et J. Lasserre-Capdeville. « Tentative de clarification de la loyauté de la preuve en matière pénale ». préc., p. 247 et spéc. p.250.

<sup>389</sup> Crim. 7 févr. 2007, n° 06-87.753, Bull. crim. n° 37 ; D. 2007. 2012, note J.-R. Demarchi ; AJ pénal 2007. 233, obs. M.-E. C. ; RSC 2007. 331, obs. R. Filniez ; *ibid.* 560, obs. J. Francillon ; *ibid.* 2008. 663, obs. J. Buisson ; Crim. 4 juin 2008, n° 08-81.045, Bull. crim. n° 141 ; D. 2008. 1766, et les obs. ; AJ pénal 2008. 425, obs. S. Lavric ; RSC 2008. 621, obs. J. Francillon

<sup>390</sup> Crim. 30 avr. 2014, n° 13-88.162, Bull. crim. n° 119 ; D. 2014. 1042 ; *ibid.* 1736, obs. J. Pradel ; AJ pénal 2014. 374, obs. P. de Combes de Nayves ; RSC 2014. 577, obs. J. Francillon.

et d'enregistrer les discussions en ligne ainsi que les messages postés sur le site à destination des usagers enregistrés, ceci afin de pouvoir identifier les auteurs de ces messages en relevant leur adresses IP et ainsi d'accroître ainsi l'efficacité de la lutte contre ce type de fraudes. C'est-à-dire qu'un tel procédé, dans l'arrêt du 30 avril 2014, visait seulement à la provocation à la preuve, mais non pas à la provocation à la commission d'une infraction. Cet avis peut être renforcé par le fait que les mis en examen avaient déjà manifesté sur d'autres sites, antérieurement à la création de ce forum d'infiltration, un « intérêt certain » pour ces techniques ou pour l'utilisation illégale d'internet<sup>391</sup>. En d'autres termes, la commission d'une infraction existait déjà avant que le FBI ne crée ce site internet. La Haute juridiction avait donc conclu que les éléments de preuves recueillis par le procédé de la création d'un forum sont recevables. Il nous semble que cette décision de la Chambre criminelle est juridiquement fondée. Mais ces clarifications intervenues en jurisprudence ne font pas disparaître toute incertitude sur la frontière entre la provocation licite et celle qui ne l'est pas.

**102. Conformité avec la jurisprudence européenne.** La jurisprudence française, en interdisant toute provocation active, est en plein conformité avec celle de la Cour EDH. Les juges européens estiment que « *si l'intervention d'agents infiltrés et 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* »<sup>392</sup>. Elles prennent soin de préciser qu'« *il y a provocation policière lorsque les agents impliqués ... ne se limitent pas à examiner d'une manière purement passive l'activité délictueuse, mais exercent sur la personne qui en fait l'objet une influence de nature à l'inciter à commettre une infraction qu'autrement elle n'aurait pas commise, pour en rendre possible la constatation, c'est-à-dire en apporter la preuve et la poursuivre* »<sup>393</sup>.

**103. La législation sur les opérations d'infiltration.** Les formes de la provocation policière sont diverses dans la jurisprudence. Certaines d'entre elles sont déjà écrites dans le Code de procédure pénale. Afin de lutter efficacement contre certaines formes de criminalité particulièrement graves et occultes, le législateur a expressément consacré les provocations *passives* sous la qualification d'« *infiltrations* ». Tel est le cas en matière de criminalité organisée<sup>394</sup>, l'opération d'infiltration consistant, pour un fonctionnaire de police, à surveiller des personnes suspectées de commettre un crime ou un délit visé aux articles 706-73 et 706-73-1 du Code de procédure pénale en se faisant passer, auprès de ces personnes, comme un de leurs coauteurs, complices ou receleurs<sup>395</sup>. Le législateur a également autorisé ces

<sup>391</sup> Jacques Francillon, « Cyberdélinquance et provocations policières », in *RSC* 2014, p. 577.

<sup>392</sup> CEDH, Gr. ch., 5 février 2008, Ramanauskas c. Lituanie, notamment § 73, *Rev. sc. crim.*, 2008, p. 649, obs. A. Giudicelli, *Dr. pénal*, 2009, chron. n° 4, obs. E. Dreyer ; v. aussi : CEDH, 9 juin 1998, Teixeira de Castro c. Portugal, § 39, *Rev. sc. crim.*, 1999, p. 405, obs. R. Koering-Joulin, *JCP G*, 1999, I, 105, obs. F. Sudre ; CEDH, 21 mars 2002, Calabro c. Allemagne ; CEDH, 17 septembre 2004, Eurofinacom c. France ; CEDH, 4 novembre 2010, Bannikova c. Russie.

<sup>393</sup> CEDH, Gr. ch., 5 février 2008, Ramanauskas c. Lituanie, §55.

<sup>394</sup> Art. 706-81 à 706-87 du CPP.

<sup>395</sup> Des pouvoirs analogues sont confiés aux agents des douanes, v. art. 67 bis, 67 bis-1 du Code douanes.

opérations afin de permettre la constatation de toute une série d'infractions commises par un moyen de communication électronique, telles que la traite des être humains, le proxénétisme, la provocation d'un mineur au trafic ou à l'usage de stupéfiants, le fait de favoriser la corruption d'un mineur, la fabrication ou la diffusion de messages à caractère violent, pornographique ou de nature à porter gravement atteinte à la dignité humaine, lorsque ces messages sont susceptibles d'être vus ou perçus par un mineur<sup>396</sup>. De même, les lois n° 2013-1117 du 6 décembre 2013 relatives à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière et celle n° 2016-819 du 21 juin 2016 réformant le système de répression des abus de marché ont prévu les opérations d'infiltration afin de faciliter la constatation de certaines infractions occultes, tels que les délits portant atteinte au devoir de probité (par exemple, les délits de corruption ou de trafic d'influence), les infractions visées aux articles 1741 et 1743 du Code général des impôts lorsqu'elles sont commises en bande organisées, les délits visés au dernier alinéa de l'article 414 et à l'article 415 du Code des douanes lorsqu'ils sont puni d'une peine d'emprisonnement d'une durée supérieure à 5 ans, les délits d'initié<sup>397</sup>. Les opérations d'infiltration ont donc un large champ d'application. Les différents textes, qui les autorisent, prennent toutefois soin de préciser que, « à peine de nullité, ces actes ne peuvent constituer une incitation à commettre des infractions ». Cela signifie que les fonctionnaires de police doivent éviter d'accomplir tout acte de provocation « *active* ».

## **2. Les détournements de procédure**

### **104. Condamnation des détournements de procédure par la jurisprudence.**

Les détournements de procédure sont d'autres situation impactée par le principe de la loyauté des preuves. Dans ces cas, afin de parvenir à leurs fins, les enquêteurs ont recours à des procédures tendant à d'autres objectifs que ceux poursuivis par le législateur qui les a instituées. De manière générale, la jurisprudence prohibe les détournements de procédure<sup>398</sup> et les considère comme des procédés portant atteinte aux principes de loyauté des preuves. Tel est le cas d'agents du fisc ayant parfois utilisé le cadre des enquêtes économiques qui permettaient de procéder à des perquisitions en application de l'ordonnance n° 45-1484 du 30 juin 1945, pour constater des infractions relevant de leurs attributions. La Cour de cassation a considéré comme régulière cette façon de procéder, dès lors qu'il n'était pas démontré que les agents en cause aient détourné la procédure économique de sa finalité. Mais certains juges du fond s'étaient déclarés convaincus du détournement de procédure et n'avaient pas hésité à annuler les poursuites engagées illégalement<sup>399</sup>.

De même, dans une affaire concernant un trafic de faux documents

---

<sup>396</sup> Art. 706-35-1 et 706-47-3 du CPP.

<sup>397</sup> V. aussi : art. 706-72 Code de procédure pénale qui autorise les opérations d'infiltration afin de constater les infractions portant atteinte aux systèmes de traitement automatisé de données (art. 323-4-1 Code pénale), ainsi que les délits de blanchiment de ces infractions et d'association de malfaiteurs ayant pour objet la préparation de celles-ci.

<sup>398</sup> Sur cette question, v. B. Bouloc, « Les abus en matière de procédure pénale », préc., p. 211 et s. et spéc. p. 227 et 228.

<sup>399</sup> H. Matsopoulou, *Les enquêtes de police*, LGDG, 1996, préf. B. Bouloc, n° 548 ; v. églament : Crim., 2 juin 1986, Bull. crim., n° 187, JCP G, 1987, II, 20752 (impossibilité d'utiliser les dispositions du Code des douanes pour la recherche des infractions fiscales).

administratifs, des fonctionnaires de police avaient demandé aux agents de l'administration douanière de procéder à une fouille minutieuse des bagages d'une personne soupçonnée de participer au dit trafic, sur le fondement de l'article 60 du Code des douanes, ce qui leur avait permis par la suite d'interpeller cet individu, qui s'était trouvé porteur de faux passeports, et d'ouvrir une enquête de flagrance. En espèce, la Chambre criminelle a condamné cette manière de procéder, en déclarant que les pouvoirs d'investigation conférés aux officiers et agents de police judiciaire ou à certains fonctionnaires par des lois spéciales ne peuvent être exercés que dans les conditions et les limites fixées par les textes qui les prévoient, sans qu'il leur soit permis de mettre en œuvre, par un détournement de procédure, des attributions que le législateur ne leur a pas reconnues<sup>400</sup>. Ce faisant, la Haute juridiction condamne les stratagèmes qui consistent à mettre en œuvre des pouvoirs en vue de découvrir des infractions étrangères à la mission confiée à une catégorie déterminée d'agents. C'est encore ce qui a été décidé à propos d'investigations menées par des agents des impôts pour la découverte d'un délit de travail « clandestin », sous couvert d'un contrôle de facturation<sup>401</sup>.

Plus récemment, la chambre de l'instruction a refusé d'examiner la régularité d'une enquête, effectuée en application des dispositions de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986 applicable en matière de concurrence et révélant des infractions de droit commun, seules poursuivies en espèce, au motif que cette enquête ne figurerait au dossier qu'à titre de simple renseignement et ne constituerait ni une enquête économique ni une enquête préliminaire<sup>402</sup>. La chambre criminelle a alors reproché à la chambre de l'instruction d'avoir omis de répondre au mémoire qui excipait d'un détournement de procédure ayant consisté à ne recourir aux dispositions de l'ordonnance précitée qu'à seule fin de mettre à jour des délits de droit commun en s'affranchissant des règles de procédure relatives aux enquêtes préliminaires.

**105. Reconnaissance des détournements de procédure.** Néanmoins, la jurisprudence a admis certains détournements de procédure. Par exemple, lorsque des agents de police judiciaire avaient sollicité leurs collègues des douanes pour effectuer la fouille d'un véhicule, afin d'y déceler un appareil détecteur des radars de la gendarmerie, la chambre criminelle a été amenée à reconnaître un détournement de procédure. Les hauts magistrats ont censuré ce procédé et jugé qu'aucune condamnation ne pouvait dès lors être légalement prononcée. Ainsi, les détournements de procédure ne sont pas prohibés par la jurisprudence, lorsque le législateur les a expressément consacrés dans le Code de procédure pénale. Selon l'article 706-93 du code de procédure pénale, les enquêteurs ne sauraient mettre en œuvre les pouvoirs de perquisitions exorbitants que leur accorde la loi en matière de criminalité organisée pour découvrir d'autres infractions que celles relevant de cette catégorie. De même, conformément à l'article 706-96 du code de procédure pénale,

---

<sup>400</sup> Crim., 11 mai 1992, Gaz. Pal. Du 19 au 20 mai 1993, note J. Pannier.

<sup>401</sup> Crim., 17 octobre 1994, Bull. crim., n° 333. V. aussi : crim., 3 octobre 1996, Bull. crim., n° 345 (en l'espèce, a été annulée, pour détournement de procédure, une visite domiciliaire, ayant abouti à la saisie de sucre chez un viticulteur, à laquelle des fonctionnaires des impôts avaient participé activement sans être munis de l'autorisation judiciaire requise par l'article L. 38 du Livre des procédures fiscales et hors le cas de flagrance).

<sup>402</sup> Crim. 31 janvier 2006, Bull. crim., n° 30, *Dr. pénal*, 2006, comm. n° 23, note A. Maron.

l'introduction dans un lieu privé nécessitée par la mise en place d'un dispositif de sonorisation ne saurait être mise à profit pour effectuer une perquisition par ailleurs non justifiée ou autorisée. Ces dispositions sont issues de la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004. Avec l'entrée en vigueur de la loi n° 2016-731 du 3 juin 2016, les pouvoirs d'investigation conférés aux fonctionnaires de police sont très étendus. Le champ de la reconnaissance des détournements de procédure par les lois est donc de plus en plus élargi.

## **B. Les parties privées face à la loyauté de la preuve**

**106. Parties privées dans la recherche des preuves.** En général, le ministère public a la charge de prouver les faits. Cependant si la victime veut corroborer l'action publique, le parquet va bénéficier de l'aide de la partie civile dans le rassemblement des preuves. De plus, le prévenu peut s'efforcer de fournir des éléments de preuves afin de convaincre le juge de l'absence de toute culpabilité ou participation à la commission d'une infraction. Ainsi, toutes les parties à l'instance peuvent être amenées à produire des éléments de preuve. La Chambre criminelle a rendu, depuis une vingtaine d'années, une série d'arrêts qui admettent les éléments des preuves obtenues par les parties privées de façon illicite ou déloyale **(1)**. Ici, les parties privées incluent la partie civile, la personne mise en examen, le témoin et le tiers à la procédure. Cela signifie que les particuliers, dans la procédure pénale ne sont pas obligés de respecter le principe de loyauté dans la recherche des preuves. Cette particularité a pour conséquence de restreindre considérablement le champ d'application du principe de loyauté et de relativiser sa portée<sup>403</sup>. Bien que l'attitude de la Haute juridiction semble, à première vue, très claire sur l'admissibilité des preuves récoltées par les particuliers employant des procédés déloyaux, certains arrêts illustrent la subtilité de la jurisprudence **(2)**.

### **1. La jurisprudence relevant de la position claire**

**107. Raisonement de la position de la Chambre criminelle.** Pour déclarer recevables les éléments de preuves obtenues par les parties privées de façon illicite ou déloyale, la Chambre criminelle s'appuie, notamment, sur les principes du contradictoire et de l'intime conviction. Selon son expression dans de nombreuses décisions, « 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 pénales, d'en apprécier la valeur probante ». Conformément à ce raisonnement, la Chambre criminelle a admis une lettre confidentielle qui était parvenue à une partie civile de manière anonyme<sup>404</sup>. Elle s'est également montrée favorable à la transcription des enregistrements de conversations téléphoniques remis par une partie civile qui les avait effectués à l'insu de ses interlocuteurs<sup>405</sup>. De même, elle a accueilli la production des enregistrements d'une caméra équipant un local professionnel, qui montraient qu'un salarié s'appropriait diverses sommes

<sup>403</sup> B. Bouloc, *Procédure pénale*, Dalloz, 2016, 25<sup>e</sup> éd., n° 161.

<sup>404</sup> Crim., 15 juin 1993, Bull. crim., n°210, D., 1994, p. 613, note C. Mascala.

<sup>405</sup> Crim., 30 mars 1999, Bull. crim., n°59, D., 2000, p.391, note T. Garé ; v. aussi : 6 avril 1993, affaire Turquin, JCP G, 1993, II, 22 144, note M. -L. Rassat.

d'argent au cours de manipulations de caisse occasionnées par son activité<sup>406</sup>. Elle a pareillement accepté le moyen du procédé dit de « *testing* », consistant à solliciter la fourniture d'un bien ou d'un service à seule fin de constater d'éventuels comportements discriminatoires<sup>407</sup>. Actuellement, le législateur a légalisé la pratique du *testing*, de telle sorte que ce procédé déloyal est autorisé par l'article 225-3-1 du Code pénal<sup>408</sup>. De toute évidence, pour la Cour de cassation, la libre appréciation par le juge pénal de la valeur probante des éléments de preuve qui lui sont soumis et la discussion contradictoire des parties suffisent à justifier le recours à des procédés déloyaux et à rendre licite leur emploi dans le procès pénal<sup>409</sup>.

**108. Dissentiment.** Certains auteurs se sont montrés très critiques envers la solution précitée de la Cour de cassation<sup>410</sup>. Pour Mme. le professeur Matsopoulou, « il n'est pas raisonnable de faire dépendre l'application d'un principe fondamental, qui est au cœur de la notion de procès équitable, de la qualité de la personne qui apporte les éléments de preuve. Le principe de loyauté devrait jouer pleinement aussi bien à l'égard d'un agent de l'autorité publique que d'un particulier »<sup>411</sup>. À l'inverse, un autre courant de pensée a avancé plusieurs arguments pour soutenir cette solution. En premier lieu, aucun texte ne s'oppose à l'exclusion de la loyauté<sup>412</sup>. En deuxième lieu, il est évident que les parties privées, et notamment les victimes, éprouvent souvent de grandes difficultés à rassembler la preuve des agissements dont elles ont souffert ou qui leur sont reprochés. Il est donc opportun de leur conférer un plus large pouvoir en la matière, et d'écarter de la sorte la nécessité de respecter l'obligation de loyauté<sup>413</sup>. En troisième lieu, si la liberté de la preuve doit s'exercer dans le respect du principe de légalité, il faut rappeler que ce principe, entendu comme l'exigence d'une loi préalable, est applicable exclusivement aux actes des agents de l'autorité publique. Par conséquent, lorsqu'une partie ou une personne extérieure au procès tente d'établir la preuve d'une infraction, on ne saurait subordonner la recevabilité du moyen de preuve produit par celle-ci au respect des formes prévues par la loi qui ne s'imposent pas à elle<sup>414</sup>. Enfin, il serait erroné de penser que le juge a ouvert, en la matière, la boîte de Pandore. En effet, diverses obligations (le respect du contradictoire, l'absence de provocation à l'infraction, l'absence de violation du droit pénal), tempérant cette exclusion du principe de loyauté, s'imposent toujours aux parties privées<sup>415</sup>.

<sup>406</sup> Crim., 6 avril 1994, Bull. crim., n°136.

<sup>407</sup> Crim., 11 juin 2002, Bull. crim. n°131, D., 2003, p. 1309, obs. L. Collet-Askri, *Rev. sc. crim.*, 2002, p.879, obs. J. - F. Renucci, *RTD civ.*, 2002, p. 498, obs. J. Mestre et B. Fages.

<sup>408</sup> Cette consolidation a été critiquée à l'occasion d'une QPC, que la Cour de cassation a refusé de renvoyer en considérant notamment que l'art. 225-3-1 du C. pén. ne « confère pas au procureur de la République la faculté de provoquer à la commission d'une infraction », Crim. 4 févr. 2015, n° 14-90.048, Bull. crim., n° 26.

<sup>409</sup> Crim., 27 janvier 2010, Bull. crim., n° 16 ; Crim., 22 mars 2016, n° 15-883206, Bull. crim., n° 88.

<sup>410</sup> M.-L. Rassat note ss. Crim. 6 avr. 1993, JCP G 1993. II. 22144 ; E. Molina, « Réflexion critique sur l'évolution paradoxale de la liberté de la preuve des infractions en droit français contemporain », préc., p. 275.

<sup>411</sup> Haritini Matsopoulou, « L'admission avec réserves du principe de la loyauté des preuves en matière pénale », préc., p. 31.

<sup>412</sup> J. Pradel, *Procédure pénale*, 14<sup>e</sup> éd., Cujas, 2008, p.385.

<sup>413</sup> Ph. Bonfils et J. Lasserre-Capdeville. « Tentative de clarification de la loyauté de la preuve en matière pénale ». préc., p. 247 et spéc. p.250.

<sup>414</sup> Desportes, Frédéric, *Traité de procédure pénale*, préc., n° 601.

<sup>415</sup> Ph. Bonfils et J. Lasserre-Capdeville. « Tentative de clarification de la loyauté de la preuve en matière pénale ».

## 2. La jurisprudence illustrant la subtilité

**109. Cas de l'intervention de l'autorité publique.** Puisque le principe de loyauté de la preuve ne s'impose pas aux parties privées, les particuliers, parfois à la demande de l'autorité publique, utilisent des comportements déloyaux pour obtenir des preuves. À première vue, ces sont les particuliers qui produisent de telles preuves, mais en réalité, c'est l'autorité publique qui sollicite de tels agissements des particuliers. Il est donc très important que les juges prennent soin de vérifier si les moyens de preuve produits par des particuliers « *ne procèdent d'aucune intervention, directe ou indirecte, d'une autorité publique* »<sup>416</sup>. Pour illustration, nous pouvons comparer deux arrêts sur des faits proches impliquant la transmission d'images pédophiles par internet. Le premier arrêt a été rendu le 11 mai 2006 par la Chambre criminelle de la Cour de cassation<sup>417</sup>. En espèce, à la demande de policiers, un simple citoyen s'était connecté sur un site de rencontres en se faisant passer pour un adolescent de 14 ans. Il avait alors pris contact avec un adulte qui avait accepté de lui transmettre, par internet, des images pédophiles. Puis, les deux hommes avaient convenu d'un rendez-vous physique au cours duquel la personne suspectée de détenir les images illicites avait été interpellée. La Cour de cassation a considéré que les agissements des policiers (et du citoyen collaborateur) constituent des procédés déloyaux déterminant la commission de l'infraction. Dans un autre arrêt rendu le 1<sup>er</sup> octobre 2003, le provocateur « avait été contacté sur un site par un individu, (...) qui lui avait indiqué qu'il possédait des photographies qu'il ne pouvait lui transmettre via internet en raison des risques »<sup>418</sup>. À la différence du premier arrêt, l'individu dans le second arrêt a agi de lui-même, et non sur la demande de l'autorité publique. Ajoutant aussi que la provocation n'a pas incité à la commission d'une infraction, la Cour de cassation a ainsi déclaré la recevabilité de la provocation utilisée par cet individu.

Plus récemment, la Chambre criminelle, par un arrêt du 20 septembre 2016, a clairement affirmé que « *porte atteinte aux principes du procès équitable et de la loyauté des preuves la participation de l'autorité publique à l'administration d'une preuve obtenue de façon illicite ou déloyale par une partie privée* »<sup>419</sup>. En l'espèce, la Cour de cassation a censuré la décision de la chambre de l'instruction de la cour d'appel de Paris qui avait refusé d'annuler les enregistrements effectués par un particulier, sans le consentement des intéressés, de propos tenus par eux à titre privé, alors qu'il résultait des circonstances de l'espèce que « *l'autorité publique avait participé indirectement à l'obtention* » desdits enregistrements. Aussi bien, une telle participation pouvait-elle être caractérisée par « *la présence constante des enquêteurs sur les lieux des rencontres (...), la remise aux policiers par le représentant du plaignant des enregistrements litigieux dès la fin de ces rencontres, suivie, le lendemain ou le surlendemain, de leur retranscription par les enquêteurs, et les contacts réguliers entre ces derniers et le représentant du plaignant, d'une part, et l'autorité judiciaire, d'autre*

---

préc., p. 247 et spéc. p.251.

<sup>416</sup> Crim. 31 janvier 2012, Bull. crim., n° 27, D., 2012, P. 914, note F. Fourment et p. 2123, obs. J. Pradel, Rev.

pénit., 2012, p. 157, obs. C. Ambroise-Castérot.

<sup>417</sup> Cass. crim., 11 mai 2006, Bull. crim. n° 132.

<sup>418</sup> Cass. crim., 1er oct. 2003, D. 2004, Jur. p. 1845, note M. Sanchez; AJ Pénal 2003, p. 107.

<sup>419</sup> Crim., 20 septembre 2016, n° 16-80.820.

*part, pendant ces rencontres ayant conduit à l'interpellation des mis en cause à l'issue de la seconde d'entre elles* ». L'assemblée plénière saisie après une cassation et un nouveau rejet de demande d'annulation des actes poursuivie pour déloyauté de la preuve, juge que le principe de la loyauté de la preuve n'a pas été méconnu<sup>420</sup>. Les juges du fond disposent ainsi d'une marge d'appréciation au regard des circonstances de l'espèce, le contrôle de la Cour de cassation s'apparentant, dans une certaine mesure, à celui de « l'erreur manifeste d'appréciation »<sup>421</sup>. La solution adoptée mérite d'être pleinement approuvée car elle condamne fermement le recours à tout stratagème permettant au fonctionnaire de police de recueillir, par l'intermédiaire d'un tiers, des moyens de preuve qu'il leur est interdit de constituer eux-mêmes.

**110. Cas de l'autorité publique agissant comme un particulier.** Néanmoins, dans certaines hypothèses, il semble difficile de distinguer les procédés effectués par l'autorité publique et par le particulier. Nous allons citer une espèce concernant un gardien de la paix qui avait accepté de répondre aux sollicitations du prévenu, poursuivi pour corruption de fonctionnaire, en lui fixant un rendez-vous au cours duquel il avait enregistré les propos tenus par son interlocuteur, à son insu. La Cour de cassation a estimé que « *l'enregistrement effectué de manière clandestine, par un policier agissant dans l'exercice de ses fonctions, des propos qui lui sont tenus, fût-ce spontanément, par une personne suspecte, élude les règles de procédure et compromet les droits de la défense* »<sup>422</sup>. Elle a donc écarté la validité d'un tel procédé. Toutefois, la Cour de cassation a pris une position inverse dans un autre cas. Elle a jugé que « *l'enregistrement clandestin, par un policier, des propos qui lui sont tenus ne constitue pas un acte de procédure susceptible d'annulation, mais seulement un moyen de preuve soumis à la libre discussion des parties, lorsqu'il est effectué par lui, non dans l'exercice de ses fonctions, en vue, par exemple, de constater des agissements délictueux sur délégation judiciaire, mais pour se constituer la preuve de faits dont il est lui-même victime* »<sup>423</sup>. Cet exemple illustre parfaitement la subtilité de la jurisprudence. Dans le premier arrêt, la Cour de cassation a estimé que le policier agissait dans l'exercice de ses fonctions. Alors que dans le second arrêt, elle a considéré le policier comme une victime des faits de corruption, donc comme un simple particulier. Par conséquent, elle a écarté l'application du principe de la loyauté des preuves dans ce dernier cas.

---

<sup>420</sup> Arrêt n° 634 du 10 novembre 2017(17-82.028)- Assemblée plénière - Cour de cassation.

<sup>421</sup> L'affaire dite « Roi du Maroc » devant l'assemblée plénière, le 16 novembre 2017, Lextenso.

<sup>422</sup> Crim., 16 décembre 1997, Bull. crim., n° 427, D., 1998, p.354, note J. Pradel.

<sup>423</sup> Crim., 19 janvier 1999, Bull. crim., n° 9, JCP G, 1999, II, 10 156, note D. Rebut, *Rev. sc. crim.*, 1999, p. 588, note J. -P. Delmas-Saint-Hilaire.

## Conclusion du Chapitre I

**111. Paradoxe concernant le principe de légalité de la preuve.** D'après l'étude précédente, il semble que la France a vécu une fébrilité législative pendant la dernière décennie. Le résultat visible en est la prolifération des lois. Dans ce contexte, les dispositions sur la recherche des preuves croissent inévitablement dans le Code de procédure pénale. En apparence, la France s'oriente vers un renforcement des droits de l'homme sous la direction des directives européennes. Mais l'accroissement de la quantité des dispositions sur les procédés de recueil des preuves, équivaut-il au renforcement de l'encadrement de ces derniers ? Après avoir analysé les quatre procédés précédents, nous ne pouvons pas répondre affirmativement. Bien que le législateur s'efforce de promouvoir les réformes législatives et de promulguer de nouvelles lois concernant la recherche des preuves pénales, les procédés de recueil des preuves ne semblent pas être encadrés plus strictement. En effet, l'encadrement de certains procédés est affaibli, compte tenu de l'élargissement de leur champ d'application et de l'atténuation de leurs conditions de la mise en œuvre. Cela est manifesté par les stipulations sur les dérogations au principe et aussi celles sur les exceptions aux dérogations. Nous appelons cette technique législative « les poupées russes », qui complexifient des régimes initialement simples.

**112. Exemple : garde à vue et audition libre.** La réforme relative au renforcement des droits des gardés à vue peut illustrer ce phénomène. Le législateur semble viser le renforcement des droits des personnes gardées à vue sous l'influence des directives européennes. Mais à travers l'audition libre, il peut en réalité contourner l'exigence stricte de la garantie des droits des suspects prévus par le cadre de la garde à vue. Ainsi, il apparaît que la France a totalement répondu aux propositions européennes à travers l'absorption des directives européennes dans les lois internes, mais en réalité, elle conserve des limites aux droits des suspects, particulièrement dans le cadre de l'audition libre.

**113. Constatation.** Par ailleurs, l'élargissement de la portée des exceptions illustre que le principe ne peut pas s'adapter aux besoins de la pratique judiciaire. La particularité de cette technique législative consiste en la flexibilité des droits. Le législateur peut ainsi essayer de trouver un point d'équilibre entre l'intérêt de la sécurité publique et celui des droits individuels. Néanmoins, nous craignons que les régimes deviennent de plus en plus complexes sous l'influence de l'accroissement des lois. Un proverbe chinois dit : « la diversité des fleurs égare nos yeux ». C'est une expression imagée décrivant l'impression de certains chercheurs étrangers, lors que ces derniers observent les réformes législatives de la procédure pénale en France. Quoi qu'il en soit, nous sommes d'accord avec le point de vue selon lequel le législateur français s'efforce de trouver un point d'équilibre à travers l'amélioration progressive des lois. Mais en même temps, nous ne soutenons pas la complexification des lois. Cela va intensifier le désordre du système des preuves pénales.

**114. Dichotomie du principe de loyauté de la preuve.** L'évolution du principe de loyauté de la preuve trouve son origine dans l'investissement de ce champ par la

jurisprudence. Ces dernières décennies, le principe de loyauté de la preuve a été évidemment renforcé en droit français. Les législateurs de la loi 15 juin 2000 ont voulu l'insérer dans les dispositions préliminaires du Code de procédure pénale. Ils ont abandonné cette intention à cause de l'ambiguïté de la notion de loyauté. Néanmoins, cela conduit à la recherche continue de la définition de la notion de loyauté en doctrine. En même temps, les hautes juridictions n'arrêtent pas d'alléguer expressément le principe de loyauté de la preuve. Ces dernières années, les débats sur le principe de loyauté de la preuve sont très dynamiques. Après avoir analysé son application, on trouve une dichotomie du principe de la loyauté de la preuve. Plus précisément, s'agissant des agents de l'autorité publique, l'exigence de la loyauté de la preuve est plus ou moins stricte. La jurisprudence exclut les preuves obtenues par des provocations actives de la police judiciaire. Elle n'admet pas non plus les détournements de procédure. Cependant, en ce qui concerne les parties privées recueillant des éléments de preuves de façon illicite ou déloyale dans la procédure pénale, la jurisprudence prend une autre position, admettant leurs comportements illicites ou déloyaux.

**115. Cas délicats.** Il convient de souligner ici que la jurisprudence illustre également des cas délicats, tels que lorsque le rôle de l'autorité publique entrecroise celui du particulier, par exemple, lorsque le particulier agit à la demande de l'autorité publique, ou lorsque l'autorité publique agit non dans l'exercice de ses fonctions mais comme un particulier. Ces cas demandent aux juges d'identifier exactement la qualité de la personne récoltant des preuves. Ils démontrent aussi la possibilité que les agents de l'autorité publique exploitent cette dérogation afin de contourner l'exigence de la loyauté de la preuve leur incombant. Plusieurs raisonnements peuvent soutenir cette dérogation. Malgré sa banalité, l'intérêt de la manifestation de la vérité constitue le raisonnement essentiel. À première vue, l'intérêt de la manifestation de la vérité est contraire à celui de la garantie de la procédure. Cependant, étant deux intérêts protégés simultanément par la justice pénale, parfois, la garantie de la procédure sert à la manifestation de la vérité. Ainsi, il est très important de trouver un point d'équilibre entre ces deux intérêts. Plus précisément, dans la recherche des preuves pénales, la loyauté des comportements reflète l'intérêt de la garantie de la procédure. Si nous nous attachons excessivement à cet intérêt, de sorte que l'exigence de la loyauté des preuves n'a aucune flexibilité, l'intérêt de la manifestation de la vérité sera ignoré. En ce sens, il est souhaitable d'autoriser les parties privées à déroger au respect de l'exigence de la loyauté dans la recherche des preuves en matière pénale, même si certains auteurs s'opposent à cette dérogation<sup>424</sup>. Cependant, en vue d'empêcher l'abus de cette dérogation, la jurisprudence doit étudier avec prudence les cas subtils. De plus, il existe des limites à la dérogation à l'égard de parties privées. La jurisprudence prohibe absolument la torture ou les violences, quel que soit la

---

<sup>424</sup> V. notamment : Haritini Matsopoulou, « L'admission avec réserves du principe de la loyauté des preuves en matière pénale », préc., spéc. p. 33. « Quelle que soit la nature du procès, le principe de la loyauté des preuves devrait recevoir application de la même manière. Aussi bien, ne faudrait-il pas justifier les restrictions apportées par la jurisprudence répressives en se référant à l'objectif principal poursuivi en la matière, à savoir la recherche de la vérité. La fin ne devrait surtout pas justifier tous les moyens en matière pénale ».

qualité des personnes qui en sont l'auteur. Ici, il convient de tenir compte du principe de proportionnalité.

**116. À la recherche du point d'équilibre.** Il ne faut pas oublier que le but primordial de notre étude est l'appréciation de l'attitude du droit français (lois écrites et jurisprudence) face aux comportements déloyaux ou illégaux lors de la recherche des preuves pénales. S'agissant de l'autorité publique, l'exigence du respect de la loyauté est de plus en plus stricte. Dans ce cas, on peut dire que le principe de la loyauté des preuves est renforcé. Néanmoins, ce renforcement est affaibli par la dérogation à l'égard des parties privées. En d'autres termes, cette dernière conduit à restreindre le champ d'application du principe de la loyauté des preuves. Par conséquent, dans l'ensemble, le droit français est toujours en train de chercher un point d'équilibre. Cette attitude n'est pas critiquable. Mais la controverse réside dans la reconnaissance législative de la jurisprudence relative au principe de la loyauté des preuves. Certains auteurs proposent qu'« après avoir rappelé le principe de liberté de la preuve, cet alinéa impose d'une façon générale le respect de la loyauté dans la recherche de la preuve, et précise néanmoins que les parties privées bénéficient d'une dérogation à cette obligation du moment que le principe du contradictoire est respecté, qu'aucune provocation à l'infraction ne peut être relevée de leur part, et que (sauf exception) la preuve résultant de la commission d'une infraction pénale demeure irrecevable »<sup>425</sup>. Nous sommes d'accord avec cette proposition législative, car cela permette de clarifier l'ensemble jurisprudentiel relatif au principe de la loyauté des preuves, et bien évidemment, de le fonder de façon incontestable. Le rôle du juge est simplement d'interpréter, sans trop créer. À défaut, un risque d'arbitraire est toujours à craindre<sup>426</sup>.

---

<sup>425</sup> Ph. Bonfils et J. Lasserre-Capdeville. « Tentative de clarification de la loyauté de la preuve en matière pénale ». préc., p. 247 et spéc. p.256.

<sup>426</sup> P. Conte, « L'arbitraire judiciaire : chronique d'humeur », *JCP* 1988. I. 3343.



# Chapitre II. L'encadrement de la liberté de la preuve à travers la règle d'exclusion de la preuve illégale en Chine

**117. Un nouveau système de preuve.** Pour encadrer la liberté de la preuve, en 2012, le législateur chinois a créé dans la LPP un nouveau système – la règle d'exclusion de la preuve illégale (*exclusionary rules*) (**section I**). C'est une innovation qui s'inspire de l'expérience de la common law. Grâce à l'introduction de la règle d'exclusion de la preuve illégale, les règles concernant le recueil des preuves sont amendées (**Section II**).

## Section I. L'introduction de la règle d'exclusion de la preuve illégale dans la Loi de Procédure Pénale

**118. Deux phases.** Système de preuve pénale très connu dans le monde entier, la règle d'exclusion de la preuve illégale est issue du droit anglo-saxon. Ce système a tout d'abord été accepté par les juristes chinois et a ensuite été confirmé par les législateurs chinois. Ce n'est pas une coïncidence. Ce phénomène illustre d'une part que ce système fascine les juristes et les législateurs chinois, et d'autre part qu'il existe un besoin réel de ce système dans la justice pénale en Chine. Afin de permettre aux lecteurs de mieux comprendre la règle d'exclusion de la preuve illégale dans les lois chinoises, il est nécessaire de présenter le processus d'introduction de ce système en Chine. Ce processus comprend en deux phases : la préparation et l'évolution. Dans la première phase, le fondement théorique et le contexte permettent de préparer l'introduction de la règle d'exclusion de la preuve illégale dans la Loi de Procédure Pénale (**§ 1**). Dans la seconde phase, l'insertion de la règle d'exclusion de la preuve illégale dans la LPP est le résultat de l'évolution législative (**§ 2**).

### § 1. La préparation à l'introduction de la règle d'exclusion de la preuve illégale

**119. Le fondement et le contexte.** La recherche sur la règle d'exclusion de la preuve illégale a commencé dans les années quatre-vingt dix, au vingtième siècle. Certains chercheurs chinois ont exploré ce sujet, mais ne l'ont pas approfondi<sup>427</sup>. Depuis 2000, de nombreux juristes se passionnent pour la recherche sur la règle d'exclusion de la preuve illégale. De nombreuses œuvres sont publiées sur ce sujet<sup>428</sup>. Ainsi, cela a apporté le fondement théorique nécessaire à l'introduction de la règle d'exclusion des preuves illégales dans les lois chinoises (**A**). Par ailleurs, il ne faut pas négliger l'importance du contexte (**B**).

<sup>427</sup> Par exemple, Xu Henan (徐鹤喃), « Essai sur l'exclusion des éléments des preuves pénales obtenues de façon illégale » (“论非法取得的刑事证据材料的排除”), in *Forum politique et juridique* (《政法论坛》), 1996, n° 3.

<sup>428</sup> De 2000 à 2014, dix livres ont été publiés ; cent cinquante articles ont été publiés dans les revues.

## A. Le fondement théorique

**120. La recherche théorique des années 2001 à 2010.** Pendant cette période, les chercheurs ont progressivement approfondi leur connaissance de la règle d'exclusion des preuves illégales en droit anglo-saxon. En 2001, M. Song Shijie et M. Chen Guo ont fait une recherche exploratoire sur la règle d'exclusion des preuves illégales<sup>429</sup>. Dans la même année, M. Wang Haiyan a proposé de réfléchir sur la règle d'exclusion des preuves illégales. De son point de vue, l'effet de l'application de la règle d'exclusion des preuves illégales est influencé par les éléments suivants : « la culture traditionnelle du droit, la circonstance de délinquance, la politique et l'objectif de la procédure pénale »<sup>430</sup>. M. Chen Yongsheng a, également, dans la même année, approfondi une étude sur la charge de la preuve dans la procédure d'exclusion des preuves illégales. Pour pouvoir appliquer la règle d'exclusion des preuves illégales en Chine, il a proposé d'améliorer les régimes suivants : « l'assistance des avocats dans la phase d'avant-procès, le procès-verbal d'enquête et sa conservation, l'examen corporel et la présence des témoins »<sup>431</sup>. Néanmoins, en 2001, il n'y avait pas de recherche systématique sur la règle d'exclusion des preuves illégales, par exemple, la recherche sur son origine, son évolution, sa valeur, ses modalités et ses dérogations.

En 2002, M. Yang Yuguan a publié un livre intitulé « Étude sur la règle d'exclusion des preuves illégales »<sup>432</sup>. Dans ce livre, il a fait une recherche systématique, non seulement concernant l'origine, l'évolution, le contenu et les modalités de la règle d'exclusion des preuves illégales aux États-Unis, mais aussi concernant la proposition d'introduction de cette règle en Chine. En 2003, M. Chen Ruihua a étudié la règle d'exclusion des preuves illégales par le biais de l'admissibilité de la preuve<sup>433</sup>. En 2005, M. Chen Guangzhong a étudié ladite règle en droit comparé et proposé de créer une procédure effective d'exclusion des preuves illégales en Chine<sup>434</sup>.

En 2006, M. Wang Jiancheng a étudié la valeur et la portée de la règle d'exclusion des preuves illégales. Selon son opinion, « l'objet de la règle d'exclusion des preuves illégales est le respect des droits de l'homme au cours du rassemblement des preuves, mais n'est pas la garantie de la vraisemblance des preuves ou de l'encadrement des procédés de recueil des preuves. Au cours de l'application de la règle d'exclusion des preuves illégales, il y a une balance : d'un côté, la valeur de la preuve, et de l'autre côté, l'illégalité des procédés de recueil des preuves. Lorsque les enquêteurs emploient des procédés portant atteinte aux droits de l'homme, les preuves obtenues

---

<sup>429</sup> Song Shijie (宋世杰) et Chen Guo (陈果), « Étude sur la règle d'exclusion des preuves illégales » ( “论非法证据排除规则” ), in *Forum du droit de la preuve* ( 《证据法论坛》 ), 2001, vol.3.

<sup>430</sup> Wang Haiyan (汪海燕), « Le contexte et la théorie de la règle d'exclusion des preuves illégales » ( “制约非法证据效力的背景与理论” ), in *Politique et Droit* ( 《政治与法律》 ), 2001, n° 8.

<sup>431</sup> Chen Yongsheng (陈永生), « La charge de la preuve dans la procédure d'exclusion des preuves illégales » ( “非法证据排除规则的举证责任” ), in *Science juridique contemporaine* ( 《现代法学》 ), 2001, n° 6.

<sup>432</sup> Yang Yuguan (杨宇冠), *Étude sur la règle d'exclusion des preuves illégales* ( “非法证据排除规则研究” ), Université de Ren ming gong an de la Chine (中国人民公安大学出版社), 2002.

<sup>433</sup> Chen Ruihua (陈瑞华), La problématique de la règle d'exclusion des preuves illégales dans la procédure pénale ( “刑诉中非法证据排除规则问题研究” ), in *Science juridique* ( 《法学》 ), 2003, n° 6.

<sup>434</sup> Chen Guangzhong (陈光中) et Zhang Xiaolin (张小玲), L'application de la règle d'exclusion des preuves illégales en Chine ( “非法证据排除规则在我国的适用” ), in *Politique et Droit* ( 《政治与法律》 ), 2005, n° 1.

par ces procédés doivent être exclus du dossier »<sup>435</sup>.

En 2007, M. Bian Jianlin a proposé trois principes permettant d'établir la procédure d'exclusion des preuves illégales<sup>436</sup>. Premièrement, l'exclusion des preuves illégales peut être traitée dans diverses phases de la procédure. Compte tenu de la structure de la justice pénale chinoise, ce n'est alors pas la même personne qui est chargée de l'appréciation des preuves illégales. Précisément, dans la phase d'enquête et de poursuite, le parquet traite les motifs d'exclusion des preuves illégales, alors que dans la phase de jugement, elles sont traitées par le juge. Deuxièmement, la partie de la défense peut solliciter l'exclusion des preuves illégales. Mais les magistrats peuvent d'office mettre en œuvre la procédure d'exclusion des preuves illégales, car ils sont garants de la justice procédurale et substantielle. Troisièmement, si le comportement illégal a eu lieu au cours du rassemblement des preuves, le magistrat traitera les motifs d'exclusion des preuves illégales. Il est préférable de traiter les motifs d'exclusion des preuves illégales dans la phase d'avant-procès que dans la phase du jugement.

Concernant la portée de l'exclusion, il existe des opinions différentes. Certains considèrent que les éléments des preuves obtenues par un moyen illégal sont entièrement exclus du dossier des preuves<sup>437</sup>. D'autres estiment qu'il est pertinent, selon le cas, de les exclure partiellement. C'est-à-dire que la portée de l'exclusion doit être encadrée. S'agissant des critères de l'exclusion, les chercheurs ont émis quatre propositions. Premièrement, le magistrat peut apprécier si les éléments de preuves obtenus par un moyen illégal concernent les issues substantielles d'une affaire<sup>438</sup>. Si oui, les éléments de ladite preuve sont admissibles dans la procédure pénale. Concernant la personne qui prend les mesures illégales, le magistrat peut lui en imputer la responsabilité pénale. Deuxièmement, les éléments de preuves obtenus par un moyen illégal peuvent être considérés comme des renseignements<sup>439</sup>. Les enquêteurs peuvent rechercher à nouveau des preuves à l'aide de ces renseignements. Dans ce cas, les preuves illégales se transforment en preuves légales. Ainsi, il n'y a pas de motif d'exclusion lorsque les éléments des preuves obtenus par un moyen illégal sont seulement des renseignements. Troisièmement, le magistrat peut distinguer les preuves testimoniales des preuves matérielles<sup>440</sup>. Si les preuves testimoniales sont recueillies par un moyen illégal, peu importe qu'elles soient vraies ou fausses, elles ne sont pas admissibles dans le dossier des preuves. C'est le contraire lorsque des

---

<sup>435</sup> Wang Jiancheng (汪建成), « Le contexte et la théorie de la règle d'exclusion des preuves illégales » ( “制约非法证据效力的背景与理论” ), in *Politique et Droit* (《政治与法律》), 2006, n° 8.

<sup>436</sup> Bian Jianlin (卞建林), « Les problématiques concernant l'introduction de la règle d'exclusion des preuves illégales en Chine » ( “我国非法证据排除的若干重要问题” ), in *Journal de l'École Nationale de Procureur* (《国家检察官学院学报》), 2007, n° 1.

<sup>437</sup> Ce point de vue est désuet. Nous le trouvons seulement dans un manuel publié en 1983. V. *Étude de la preuve (manuel d'essai de l'école supérieur)* (《证据学 (高等学校试用教材)》), Presse de QunZhong (群众出版社), 1983, p.70.

<sup>438</sup> Ce point de vue est en minorité. V. Dai Fukang (戴福康), « Étude sur la qualité et la quantité des preuves pénale » ( “对刑事诉讼证据质和量的探讨” ), in *Recherche de Science Juridique* (《法学研究》) 1988, n° 4.

<sup>439</sup> Liu Genju (刘根菊), *Étude sur les issues de procédure pénale et de régime de l'avocat* (《刑事诉讼与律师制度热点问题研究》), Presse de Hei Long Jiang Renming (黑龙江人民出版社), 2000, p.135.

<sup>440</sup> Nous pouvons trouver ce point de vue dans un manuel de procédure pénale. V. Chen Guangzhong (陈光中), *Procédure Pénale* (《刑事诉讼法》), Presse de Université de Pékin et Presse de l'enseignement supérieur (北京大学出版社、高等教育出版社), 2002, p.174.

preuves matérielles sont recueillies par un moyen illégal. Quatrièmement, sauf dans les cas exceptionnels, les éléments des preuves obtenues par un moyen illégal ne sont pas admissibles dans le dossier des preuves<sup>441</sup>.

La troisième proposition est soutenue non seulement par des professeurs, mais aussi par des praticiens juridiques. Dans un manuel de procédure pénale, M. le Professeur Chen écrit que « lorsque les agents de justice respectent rigoureusement les dispositions prévues dans les articles 89 à 122 de la Loi de Procédure Pénale, les preuves recueillies sont légales. Le recours aux procédés illégaux pour rassembler les preuves est prohibé, car il ne sert pas à augmenter la vraisemblance des preuves, mais provoque des crimes. Ainsi, toutes les preuves testimoniales (incluant les témoignages, les déclarations des victimes et les aveux des accusés) obtenues par la torture, la menace, la tromperie ou tout autre moyen illégal ne peuvent pas servir au jugement »<sup>442</sup>. En d'autres termes, les preuves testimoniales illégales doivent être strictement exclues du dossier. Concernant les autres types de preuves obtenues par un moyen illégal, l'auteur ne mentionne pas si elles doivent être exclues. De même, le Parquet suprême a favorisé cette opinion. Selon un texte édicté par le Parquet suprême en 2001, « tous les Parquets doivent appliquer strictement les dispositions sur la prohibition de la torture et l'extorsion des aveux (...) lorsque les enquêteurs récoltent les aveux des accusés, les déclarations des victimes ou les témoignages par des moyens illégaux, le magistrat doit les exclure absolument du dossier ». Ce texte comprend cinq sections. Le rédacteur a utilisé des mots explicites dans chaque section. Dans la première section, il a écrit que « la torture et l'extorsion des aveux sont absolument prohibés » ; dans la deuxième section, « ne laissez aucun problème dans tous les phases de la procédure » ; dans la troisième section, « ne laissez aucune marge à ... » ; dans la quatrième section, « ... ne tolérez aucune affaire concernant la torture et l'extorsion des aveux » ; dans la cinquième section, « le magistrat doit s'assurer qu'il n'y a pas eu de torture ou d'extorsion d'aveux, et doit, le cas échéant, les transmettre immédiatement au Parquet suprême ». Ainsi, quant à la sanction de la torture et de l'extorsion des aveux, l'attitude du Parquet suprême est ferme.

La quatrième proposition est approuvée par la plupart des juristes chinois. À titre d'exemple, M. le Professeur Chen Guangzhong pense que « la Chine doit s'inspirer des expériences des autres pays pour l'établissement de la règle d'exclusion des preuves illégales, afin de réprimer la torture, l'extorsion des aveux et tout autre moyen illégal »<sup>443</sup>. Mais il a proposé des éléments spéciaux dont les juristes chinois doivent rendre compte. Tout d'abord, la torture et l'extorsion des aveux apparaissent fréquemment dans la pratique judiciaire. Ce phénomène fait grand bruit dans la société chinoise. Lors de l'amendement de la Loi de Procédure Pénale, il est nécessaire que le législateur essaie de trouver des solutions pour atténuer l'influence de ce

---

<sup>441</sup> V. Long Zongzhi (龙宗智), « Les menaces, les provocations et les tromperies, sont-elles illégales » (“威胁、引诱、欺骗的审讯是否违法”), in *Revue de Science Juridique* (《法学》) 2000, n° 3, p.20 ; Song Yinghui (宋英辉), *Étude sur l'objet de la procédure pénale* (《刑事诉讼目的论》), Presse de l'Université de Renming Gongan (中国人民公安大学出版社), 1995, p. 240-241.

<sup>442</sup> Chen Guangzhong (陈光中), *Procédure Pénale* (《刑事诉讼法》), préc., p.174.

<sup>443</sup> Chen Guangzhong (陈光中), *Recueil des écrits sur le droit de Cheng Guangzhong* (《陈光中法学文集》), Presse de Zhong Guo Fa Zhi (中国法制出版社), 2000, p.547.

phénomène. Ensuite, les preuves obtenues par un moyen légal sont plus fiables que celles obtenues par un moyen illégal. Eu égard à la fiabilité de la preuve et aux besoins actuels de la diminution des erreurs judiciaires, les aveux extorqués par la torture ou d'autres moyens illégaux doivent être exclus du dossier de procédure pénale. Enfin, vu les sous-développements de la stratégie d'enquête et la qualité des enquêteurs en Chine, la règle d'exclusion des preuves illégales doit s'adapter aux circonstances actuelles. C'est-à-dire que certains comportements illégaux sont tolérés dans la jurisprudence. M. le Professeur Long Zongzhi est d'accord avec cette dernière opinion. Il estime que « sous certaines conditions, certains moyens illégaux, comme la tromperie, la menace et la ruse, sont tolérés par la jurisprudence »<sup>444</sup>. De même, selon le point de vue de M. le Professeur Song Yinghui, lors qu'un magistrat apprécie si les preuves illégales doivent être exclues du dossier, « il doit prendre en considération les facteurs suivants : la gravité du comportement illégal ; l'intention subjective de la personne qui agit illégalement ; les circonstances du comportement illégal ; le rapport entre le comportement et les preuves recueillies par ce comportement ; le caractère de l'intérêt atteint et la gravité de cette atteinte ; l'importance des éléments ; la nature de l'affaire et la conséquence du comportement illégal ; la possibilité de la réparation »<sup>445</sup>.

Par la doctrine du « fruit de l'arbre empoisonné », on peut étendre la règle d'exclusion aux preuves découlant d'autres preuves. Ce sujet suscite également des controverses en Chine. Certains pensent qu'il faut couper l'arbre empoisonné et abandonner ses fruits<sup>446</sup>. C'est-à-dire que le magistrat exclut non seulement les preuves illégales, mais également les autres preuves découlant des dites preuves illégales. Certains d'autres, au contraire, considèrent qu'il faut accepter les fruits même si l'arbre est empoisonné<sup>447</sup>. Plus précisément, les preuves découlant des preuves illégales sont admissibles. D'autres, enfin, estiment qu'il est pertinent d'apprécier au cas par cas l'admissibilité des autres preuves découlant des preuves illégales<sup>448</sup>.

**121. La recherche théorique des années 2010 à 2012.** Depuis 2010, l'organe législatif a préparé l'introduction de la règle d'exclusion des preuves illégales dans la loi chinoise. Plusieurs conditions sont désormais réunies pour accélérer le processus de cette introduction. Tout d'abord, l'approfondissement de la réforme judiciaire permet de promouvoir la législation de la règle d'exclusion des preuves illégales. Ensuite, la fréquence de la torture et de l'extorsion des aveux justifie l'introduction de cette nouvelle règle. De plus, la prospérité de la recherche sur la règle d'exclusion des preuves illégales permet de construire une base théorique pour son introduction.

---

<sup>444</sup> Long Zongzhi (龙宗智), « La menace, la tromperie et la ruse, sont-ils illégaux » ( “威胁、引诱、欺骗的审讯是否违法” ), préc., p.20.

<sup>445</sup> Song Yinghui (宋英辉), L'objet de procédure pénale (《刑事诉讼目的论》), préc., p.240-241.

<sup>446</sup> Bian Jianlin (卞建林), « Les problématiques concernant l'introduction de la règle d'exclusion des preuves illégales en Chine » ( “我国非法证据排除的若干重要问题” ), préc.

<sup>447</sup> Hao Chiyong (郝赤勇), Li Wensheng (李文胜), L'idée sur la règle d'exclusion des preuves illégales ( “关于非法证据排除规则的思考” ), in *Forum du droit de la preuve* (《证据法论坛》), vol.3, Presse de Parquet de la Chine (中国检察出版社), 2001, p.205.

<sup>448</sup> Liu Genju (刘根菊), *Étude sur les issues de procédure pénale et de régime de l'avocat* (《刑事诉讼与律师制度热点问题研究》), préc., p.135.

Enfin, les organes judiciaires favorisent l'introduction de la règle d'exclusion des preuves illégales.

Étant un pays de la loi écrite, la Chine ne peut pas imiter l'Angleterre ou les États-Unis qui nourrissent la règle d'exclusion des preuves illégales par la jurisprudence. L'enjeu est donc d'arriver à déterminer quelles règles d'exclusion des preuves inscrire dans la loi chinoise. Ici, trois questions sont débattues parmi les juristes. La première question porte sur le champ des preuves illégales. Les magistrats et les parquets pensent que les preuves illégales incluent uniquement les preuves testimoniales. En d'autres termes, les preuves matérielles ne constituent pas des preuves illégales. Cependant, les avocats et les professeurs ne sont pas d'accord avec la perspective des magistrats et des parquets. Pour eux, il n'est pas logique d'apprécier la légalité d'une preuve selon la catégorie de la preuve. Toutes les preuves obtenues par un moyen illégal sont des preuves illégales. La deuxième question concerne la portée de l'exclusion des preuves illégales. La loi ne peut pas encadrer toutes les preuves illégales. Les magistrats peuvent donc les apprécier librement dans certains cas. La troisième question concerne la charge de la preuve. Les magistrats et les parquets considèrent que les accusés doivent prouver l'illégalité des preuves. Mais les avocats et les professeurs pensent qu'il faut renverser la charge de la preuve<sup>449</sup>. C'est-à-dire que les procureurs doivent prouver l'illégalité des preuves.

Pour soutenir la proposition de la législation de la règle d'exclusion des preuves illégales, en 2010, les organes judiciaires ont édicté deux textes sur la preuve pénale : « Dispositions concernant plusieurs questions relatives à l'examen et l'appréciation des preuves dans les affaires de condamnation à mort »<sup>450</sup>, et « Dispositions concernant plusieurs questions relatives à l'exclusion des preuves illégales dans les affaires pénales »<sup>451</sup>. Cela signifie que la règle d'exclusion des preuves illégales n'est plus une théorie en Chine. Désormais, les chercheurs ne se contentent plus de l'étudier en droit anglais ou américain, mais commencent à observer l'effet de son application judiciaire en Chine. À titre d'exemple, M. Yang a exploré la particularité de la règle d'exclusion des preuves illégales en Chine et son application<sup>452</sup>. M. le Professeur Song Yinghui a commenté la portée considérable de ces deux textes sur la preuve pénale. Il considère que « grâce à deux textes sur la preuve pénale, les dispositions sur la règle d'exclusion des preuves illégales sont plus précises et détaillées dans la Loi de Procédure Pénale et dans les interprétations judiciaires. Ces deux textes sur la preuve pénale servent la garantie de la justice et des droits de l'homme »<sup>453</sup>. En 2011, M. le Professeur Sun Changyong a étudié la tendance de l'évolution de la règle d'exclusion des preuves illégales en Chine. Il estime que « la règle d'exclusion des preuves illégales

---

<sup>449</sup> Chen Ruihua (陈瑞华), « Théorie de l'exclusion des preuves illégales » («非法证据排除的理论解读»), in *Science de la preuve* (《证据科学》), 2010, n° 5.

<sup>450</sup> V. Annexe 1.

<sup>451</sup> V. Annexe 2.

<sup>452</sup> Yang Yuguan (杨宇冠), « Étude sur la règle d'exclusion des preuves illégales et son confirmation en Chine » («非法证据排除规则及其在中国确立问题研究»), in *Recherche de droit comparé* (《比较法研究》), 2010, n° 3 ; Song Yinghui et Wang Zhenhui(宋英辉、王贞会), « La règle d'exclusion des preuves illégales et son application en Chine » («我国非法证据排除规则及其适用»), in *Revue de Science Juridique* (《法学杂志》), 2010, n° 7.

<sup>453</sup> Song Yinghui et Wang Zhenhui(宋英辉、王贞会), « La règle d'exclusion des preuves illégales et son application en Chine » («我国非法证据排除规则及其适用»), préc.

en Chine s'oriente vers la garantie de la justice du jugement, en s'appuyant sur l'observation de la pratique judiciaire vernaculaire, et sur l'écart entre le critère international et le critère chinois »<sup>454</sup>. Dans la même année, M. le Professeur Ye Qing a proposé des éléments dont on doit rendre compte lors de l'introduction de la règle d'exclusion des preuves illégales, « afin de l'améliorer, nous devons réfléchir sur les circonstances de la société chinoise ; nous devons en plus préciser son fondement théorique ; nous devons d'ailleurs tenir compte de la combinaison de la règle d'exclusion des preuves illégales avec la marge d'appréciation des magistrats ; nous devons également concevoir des règles plus précises et détaillées »<sup>455</sup>.

Il convient de souligner « un projet pilote de la règle d'exclusion des preuves illégales », démarré conjointement par l'Université des Sciences Politiques et Juridiques de la Chine et la Cour Populaire Intermédiaire de Yan Cheng de la province de Jiangsu. Ce projet vise à appliquer la théorie de la règle d'exclusion des preuves dans la procédure pénale. Les enseignants ont collaboré avec les juges pour rédiger un texte expérimental titré « les règles d'exclusion des preuves illégales ». À travers l'application de ce texte dans les tribunaux, les participants obtiennent des résultats positifs. M. le Professeur Bian Jianlin et Yang Yuguan ont présenté le processus et le résultat de ce projet dans une monographie<sup>456</sup>. Lors de l'amendement de la Loi de Procédure Pénale en 2012, le législateur a fait référence à ce texte expérimental.

**122. La recherche théorique après l'année 2012.** Le législateur a inséré la règle d'exclusion des preuves illégales dans l'amendement de la Loi de Procédure Pénale en 2012. Cette législation incite les chercheurs à faire de la recherche en droit positif afin d'observer les effets de l'application de ces nouvelles règles. Il apparaît que ces règles ne sont pas très bien appliquées. Comme l'écrit M. Zhang, « dans la pratique judiciaire, les magistrats approuvent rarement l'exclusion des preuves illégales. La cause interne de ce phénomène réside en l'imperfection des dispositions. Les causes externes sont plurielles ... »<sup>457</sup>. Ce résultat négatif permet de réexaminer les règles d'exclusion des preuves illégales dans la Loi de Procédure Pénale. À titre d'exemple, M. le Professeur Chen Weidong a proposé de « traiter les problèmes de l'admissibilité des preuves dans la phase d'avant-procès contrôlée par le parquet »<sup>458</sup>. Et M. le Professeur Zhen Zhen a analysé la charge de la preuve dans la procédure d'exclusion des preuves illégales et les mesures d'assurance de la preuve<sup>459</sup>. Selon l'avis de M. le

---

<sup>454</sup> Sun Changyong (孙长永) et Min Zhaohua (闫召华), « La règle d'exclusion des preuves illégales au niveau de la Cour EDH » (« 欧洲人权法院视野中的非法证据排除制度 »), in *Commentaire sur la loi cosmopolite* (《 环球法律评论 》), 2011, n° 2.

<sup>455</sup> Ye Qing (叶青), « Les problématiques sur la règle d'exclusion des preuves illégales », in *Politique et Droit* (《 政治与法律 》), 2011, n° 6.

<sup>456</sup> Bian Jianlin (卞建林) et Yang Yuguan (杨宇冠), *La recherche positive de la règle d'exclusion des preuves illégales* (《 非法证据排除规则实证研究 》), Presse de l'Université des sciences politiques et juridiques de la Chine (中国政法大学出版社), 2012.

<sup>457</sup> Zhang Jianwei (张建伟), « Les causes de l'obstacle d'exclusion des preuves illégales » (« 非法证据缘何难以排除 »), in *Science juridique de Qinhua* (《 清华法学 》), 2012, n° 3.

<sup>458</sup> Chen Weidong (陈卫东), « Les problématiques concernant l'application de la règle d'exclusion des preuves illégales à l'égard du parquet » (« 人民检察院适用非法证据排除规则若干问题的思考 »), in *Journal de l'Institut du Parquet National* (《 国家检察官学报 》), 2013, n° 1.

<sup>459</sup> Zhen Zhen (甄贞) et Shen Wenkuan (申文宽), « L'application de la charge de la preuve et ses mesures d'assurance » (« 非法证据证明责任的履行与保障措施 »), in *Journal du Parquet Populaire* (《 人民检察 》),

Professeur He Jiahong, « les preuves illégales se définissent comme les preuves obtenues par des comportements portant atteintes aux lois. La règle d'exclusion des preuves illégales n'équivaut pas à l'exclusion complètement des preuves illégales. Ainsi, la loi doit préciser la portée de l'exclusion. Néanmoins, la langue est à la fois précise et ambiguë. La loi écrite ne peut pas énumérer exhaustivement les règles d'exclusion. Il est donc nécessaire de laisser une marge de manœuvre aux magistrats. À travers la jurisprudence, les magistrats peuvent interpréter les règles d'exclusion des preuves illégales prévues par la Loi de Procédure Pénale »<sup>460</sup>.

Durant cette période, les juristes et les praticiens ont trouvé un consensus sur plusieurs points, par exemple, l'interdiction de la torture et de l'extorsion des aveux, l'établissement de la règle d'exclusion des preuves illégales, etc. Cependant, ils sont en désaccord sur d'autres points, comme la définition, la portée et la procédure de la preuve illégale. S'agissant de la définition, certains considèrent que la preuve illégale porte sur tous les moyens de preuve ; d'autres pensent que la preuve illégale concerne spécifiquement la preuve testimoniale<sup>461</sup>. S'agissant de la portée, la plupart des juristes admettent qu'il faut rendre compte de la particularité de la société chinoise. Dans un premier temps, nous pouvons exclure essentiellement les aveux des accusés ; après, nous pourrions étendre la portée de l'exclusion.

Grâce aux vingt années de recherche théorique, la règle d'exclusion des preuves illégales a été acceptée par le législateur chinois et confirmé dans la loi chinoise. La recherche incessante a offert un fondement théorique à l'introduction de cette règle en Chine.

## B. Le contexte

**123. La réforme économique.** Depuis 1978, le Parti communiste chinois a mis en œuvre une réforme économique. Cette réforme est en plusieurs étapes. L'une de ces étapes consiste en la création d'un système de droit qui signifie « État de droit » en chinois. Cela donne une bonne idée de l'évolution sociopolitique de la Chine. La réforme de l'État de droit permet de renforcer la capacité de gouvernance du Parti communiste chinois, mais sert aussi à garder les bénéfices de la réforme économique. Elle exige que l'État n'intervienne pas arbitrairement dans les droits des citoyens. C'est-à-dire que personne ne possède de privilèges. Les agents de l'État doivent exécuter leur pouvoir sous l'autorité des lois. S'ils ne respectent pas les lois, leurs comportements sont illégaux et doivent être sanctionnés. L'État de droit est le sol de la transplantation de la règle d'exclusion des preuves illégales. Cette dernière est non seulement un régime de la preuve pénale, mais aussi une règle contribuant à la garantie des droits de l'homme prévue par la Constitution. La règle d'exclusion des preuves illégales illustre qu'il existe des comportements illégaux et d'autres légaux, c'est-à-dire que l'État peut intervenir de façon légale dans les droits de l'homme (le droit à la liberté individuelle, le droit à la propriété, le droit à la vie privée, etc.). C'est

---

2013, n° 2.

<sup>460</sup> He Jiahong (何家弘), « La nécessité de la jurisprudence pour l'application des règles d'exclusion des preuves illégales » ( “适用非法证据排除规则需要司法判例” ), in *Juriste* (《法学家》), 2013, n° 2.

<sup>461</sup> Min Chunlei (闵春雷), « Étude sur l'application de la règle d'exclusion des preuves illégales » ( “非法证据排除规则适用问题研究” ), in *Journal de l'Université de Ji Lin* (《吉林大学学报》), 2014, n° 2.

la manifestation de la contrainte des droits individuels. Certainement, des droits sans limite sont risqués, mais la portée de cette limite est nécessairement déterminée. Lorsque les agents d'État prennent des mesures (la perquisition, la saisie et l'interrogatoire), s'ils ne respectent pas les dispositions des lois, les droits fondamentaux seront probablement atteints. De prime abord, la règle d'exclusion des preuves illégales contribue à garantir les droits individuels et à contraindre le pouvoir d'État. Il semble que cette règle s'oppose à l'effectivité des travaux des agents d'État. Mais d'un point de vue à long terme, puisque cette règle protège les droits individuels prévus par la loi, l'État est de plus en plus stable. La stabilité des circonstances de la société est favorable à l'État et aux individus.

**124. Les dispositions de la Constitution.** Le fondement juridique de la règle d'exclusion des preuves illégales est la Constitution aux États-Unis et au Canada. En Chine, la règle d'exclusion des preuves illégales s'appuie également sur la Constitution. L'article 13 de la Constitution stipule que « l'État protège le droit à la propriété du citoyen, incluant ses revenus, ses épargnes, ses biens immobiliers et ses autres biens légaux ». Selon l'article 39 de la Constitution, « l'État protège le droit à l'habitation des citoyens chinois. La perquisition illégale ou l'intrusion dans l'habitation des citoyens est prohibée ». Conformément à ces deux dispositions fondamentales, les accusés peuvent réclamer l'exclusion des preuves obtenues par un moyen illégal au cours de la perquisition ou de la saisie. Bien que ces deux articles ne mentionnent pas la règle d'exclusion des preuves illégales, nous pouvons les considérer comme les dispositions fondamentales de ladite règle. Afin de recueillir des preuves, la Loi de Procédure Pénale permet aux enquêteurs d'effectuer des perquisitions et des saisies, qui sont certainement en conflit avec le droit à la propriété. Ainsi, les enquêteurs doivent respecter la loi lors de la mise en œuvre de la perquisition et de la saisie.

Par ailleurs, la Constitution stipule, dans l'article 41, que « les citoyens de la République Populaire de Chine peuvent proposer des critiques et des conseils aux organes d'État et agents d'État. Quant aux comportements illégaux exercés par ces derniers, les citoyens peuvent déposer plainte, les accuser ou les dénoncer aux organes d'État, qui se chargent de constater les faits et interdisent la diffamation à travers des faits inauthentiques ou dénaturés. Nul ne peut exercer de répressions et de représailles. Les victimes ayant subi les comportements illégaux exercés par les organes d'État et agents d'État, peuvent selon la loi, réclamer une indemnité ». De même, malgré l'absence d'référence claire à la règle d'exclusion des preuves illégales, cette disposition est étroitement liée à la justice pénale.

De plus, l'article 37, alinéa 3 de la Constitution précise que « nul ne peut être privé de sa liberté par la détention illégale ou d'autres moyens illégaux ». Selon cette disposition, les preuves testimoniales obtenues par la torture, les menaces ou d'autres moyens illégaux doivent être exclus du dossier de procédure pénale. Ici, il convient de souligner l'article 33 de la Constitution, stipulant que « l'État respecte et garantit les droits de l'homme »<sup>462</sup>. Bien que cette disposition soit constitutionnelle, son application se trouve surtout dans le domaine de la procédure pénale. Comme la

---

<sup>462</sup> Le législateur a adjoint « l'État respecte et garantit des droits de l'homme » dans l'article 33 de la Constitution en 2004.

matière pénale est un domaine à haut risque pour les libertés et représente le meilleur outil des États dictatoriaux et totalitaires, il apparaît nécessaire de trouver un point d'équilibre permettant de faire du droit de procédure pénale un droit de contrainte raisonnable, exclusif de tout arbitraire. En ce sens, « la procédure pénale était prédestinée à s'ouvrir au droit constitutionnel »<sup>463</sup>, « parce qu'il est un droit de contrainte menaçant les libertés, parce qu'il lui est indispensable de trouver les limites de son existence, parce qu'il ne saurait être sans un équilibre satisfaisant entre l'efficacité répressive et le respect des hommes »<sup>464</sup>. De nombreux pénalistes chinois affirment que la Loi de Procédure Pénale est devenue « notre mini-Constitution », « notre Constitution en action » et « notre Constitution dynamique ». Ainsi, à travers la règle d'exclusion des preuves illégales, nous pouvons répondre à l'exigence de la garantie des droits de l'homme prévue dans la Constitution.

**125. Les dispositions de la Loi de Procédure Pénale.** La Loi de Procédure Pénale a été promulguée pour la première fois en 1979, et puis a été modifiée en 1996, 2012 et 2018. Avant 2012, il n'y a pas de dispositions mentionnant explicitement la règle d'exclusion des preuves pénales dans la Loi de Procédure Pénale, mais il y a des dispositions concernant certains éléments de cette règle. Par exemple, en 1979 et 1996, la Loi de Procédure Pénale stipule, dans l'article 43, que « les magistrats, les procureurs et les enquêteurs doivent observer les modalités précisées dans la procédure pénale, lorsqu'ils recueillent des éléments des preuves afin de prouver la culpabilité ou l'innocence des accusés. Personne ne peut recueillir des preuves par la torture, les menaces, les tromperies ou tout autre moyen illégal ». Évidemment, le législateur a interdit d'utiliser des moyens illégaux pour obtenir des preuves. C'est seulement une moitié du régime de la règle d'exclusions des preuves pénales, parce qu'il manque les dispositions sur la conséquence de l'utilisation de ces moyens illégaux. Par ailleurs, les dispositions concernant les mesures coercitives d'enquête servent à préparer la législation sur la règle d'exclusion des preuves illégales. Lors de la mise en arrestation des suspects, les enquêteurs doivent obtenir l'autorisation du magistrat (art. 59, LPP 1996). Lorsque les enquêteurs mettent en œuvre la garde à vue (art. 64, LPP 1996) ou la perquisition (art. 111, LPP 1996), ils doivent présenter l'autorisation du magistrat aux suspects. Le législateur a également bien indiqué les modalités de chaque mesure coercitive, incluant l'interrogation des suspects (art. 93 à art. 96, LPP 1996), l'audition des témoins (art. 97 à art. 100, LPP 1996), la perquisition (art. 109 à art. 113, LPP 1996) et la saisie (art. 114 à art. 118, LPP 1996). Néanmoins, la LPP ne prévoit pas de sanctions pour les enquêteurs récoltant des preuves au prix de la violation de la loi.

S'agissant de la perquisition et de la saisie, la Loi de Procédure Pénale de 1996 ne consacre pas de dispositions suffisantes (art. 108 à art. 118) pour contraindre le pouvoir des enquêteurs. Selon l'article 109, « lorsqu'une personne est soupçonnée d'avoir commis des infractions ou d'avoir recélé un criminel ou des preuves d'infractions, les enquêteurs peuvent réaliser une fouille corporelle, ou

---

<sup>463</sup> Danièle Mayer, « L'apport du droit constitutionnel au droit pénal en France », *RSC* 1988, p.439.

<sup>464</sup> Aurélie Cappello, *La constitutionnalisation du droit pénal. Pour une étude du droit pénal constitutionnel*, LGDJ 2014, p.1.

perquisitionner ses biens, son domicile et d'autres lieux en lien avec l'infraction, afin de rassembler des éléments de preuves et trouver les criminels ». Le champ d'application de la perquisition est évidemment trop large. Comment peut-on apprécier le soupçon de commission d'une infraction ? Quel est le critère du soupçon ? De quels éléments de preuves a-t-on besoins ? La loi ne répond pas expressément à ces questions. Dans la pratique judiciaire, les magistrats n'excluent jamais les preuves matérielles du dossier de la procédure pénale, même si les enquêteurs les obtiennent de façon illégale. Cependant, lors du rassemblement des preuves matérielles, les enquêteurs portent probablement atteinte au droit d'habitation, au droit de la propriété et au droit de la vie privée. Ainsi, la loi doit préciser les questions précitées afin de garantir ces droits prévus dans la Constitution. La Loi de Procédure Pénale de 1996 stipule, dans l'article 111, que « lors de la perquisition, les enquêteurs doivent présenter aux personnes perquisitionnées un mandat de perquisition ». Il semble que le législateur, à travers cette disposition, exige l'autorisation judiciaire pour la mise en œuvre de la perquisition. Mais en fait, en Chine, le mandat de la perquisition est délivré par l'officier de police. Il n'existe donc pas vraiment d'autorisation judiciaire, puisque cette dernière consiste à la délivrance du mandat par le magistrat.

Après l'amendement de la Loi de Procédure Pénale de 1996, l'État chinois vise à renforcer le travail de promotion et de garantie des droits de l'homme. Dans le domaine de la justice pénale, les droits de l'homme concernent deux sujets : les suspects ou les accusés et l'ensemble des citoyens chinois. C'est-à-dire que les droits de l'homme se trouvent dans deux niveaux, qui sont étroitement liés. Puisque les suspects ou les accusés font partis des citoyens chinois, lorsque l'on respecte les droits de l'homme à l'égard de ces derniers, les droits de l'homme à l'égard des premiers sont également respectés. Lorsque la loi précise les conditions et les modalités de mise en œuvre des procédés de recueil des preuves, elle sert non seulement à la protection des droits des suspects ou des accusés, mais aussi à celle de tous les citoyens. Sans cette précision de la loi, personne ne peut éviter la privation de ses propres droits. Et la règle d'exclusion des preuves illégales est un système contribuant à l'application effective des dispositions quant aux conditions et modalités précitées.

**126. L'exigence de l'interdiction de la torture et de l'extorsion des aveux.** Dans l'ancien régime de la Chine, les officiers judiciaires ont souvent pratiqué la torture et l'extorsion des aveux, ce qui s'explique par deux causes. D'une part, sans la conception de la présomption d'innocence, les suspects ou les accusés sont considérés comme coupables tout au long de la procédure. D'autre part, comme la procédure pénale ne se distinguait pas de la peine pénale, les officiers judiciaires appliquaient, en fait, la peine pénale pendant la procédure pénale. Cette tradition de la culture judiciaire s'oppose à l'idée des droits de l'homme, mais influence encore la justice pénale contemporaine de la Chine. Au fur et à mesure que l'État de droit progresse en Chine, les juristes appellent fortement à interdire la torture et l'extorsion des aveux, afin de diminuer les erreurs judiciaires et maintenir la dignité de la justice. Pour répondre à cet appel et résoudre effectivement la problématique des erreurs judiciaires, le législateur a introduit la règle d'exclusion des preuves illégales dans la procédure pénale.

Certaines erreurs judiciaires qui ont eu un grand écho dans la société chinoise ont accéléré le processus d'introduction de la ladite règle. À titre d'exemple, dans l'affaire de Du Peiwu, à cause de la torture et des violences exercées par la police, l'accusé, M. Du a reconnu un meurtre qu'il n'a pas commis<sup>465</sup>. En 1999, le juge l'a condamné à la peine de mort avec un sursis de deux ans<sup>466</sup>. Cette affaire a été reconnue comme une erreur judiciaire en 2000, lorsqu'un accusé dans une autre affaire a reconnu le meurtre des victimes dans l'affaire de Du Peiwu. Grâce à cette découverte fortuite, le tribunal supérieur a acquitté M. Du. Suite à cette erreur judiciaire, les médias ont exposé de nombreux détails quant à l'enquête de cette affaire. M. Du a déclaré qu'il a subi la torture et des traitements inhumains dans le lieu de garde à vue. Plus précisément, la police l'a empêché de dormir, l'a interrogé sans repos, l'a battu à coups de poings et de pieds, l'a frappé à coups de matraque, et l'a fait s'agenouiller. Face à ces violences, M. Du n'a pas eu d'autre choix que d'avouer le meurtre.

De même, dans l'affaire de She Xianglin, M. She a été accusé du meurtre de son épouse. Le tribunal du premier degré l'a condamné à la peine de mort en 1994. M. She a fait appel de ce jugement auprès d'un tribunal d'un degré supérieur, qui a maintenu sa culpabilité, mais atténué sa peine (15 ans d'emprisonnement) en 1998. Malgré plusieurs appels, le tribunal a toujours maintenu ce jugement. Jusqu'en 2005 où suite à la réapparition de son épouse disparue, le tribunal a prononcé son innocence et l'a acquitté. Concernant la raison de sa reconnaissance du meurtre, M. She a écrit, dans une lettre d'appel : « la police m'a frappé cruellement pendant dix jours et dix nuits. À l'époque, j'ai consenti à toutes les demandes tant qu'ils m'accordaient un repos ». Ainsi, sur l'instruction de la police, M. She a inventé l'histoire du meurtre de sa femme. Suite aux malheurs de M. Du et M. She, les juristes chinois ont commencé à réfléchir à des solutions en vue de l'interdiction de la torture et des violences. La règle d'exclusion des preuves illégales est l'une des solutions envisagées.

L'affaire de Zhao Zuohai est une erreur judiciaire révélée en 2010. Les faits de cette affaire sont semblables à ceux de l'affaire de She Xianglin. Il a été condamné à la peine de mort avec un sursis de deux ans à cause d'un meurtre en 1999. Mais après dix ans d'emprisonnement, la victime dans cette affaire de meurtre est soudainement réapparue. Le tribunal supérieur a donc réorganisé une audience pour acquitter M. Zhao en 2010. M. Zhao a déclaré, dans une interview, que « les agents de police m'ont frappé presque chaque jour. Quelque fois, ma tête est blessée. C'est grave et douloureux. Au cours de la garde à vue, j'ai donné mes aveux de la culpabilité de neuf fois. Les agents de police ont même convoqué ma femme et mes enfants pour identifier les outils du crime »<sup>467</sup>. Cette affaire a fait grand bruit et stimulé une réponse immédiate de la part des organes judiciaires. Les « deux règlements sur la preuve pénale » précités ont été promulgués après la révision de cette affaire. Il est pertinent

---

<sup>465</sup> V. Chen Guangzhong (陈光中), *Le droit de la preuve* (《证据法学》), Presse de la loi (法律出版社), 2011, p. 372.

<sup>466</sup> C'est-à-dire que le condamné est placé en détention et s'il ne commet aucune infraction durant les deux premières années sa peine de mort sera commuée en perpétuité plutôt que mise à exécution.

<sup>467</sup> V. Chen Guangzhong (陈光中), *Le droit de la preuve* (《证据法学》), préc., p. 132.

de dire que l'affaire de Zhao Zuohai a conduit à l'introduction de la règle d'exclusion des preuves illégales dans la justice pénale chinoise.

**127. La coopération internationale de la justice pénale.** Le gouvernement chinois a ratifié les conventions internationales concernant les droits de l'homme et la justice pénale. La règle d'exclusion des preuves illégales existe dans certaines conventions internationales, par exemple, la Convention des Nations-Unies contre la torture et autres peines ou traitement cruels, inhumains ou dégradants, et la Convention des Nations-Unies contre la corruption. Avec l'expansion de la coopération internationale dans le domaine de la justice pénale, il est nécessaire de rendre compte de la question de l'exclusion des preuves illégales. Sinon, cette dernière deviendra un obstacle au renforcement de la coopération internationale dans le domaine de la justice pénale. Par exemple, dans les affaires de la corruption, de nombreux suspects s'enfuient et transfèrent leurs biens à l'étranger afin d'éviter les sanctions de la justice pénale. Pour poursuivre ces crimes, les organes judiciaires chinois doivent demander aux juridictions étrangères la coopération de la justice pénale. Ces dernières peuvent requérir des organes judiciaires chinoises la production de preuves pour prouver le crime de la corruption. Une discordance apparaît probablement dans ce cas : selon le droit chinois, ces preuves sont légales, alors que selon le droit étranger ou le droit international, ces preuves sont illégales. Ainsi, lorsque les juges étrangers décident d'exclure les preuves illégales du dossier, les personnes impliquées dans la corruption ne peuvent être sanctionnées. C'est certainement un obstacle à la coopération de la justice pénale.

En conclusion, en 2010, les conditions théoriques et contextuelles sont réunies pour permettre l'introduction de la règle d'exclusion des preuves illégales dans le droit positif. Après avoir présenté la phase de la préparation de la création de ce régime, il convient d'étudier son évolution législative.

## **§ 2. L'évolution législative de la règle d'exclusion de la preuve illégale**

**128. Deux phases.** Dans un premier temps, la règle d'exclusion de la preuve illégale existe exclusivement dans des textes non-législatifs **(A)**. En 2012, cette règle a été introduite dans l'amendement de la Loi de Procédure Pénale **(B)**. C'est-à-dire que cette règle est devenue légale.

### **A. Les textes non-législatifs concernant la règle d'exclusion de la preuve illégale**

**129. L'interprétation et la réglementation de la Loi de Procédure Pénale.** Après 1996, année où la LPP a été amendée, la Cour suprême et le Parquet suprême ont chacun édicté un texte d'interprétation de la Loi de Procédure Pénale : l'un, promulgué en 1998, s'appelle « L'Interprétation pour l'Application de la Loi de Procédure Pénale de la Cour suprême populaire » ; l'autre, publié en 1997, s'appelle « Règlementation applicable à la Procédure Pénale de la Part du Parquet Populaire ».

Dans ce dernier texte, il existe déjà des dispositions concernant la règle d'exclusion des preuves illégales : l'interdiction d'obtenir des aveux par la torture, les menaces, les pressions, les tromperies et tout autre moyen illégal (art. 121) ; l'interdiction d'obtenir des témoignages par les moyens précisés dans l'article 121 (art. 142) ; l'exclusion des preuves (incluant les aveux, les déclarations des victimes, les témoignages et les rapports d'expertise) recueillies par la torture, les menaces, les pressions, les tromperies et tout autre moyen illégal (art. 256). De même, la Cour suprême stipule, dans l'article 61 du premier texte, que « le recours aux moyens illégaux pour recueillir des preuves est interdit. Lorsque les témoignages, les déclarations des victimes ou les aveux sont obtenus par la torture, les menaces, les pressions, les tromperies et tout autre moyen illégal, le juge doit les exclure du dossier de procédure pénale ». Dans cette disposition, la Cour suprême a clairement inclut la règle d'exclusion des preuves illégales. Cependant, son application est très difficile à cause des raisons suivantes.

Tout d'abord, la Cour suprême n'a pas précisé les modalités de la procédure d'exclusion des preuves illégales. Ensuite, selon la disposition précitée, le juge peut exclure uniquement les preuves testimoniales. C'est-à-dire que les preuves matérielles ne relèvent pas de cette exclusion, même si elles sont récoltées par des moyens illégaux. Enfin, la Cour suprême n'a pas défini les notions de torture, de menaces, de pressions, de tromperies ou d'autre moyen illégal. Ainsi il est parfois difficile d'apprécier si un comportement relève à la torture. Évidemment, les procédés violents et maltraitants relèvent de la torture. Cependant, nous ne pouvons toujours pas déterminer si d'autres procédés, comme la faim, la fatigue, le chaud et le froid, peuvent être défini comme de la torture. Concernant les menaces, les pressions, les tromperies, il est aussi difficile de les apprécier. Les menaces et les pressions sont parfois confondues avec une politique criminelle appelée « de la tolérance à l'égard de l'honnêteté et de la sévérité à l'égard de celui qui résiste » (坦白从宽, 抗拒从严 *tan bai cong kuan, kang ju cong yan*)<sup>468</sup>. De même, dans certains cas, il n'est pas facile de distinguer les tromperies des stratégies d'enquête. Cette difficulté peut être résolue de deux façons : l'une est de la définition des notions de torture, de menace, de pression, de tromperie, soit dans la Loi de Procédure Pénale, soit dans son texte d'interprétation ; l'autre est l'énumération des cas par la jurisprudence. À notre avis, la seconde façon est la plus pertinente, car la loi écrite ne peut pas préciser exhaustivement tous les cas relevant de procédés illégaux.

Le 2 janvier 2001, compte tenu de l'influence néfaste de la torture et de l'extorsion des aveux, le Parquet suprême a édicté un décret appelant tous les parquets à « appliquer effectivement les dispositions concernant l'interdiction de la torture et de l'extorsion des aveux, et à exclure absolument les aveux, les déclarations des victimes et les témoignages obtenus par les moyens illégaux ».

Dans cette phase, la règle d'exclusions des preuves illégales reste uniquement

---

<sup>468</sup> C'est un slogan populaire dans la période de la révolution culturelle de la Chine de 1966 à 1976. À l'époque, ce slogan idéologique était une arme contre les ennemis de classe. Après la révolution culturelle, continuant à l'utiliser, il devient un synonyme d'« équilibrer l'application de la justice entre clémence et sévérité » (宽严相济). Voir Liu Wujun (刘武俊), « L'observation de nouveau sur la tolérance à l'égard de l'honnêteté et la sévérité à l'égard de celui qui résiste » (“重新审视和反思‘坦白从宽、抗拒从严’”), in *Journal Pékin* (《北京日报》) 2010.

dans les textes et n'est pas appliquée dans la pratique judiciaire. Cependant, les dispositions prévues dans ces textes constituent une base à l'introduction de la règle d'exclusions des preuves illégales.

**130. Deux textes sur les preuves pénales.** Les cinq organes (la Cour suprême, le Parquet suprême, le Ministère de la Sécurité publique, le Ministère de la sécurité de l'État, le Ministère de la justice) ont conjointement rédigé deux textes sur les preuves pénales, et les ont édifié en mai 2010. Dans ces deux textes, la règle d'exclusion des preuves illégales est, pour la première fois, systématiquement prévue (v. A.1 et A.2). Le rédacteur définit non seulement la notion de la preuve illégale, mais encadre aussi sa portée, et précise même les modalités de son appréciation (la mise en œuvre de la procédure, la charge de la preuve, la force de la preuve, etc.). Désormais, la règle d'exclusion des preuves illégales peut être appliquée dans la pratique judiciaire. De nombreux juristes ont fait l'éloge de ces deux textes. Certains pensent qu'ils débute l'unification du droit de la preuve<sup>469</sup>. D'autres considèrent qu'ils sont des nouveautés car les juristes chinois transforment cette règle, existant initialement en droit anglo-saxon, pour l'adapter à la justice pénale chinoise<sup>470</sup>.

En tout état de cause, ces deux textes sont très importants dans la préparation de la législation de la règle d'exclusion des preuves illégales. En premier lieu, ils prévoient non seulement la notion et la portée de la preuve illégale, mais aussi les modalités de la procédure d'exclusion des preuves illégales, incluant la personne mettant en œuvre cette procédure, la procédure de l'appréciation, la charge de la preuve, le critère de la preuve, les témoignages des enquêteurs, etc. Désormais, la procédure d'exclusion des preuves illégales fait partie intégrante de la procédure pénale à part entière. Cela permet l'application effective des dispositions concernant l'exclusion des preuves illégales. En deuxième lieu, les deux règlements sur les preuves illégales ajoutent de nombreuses règles d'exclusions des preuves illégales. En Chine, il n'existe pas de loi unifiant toutes les règles de la preuve. En matière pénale, les dispositions concernant la preuve sont dispersées dans la loi, les règlements et les interprétations. Grâce à ces deux règlements, nous faisons un pas en avant pour l'unification des règles d'exclusion des preuves illégales. En troisième lieu, ces deux règlements ne sont pas simplement une transplantation du système de la preuve du droit anglo-saxon, mais il y a des nouveautés. D'une part, concernant sa portée, les agents de l'organe judiciaire chinois peuvent exclure les aveux, les témoignages et les déclarations des victimes, alors que les juges anglo-saxons ne peuvent exclure que les aveux. D'autre part, sur la phase d'application de la règle d'exclusion des preuves illégales, les magistrats chinois peuvent l'appliquer dans la phase d'avant-procès et en audience, alors que les juges anglo-saxons ne peuvent l'appliquer qu'en audience. En apparence, ce sont des innovations, mais en fait, c'est un résultat logique compte tenu de la structure et de l'institution de la justice pénale chinoise. En conclusion, ces deux textes sont expérimentaux et le législateur a absorbé de nombreuses dispositions

---

<sup>469</sup> Chen Ruihua (陈瑞华), « Théorie de l'exclusion des preuves illégales » («非法证据排除的理论解读»), préc.

<sup>470</sup> Fan Chongyi (樊崇义), Wu Guangsheng (吴光升) « La procédure de l'exclusion des preuves illégales : l'interprétation du texte et la perspective » («审前非法证据排除程序：文本解读与制度展望»), in *Revue des sciences criminelles en Chine* (《中国刑事法杂志》), 2012, n° 11.

prévues dans ces deux textes lors de l'amendement de la Loi de Procédure Pénale en 2012.

## **B. La législation de la règle d'exclusion de la preuve illégale**

**131. Dispositions concernées par l'amendement de la Loi de Procédure Pénale de 2012.** Lorsque la Loi de Procédure Pénale a été amendée en 2012, le législateur a légiféré sur la règle d'exclusion des preuves illégales (v. A.3). Il a inséré, dans la Loi de Procédure Pénale, cinq articles : l'exclusion des preuves testimoniales illégales (art. 54), le rôle du parquet dans la procédure d'exclusion des preuves illégales (art. 55), l'audience (art. 56), la charge de la preuve (art. 57), les critères de l'appréciation des preuves illégales (art. 58). En dehors de ces cinq articles, certaines dispositions dispersées dans la LPP concernent également la règle d'exclusion des preuves illégales.

**132. Exclusion des preuves testimoniales illégales.** S'agissant des preuves testimoniales, si elles sont obtenues par des violences, des menaces ou par tout autre moyen illégal, elles doivent être exclues du dossier de la procédure pénale. Ici, les preuves testimoniales incluent les aveux, les témoignages et les déclarations. Ces trois catégories se distinguent selon les personnes qui prennent la parole. Les aveux sont livrés par les suspects ou les accusés. Les témoignages sont donnés par les témoins. Et les déclarations sont faites par les victimes. Cependant, selon les conventions internationales, seuls les aveux obtenus par la torture doivent être exclus. Même aux États-Unis, les preuves illégales impliquent exclusivement les preuves obtenues par des moyens portant atteintes aux droits des accusés. Ainsi, la portée de l'exclusion en Chine est plus large qu'aux Nations-Unis et aux États-Unis.

**133. Exclusion des preuves matérielles ou écrites illégales.** Concernant les preuves matérielles ou écrites, la Loi de la procédure pénale stipule dans l'article 54 que « si elles sont récoltées par un moyen illégal, et que leur illégalité porte éventuellement atteinte à la justice pénale, les enquêteurs doivent les rectifier ou en expliquer les raisons, sinon, les preuves précitées doivent être exclues du dossier de la procédure pénale ». C'est un progrès, car la loi permet désormais d'exclure les preuves matérielles ou écrites, malgré des conditions strictes. C'est-à-dire que les preuves matérielles ou écrites obtenues au cours de la perquisition ou de la saisie peuvent être exclues, si les procédés d'obtention portent atteinte aux modalités de la procédure pénale. Cependant, il faut souligner que le législateur octroie aux enquêteurs une possibilité de rectification. En ce sens, par rapport aux preuves testimoniales illégales, les preuves matérielles ou écrites illégales sont davantage tolérées par le législateur chinois.

**134. Charge de la preuve.** Le rôle du parquet dans la procédure d'exclusion des preuves illégales, est une autre caractéristique du droit chinois. Le parquet chinois peut prendre l'initiative de mettre en œuvre la procédure d'exclusion des preuves illégales, alors que dans le droit anglo-saxon, les suspects ou les accusés sollicitent des juges l'appréciation de la légalité de la preuve. Cette différence peut être expliquée par deux raisons. L'une porte sur la structure de la procédure pénale : dans le droit anglo-saxon, coloré par la procédure accusatoire, c'est à l'audience que les preuves

sont constituées et que les juges apprécient l'admissibilité des moyens de preuves ; alors que dans le droit chinois, caractérisé par la procédure inquisitoriale, l'enquête d'avant-procès et l'audience sont deux phases d'égale importance : l'une organise le rassemblement des preuves et l'autre préside l'administration des preuves. Ainsi, l'admissibilité des preuves peut être soulevée dans tout au long de la procédure pénale (la phase d'enquête, de la poursuite et du jugement) en Chine. L'autre raison concerne les droits de la défense : dans les États anglo-saxon, vu leur fermeté à l'égard des droits de la défense, ce sont les accusés ou leurs avocats qui proposent aux juges d'apprécier l'admissibilité des preuves ; mais en Chine, compte tenu de la faiblesse des droits de la défense, la partie accusée ne peut pas solliciter des magistrats l'appréciation de l'admissibilité des preuves à temps. Ainsi, la loi autorise le parquet à démarrer activement la procédure d'exclusion des preuves illégales. Cela sert non seulement à l'effectivité de la justice pénale, mais aussi à la protection des droits des accusés.

La loi exige de l'accusé qu'il fournisse des renseignements sur les preuves illégales. Mais cela ne veut pas dire que la partie de l'accusé a la charge de la preuve. Ce que les accusés doivent faire, c'est remettre des renseignements, concernant normalement les personnes, la date, le lieu et le moyen de recueil des preuves illégales. Cette obligation attribuée aux accusés permet d'empêcher les abus du droit de la requête. En effet, le législateur renverse la charge de la preuve dans ce cas. C'est-à-dire que le procureur doit prouver la légalité de la preuve. Dans la pratique judiciaire, pour prouver la légalité de la preuve, le procureur peut remettre aux juges de nombreux moyens : les procès-verbaux d'interrogatoire, les enregistrements audiovisuels, les témoignages des enquêteurs, etc.

**135. Nouveau moyen de la preuve : l'enregistrement audiovisuel.** Quant aux moyens de la preuve, l'enregistrement audiovisuel au cours de l'interrogatoire est considéré comme le meilleur moyen de preuve. Il convient de souligner que ce moyen de preuve est une nouveauté de l'amendement de la Loi de Procédure Pénale en 2012. Conformément à l'article 121, « lorsque les enquêteurs interrogent les suspects, ils peuvent enregistrer audiovisuellement le processus entier de l'interrogatoire. Si l'interrogatoire concerne un crime très grave (par exemple, pour lesquels les suspects encourrent la réclusion criminelle à perpétuité ou la peine de mort), ils doivent l'enregistrer audiovisuellement ». S'inspirant de l'expérience du droit anglais, le législateur chinois a créé le système de l'enregistrement audiovisuel de l'interrogatoire. Ce système favorise d'un côté la protection des droits des interrogés, et d'un autre côté, le contrôle du comportement des enquêteurs. Au niveau de la procédure d'exclusion des preuves illégales, l'enregistrement audiovisuel est un moyen objectif pour prouver si les enquêteurs interrogent les suspects selon les exigences de la loi. Un autre moyen de preuve porte sur les témoignages des enquêteurs. La Loi de Procédure Pénale stipule dans l'article 57 que « les parquets peuvent demander aux tribunaux d'informer les enquêteurs de leur devoir de témoigner en audience ». Avant 2012, les enquêteurs déposaient uniquement un document d'explication au tribunal pour prouver la légalité des procédés employés au cours de l'interrogatoire, alors qu'ils doivent désormais se présenter en audience pour

témoigner eux-mêmes de la légalité des procédés. Dans la pratique judiciaire, si les enquêteurs se présentent eux-mêmes en audience, les juges peuvent mieux apprécier la force probante de leurs témoignages à l'aide des enregistrements audiovisuels.

**136. Appréciation de l'admissibilité des preuves.** Concernant le pouvoir d'appréciation du juge, l'article 58 de la LPP stipule que « lorsque les preuves sont probablement obtenues par un moyen illégal, le juge doit les exclure du dossier de la procédure pénale ». En d'autres termes, si le juge est convaincu que le moyen de recueil des preuves est légal, ces preuves sont admissibles. À première vue, cette disposition est très favorable à l'autorité de poursuite. Mais compte tenu du déséquilibre entre la force de la défense et celle de la poursuite, il est facile pour le procureur de prouver la légalité du moyen de la preuve. Si le juge exerçait strictement son pouvoir d'appréciation, de nombreuses preuves seraient exclues des dossiers de procédure pénale. Cependant, compte tenu de la complexité de la mise en œuvre de la règle d'exclusion de la preuve, le juge est amené à exercer son pouvoir d'appréciation avec flexibilité, lorsqu'il apprécie la légalité des moyens des preuves.

## **Section II. Les règles concernant le recueil des preuves**

**137. Choix des objets à analyser.** L'introduction de la règle d'exclusion des preuves illégales dans la LPP permet de rectifier le comportement illégal ou déloyal de l'enquêteur. Cette réforme législative sert de façon certaine à l'encadrement du pouvoir de la police. Néanmoins, pour observer l'encadrement de la liberté de la preuve au cours du recueil des preuves en Chine, il ne suffit pas de s'intéresser à la nouvelle réforme législative. Dispersées dans les autres chapitres de la LPP, certaines dispositions concernent également les méthodes d'obtention des preuves. Il est pertinent de les réunir pour les analyser en détail. La LPP prévoit huit méthodes d'obtention des preuves, incluant les interrogatoires de prévenus, les auditions de témoins, les investigations et les examens sur les scènes, les perquisitions et les saisies, les expertises judiciaires, les investigations techniques, les avis de recherche. Nous n'allons pas toutes les analyser. Compte-tenu des objets que nous avons choisis d'analyser dans le système français, nous allons également analyser deux procédés traditionnels (§ 1) et deux autres scientifiques (§ 2).

### **§ 1. Deux procédés traditionnels**

**138. Critère pour choisir les procédés traditionnels.** Compte tenu de la distinction traditionnelle entre la preuve testimoniale et la preuve matérielle, il est logique de choisir deux procédés typiques pour illustrer la façon d'obtenir ces deux sortes de preuve. S'agissant du procédé de recueil des preuves testimoniales, nous allons analyser l'interrogatoire **(A)**. Concernant le procédé de recueil des preuves matérielles, nous allons analyser la perquisition et la saisie **(B)**.

#### **A. L'interrogatoire**

**139. Deux aspects.** En tant que mesure majeure destinée à obtenir des aveux, l'interrogatoire était le point essentiel de la réforme de la justice pénale. Le législateur s'efforce de trouver une solution d'encadrement du pouvoir des enquêteurs au cours

de l'interrogatoire (1). La LPP interdit non seulement la torture et l'usage de moyens illégaux, mais elle confère aussi aux suspects les droits à la défense (2).

### 1. L'encadrement du pouvoir des personnes qui interrogent

**140. Deux dispositions.** L'article 50 de la LPP stipule que « les juges, les parquets et les enquêteurs doivent, dans le respect des formalités légales, récolter toutes les éléments qui peuvent prouver la culpabilité ou l'innocence des prévenus ou accusés et les circonstances des crimes. Le recours à la torture, l'usage de menaces, de pressions, de tromperie et de tout autre moyen illégal pour recueillir des preuves ou des aveux sont interdits. Nul ne peut être contraint de prouver sa culpabilité... ». L'article 54 de la LPP stipule que « les aveux des prévenus ou accusés recueillis par la torture ainsi que par tout autre moyen illégal, les témoignages et les déclarations des victimes recueillis par violences et menaces ainsi que par tout autre moyen illégal, doivent être exclus. Lorsque les enquêteurs ne respectent pas les formalités légales pour rassembler des preuves matérielles et écrites, si l'équité du procès peut en être gravement atteinte, il faut prendre des mesures correctives ou donner des explications raisonnables, sinon les preuves précitées doivent être exclues. »

**141. Les commentaires en doctrine.** Ces deux dispositions manifestent la volonté des autorités de limiter l'usage de l'extorsion d'aveux par la torture.<sup>471</sup> Le professeur Long Zongzhi remarque que ce modèle législatif s'appelle « l'interdiction large et l'exclusion prudente ».<sup>472</sup> Pour l'expliquer clairement, les procédés interdits énumérés par l'article 50 sont la torture, les menaces, les pressions et la tromperie ; cependant, dans l'article 54, en ce qui concerne l'exclusion des aveux obtenus par des moyens illégaux, seule la torture est citée explicitement. De même, en ce qui concerne les témoignages et les déclarations des victimes, deux procédés interdits sont énumérés : les violences et les menaces ; il semble que les autres procédés interdits sont contenus implicitement dans l'expression « ainsi que par tout autre moyen illégal ». Pour l'interpréter, il y a trois hypothèses. Premièrement, « tout autre moyen illégal » peut signifier uniquement la torture. C'est un avis typique des hommes de loi car ils visent à limiter strictement l'étendue de l'exclusion des preuves illégales.<sup>473</sup> Deuxièmement, « tout autre moyen illégal » peut inclure les moyens cruels, inhumains ou dégradants ainsi que les menaces, les pressions et la tromperie mentionnées dans l'article 50.<sup>474</sup> C'est une idée reconnue par la plupart des

---

<sup>471</sup> La toute première Loi de procédure pénale de la République populaire, celle de 1979, interdisait déjà « le recours à la torture, l'usage de menaces, de pressions, de tromperie et tous autres moyens illégaux pour recueillir des preuves ou des aveux ». Mais cette loi ne stipule pas les conséquences ou les sanctions, si ces recours illégaux sont utilisés. Bien entendue, la question de la pratique de l'extorsion d'aveux par la torture est un problème structurel, pas seulement un problème législatif. Pour de nombreux pénalistes chinois, l'usage fréquent de la torture s'explique notamment par le fait que les prévenus ne disposent pas du droit à garder le silence, que la coopération du suspect dans la procédure d'enquête demeure un principe établi et, enfin, que les aveux constituent toujours un élément déterminant dans la reconnaissance de la culpabilité des accusés. C'est ce que le professeur Chen Guangzhong appelle la « culture de l'aveu ». Stéphanie Balme, *Chine, les visages de la justice ordinaire*, Presses de Sciences Po 2016, p.231.

<sup>472</sup> Long Zongzhi (龙宗智), « Le critère de souffrance et les problèmes concernés pour l'exclusion des aveux illégaux » (“我国非法口供排除的痛苦规则及相关问题”), in *Forum politique et juridique* (《政法论坛》), 2013, n° 5, p. 16-24.

<sup>473</sup> Lang Sheng (郎胜), *L'interprétation de Loi de Procédure Pénale de République Populaire de Chine* (《中华人民共和国刑事诉讼法释义》), Presses de la loi (法律出版社) 2012, p. 118.

<sup>474</sup> Wan Yi (万毅), « L'interprétation et l'affirmation de la torture et l'extorsion des aveux » (“论刑讯逼供的解釋

pénalistes car elle correspond à la Convention des Nations-Unies contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants.<sup>475</sup> Troisièmement, « tout autre moyen illégal » peut désigner les menaces, pressions et tromperies prévues par l'article 50.<sup>476</sup>

**142. Les interprétations officielles.** Concernant l'article 54 de la LPP, les autorités judiciaires l'interprètent différemment. Grâce au tableau 1.1, on peut voir clairement les différentes positions de chaque autorité : l'autorité de Sécurité publique ne fait pas d'interprétation, mais copie seulement l'article 54 de la LPP ; la Cour suprême et le Parquet suprême prennent différentes modalités d'interprétation de la loi. Le Parquet suprême a été le premier organe à édicter son interprétation. Il a appliqué l'interprétation analogique. Il détaille « par la torture ainsi que par tout autre moyen illégal » en quatre situations distinctes : 1° les peines corporelles ; 2° les peines corporelles déguisées ; 3° les procédés qui occasionnent de la douleur ou des souffrances aiguës, physiques ou mentales, aux prévenus ; 4° les moyens qui ont le même niveau de violation de la loi et le même degré de contrainte des prévenus que la torture, les violences ou les menaces. Même si l'interprétation par analogie d'une loi pénale est en principe interdite, ce principe contient une exception lorsque le raisonnement par analogie est favorable aux intérêts de la personne poursuivie.<sup>477</sup> Les quatre situations précitées permettent de protéger la personne poursuivie contre les procédés illégaux des enquêteurs, il n'est donc pas problématique que le Parquet suprême l'interprète par analogie. Au contraire, la Cour suprême a appliqué une interprétation stricte, qu'elle décline en trois cas : les peines corporelles ; les peines corporelles déguisées ; les procédés qui entraînent de la douleur ou des souffrances aiguës, physiques ou mentales, aux prévenus.

**Tableau 1.1 : Les différentes interprétations de l'article 54 de L.P.P**

La LPP	« Les aveux des prévenus ou accusés recueillis par la torture ainsi que par tout moyen illégal, les témoignages et les déclarations des victimes recueillis par violences et menaces ainsi que par tout autre moyen illégal, doivent être exclus. » (art. 54)	amendement 14 mars 2012
Interprétation pour l'Application de la Loi de Procédure Pénale de la Cour suprême populaire	« La torture ainsi que par tout autre moyen illégal prévus par l'article 54 de la LPP implique les peines corporelles ou les peines corporelles déguisées, les procédés qui entraînent de la douleur ou Des souffrances aiguës, physiques ou mentales, aux prévenus et en même temps les forcent à avouer involontairement. » (art. 95)	promulguée le 20 décembre 2012
Règlementation de Procédure Pénale de la Part de Parquet Populaire	« La torture implique les peines corporelles ou les peines corporelles déguisées et les procédés qui occasionnent de la douleur ou des souffrances aiguës, physiques ou	amendement du 16 octobre 2012

与认定”), in *Science juridique moderne* (《现代法学》), 2011, n° 5, p. 174-183.

<sup>475</sup> La Chine a ratifié cette convention en octobre 1988.

<sup>476</sup> Dong Kaixing (董开星), L'exclusion des preuves illégales et les stratégies de l'interrogatoire (“非法证据排除与讯问策略”), in *Revue des sciences criminelles en Chine* (《中国刑事法杂志》), 2012, n° 10, p. 174-183.

<sup>477</sup> Jean-Christophe Saint-Pau, « L'interprétation des lois : Beccaria et la jurisprudence moderne », in *RSC* 2015, p.272.

	mentales, aux prévenus. Tout autre moyen illégal implique les moyens qui ont le même niveau de violation de la loi et le même degré de contrainte des prévenus que la torture, les violences ou les menaces. » (art. 65)	
Règlementations de la Procédure pour Traiter les Affaires Pénales de la Part de Ministère de la Sécurité Publique	« Les aveux des prévenus ou accusés recueillis par la torture ainsi que par tout autre moyen illégal, les témoignages et les déclarations des victimes recueillis par violences et menaces ainsi que par tout autre moyen illégal, doivent être exclus. » (art. 67)	promulguée le 13 décembre 2012

### 143. Les causes des différences de positions des auteurs d'interprétation.

Pourquoi ces trois autorités l'interprètent-elles différemment cet article ? La première divergence vient de la volonté de l'autorité d'interpréter, ou pas, l'article. Toute forme d'interprétation vise à préciser « les moyens illégaux ». Cette précision va inévitablement restreindre l'arbitraire de l'enquêteur, et affecter l'efficacité de la recherche des crimes. C'est pourquoi le Ministère de la Sécurité publique choisit de copier et de ne pas interpréter cet article. Il est apparemment fidèle au sens de la loi, mais il tient en fait compte de l'intérêt de la police. La seconde différence réside dans les modalités de l'interprétation : celle du Parquet suprême est plus précise que celle de la Cour suprême. En effet, au début (octobre 2012), les interprétations de ces deux autorités sont identiques ; mais la Cour suprême a promulgué son texte d'interprétation deux mois après le Parquet suprême. À l'époque, la Cour suprême a supprimé certains cas de cette interprétation, suite aux objections de l'autorité de la Sécurité publique. La cause de cette divergence consiste apparemment dans la date de la promulgation du texte de l'interprétation, mais réside réellement dans les intérêts de chaque autorité.

**144. Un revirement de la Cour suprême.** Avec l'explosion des erreurs judiciaires<sup>478</sup> en 2013, la Cour suprême a modifié son interprétation de l'article 54 de la LPP à travers un texte titré « Avis concernant la construction et le perfectionnement du système de l'empêchement des erreurs judiciaires ». Dans ce texte, la Cour suprême a repris l'interprétation analogique. Elle a tout d'abord expliqué que les moyens illégaux incluent tout acte par lequel le froid, la faim, des blessures par le soleil et des fatigues à cause de l'interrogatoire sont infligées à une personne poursuivie, et explicité que les aveux obtenus par les actes précités doivent être exclus. Ensuite, la Cour suprême n'a pas mentionné les actes entraînant de la douleur ou des souffrances aiguës et qui forcent les prévenus à avouer involontairement, car ces critères sont subjectifs et difficiles à apprécier. Autrement dit, la Cour préfère les critères plus objectifs. Enfin, la Cour suprême élargit formellement le sens des moyens illégaux. Désormais, sauf dans les cas urgents, les interrogatoires doivent, selon la loi, avoir lieu à l'endroit prévu par la loi (le centre de détention) et être enregistrées en audiovisuel

<sup>478</sup> En avril 2013, l'affaire de Zhang Hui et Zhang Gaoping en province de Zhe jiang ; le 3 mai, l'affaire de Wu Changlong en province de Fu jian ; le 25 juin, l'affaire de vol avec violences et homicide par cinq jeunes dans la province de Zhe jiang ; en juillet, l'affaire de Wang Shujin qui a un rapport étroit avec une erreur judiciaire notable dite l'affaire Nie Shubin a lancé à la révision.

selon la loi, sinon les aveux obtenus par ces interrogatoires sont exclus.<sup>479</sup> Selon ce texte, l'étendue des moyens illégaux est évidemment plus large qu'avant, ce qui immédiatement occasionné l'opposition du Parquet suprême et du Ministère de la Sécurité publique.<sup>480</sup> À notre avis, en l'absence de consensus de ces trois autorités, la définition des moyens illégaux va rester fluctuante.

**145. Les causes de la fluctuation de l'interprétation.** Comme l'écrit Herbert Hart, « *il existe de nombreuses distinctions importantes, entre différents types de situations ou de relations sociales, qui ne sont pas immédiatement évidentes et que l'on peut faire apparaître de la manière la plus éclairante en analysant les emplois courants des expressions qui s'y rapportent et la manière dont ceux-ci dépendent d'un contexte social, qui est lui-même souvent passé sous silence.* ».<sup>481</sup> Il est donc nécessaire de tourner notre regard vers les circonstances sociales afin de mieux comprendre les causes de la fluctuation de ces interprétations. Non seulement les intérêts des autorités influent sur ces interprétations, mais les explosions des erreurs judiciaires donnent des occasions pour les améliorer. Sans compter que l'environnement politique est en train de se transformer sous la pression de l'opinion publique. De plus, la structure des pouvoirs des trois autorités judiciaires est subtilement en cours de changement. Avant 2012, la police possédait un pouvoir tout-puissant, car le directeur du Ministère de la Sécurité publique cumulait les fonctions de secrétaire générale du comité permanent du Comité politico-légal du PCC. Ce dernier dirige directement des organes judiciaires, dans le cadre de sa mission politique et juridique. Dans le contexte du système du parti unique, comme le directeur de la police était aussi le dirigeant de l'organe du PCC, le rang du Ministère de la Sécurité publique (la police) est supérieur à celui du Parquet et de la Cour. C'est pourquoi le Parquet et la Cour ne peuvent pas contrôler effectivement les actes illégaux ou déloyaux de la police. Depuis 2012, sous la pression de l'opinion publique, l'Organisation du comité central exige que le secrétaire générale du Comité politico-légal ne puisse pas cumuler ses fonctions avec celles de directeur du Ministère de la Sécurité publique.<sup>482</sup> Autrement dit, les magistrats peuvent désormais occuper ce poste important du PCC. Par ailleurs, l'avancement de la réforme de la procédure autour des jugements a été proposé au XVIII<sup>e</sup> Congrès du PCC. Cette proposition montre l'importance du statut des tribunaux. Ainsi, le statut politique des magistrats va être promu. C'est un espoir de voir se réaliser vraiment l'indépendance de la justice.

---

<sup>479</sup> L'article 8 l'alinéa 2 d' « Avis concernant la construction et le perfectionnement du système de l'empêchement des erreurs judiciaires ».

<sup>480</sup> À l'époque, Zhu Xiaoqing, le procureur général de Parquet suprême, s'oppose clairement aux interprétations de la Cour suprême dans le nouveau texte, il appuie de retourner les interprétations originales. Le ministère de la Sécurité publique diffuse une annonce dite l'enquête sur l'application stricte des règles d'exclusion des preuves illégales, et récolte à l'intérieur des autorités de Sécurité publique les opinions sur le nouveau texte promulgué par la Cour suprême. Voir Zhu Xiaoqing (朱孝清), « Recherche de problèmes concernant l'application de loi de procédure pénale » (“刑事诉讼法实施中的若干问题研究”), in *Science juridique en Chine* (《中国法学》), 2014, n° 3, p. 258-259.

<sup>481</sup> Herbert Hart, *Le concept de droit*, traduit par Michel Van De Kerchove, Facultés universitaires Saint-Louis 1976, p. 10.

<sup>482</sup> Wu Hongqi (吴洪淇), « L'interprétation de preuves en propos : la structure d'intérêts et la controverse de termes » (“非法言词证据的解释：利益格局与语词之争”), in *Juriste* (《法学家》), 2016, n° 3, p. 67-79.

## 2. Les droits de la défense des personnes interrogées

**146. Le droit de ne pas s'auto-incriminer.** Le législateur a établi un principe relativement conforme à l'adage selon lequel « personne n'est tenu de s'incriminer » (*nemo tenetur se ipsum accusare*) en 2012. La version chinoise stipule à l'article 50 de la LPP que « nul ne peut être contraint de prouver sa culpabilité ». Grâce à cet article, on observe en Chine une fascination pour la culture judiciaire américaine, de même que pour la Constitution de 1787 et les principes de la procédure pénale dégagés par la Cour suprême américaine, dont l'« Avertissement Miranda », qui accorde aux individus le droit de garder le silence.<sup>483</sup> Cependant, est-ce qu'on peut en déduire que le droit de ne pas s'auto-incriminer est reconnu en Chine ? La réponse est négative, car la LPP stipule aussi à l'article 118 de la LPP que « lors de l'interrogatoire d'un suspect, ce dernier doit répondre de façon vraie aux questions posées par l'agent de police ; qui doit mentionner que la loi accorde sa clémence aux suspects ayant confessé leurs crimes de façon vraie (如实回答 *ru shi hui da*) ». Ainsi, dans la pratique, face à la force de la police, les suspects ont l'obligation de confesser des crimes. Il nous semble que les deux articles sont contradictoires. Mais cette question est débattue par les juristes et les hommes de loi.

Pour la plupart des juristes<sup>484</sup>, ces deux articles sont en conflit si on les interprète par téléologie. Le législateur a inséré « nul ne peut être contraint de prouver sa culpabilité » dans l'article 50 de la LPP en vue d'interdire la torture et l'extorsion des aveux. De plus, cette formulation est semblable à celle de l'article 14.3g du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDP)<sup>485</sup> : « toute personne accusée d'une infraction pénale a droit à la garantie de ne pas être forcée de témoigner contre elle-même ou de s'avouer coupable ». On peut en déduire que le législateur a aussi visé à préparer la ratification de PIDP. Ainsi, il faut respecter l'intention du législateur pour interpréter l'article 50, c'est-à-dire qu'il est conféré aux personnes poursuivies sont conférées le droit de se taire. Au contraire, selon l'article 118 de la LPP, le suspect « doit » répondre, ici le mot « doit » signifie un devoir ou une obligation. Le suspect ne peut donc pas garder le silence lors de l'interrogatoire de la police. C'est pourquoi les juristes considèrent que ces deux articles sont contradictoires. Nous partageons ce point de vue. Par contre, les hommes de loi ne sont pas d'accord avec ce point de vue. Ils ont trouvé que les deux articles sont en harmonie si on adopte une interprétation systémique.<sup>486</sup> Autrement dit, situé dans le chapitre V titré « les preuves », l'article

<sup>483</sup> Stéphanie Balme, *Chine, les visages de la justice ordinaire*, préc., p.233.

<sup>484</sup> Par exemple, Sun Yuan (孙远), « L'interprétation essentielle de disposition concernant le principe contre l'auto-incrimination » (“不强迫自证其罪条款之实质解释论纲”), in *Forum politique et juridique* (《政法论坛》), 2016, n° 2, p.59-69; Wan Yi (万毅), « Essai d'interprétation et l'application de disposition concernant le principe contre l'auto-incrimination » (论“不强迫自证其罪”条款的解释与适用”), in *Forum de science juridique* (《法学论坛》), 2012, n° 3, p.31-37.

<sup>485</sup> Le gouvernement chinois a signé cette Pacte en 5 octobre 1998, mais l'Assemblée Nationale Populaire ne l'a pas encore ratifié, car certaines dispositions des lois internes, incluant la Loi de Procédure Pénale sont contraires à celle de cette Pacte internationale.

<sup>486</sup> Wang Lina (王丽娜), « Lecture détaillée sur l'amendement de loi de procédure pénale : les autorités juridiques sont contre le droit du silence reconnus par la loi » (“详解刑诉法大修:公检法均反对沉默权入法”), in *Journal Jin Hua* (《京华时报》), 19 septembre 2011. Lang Sheng, le vice-directeur de la Commission des affaires législatives du Comité permanent de l'ANP, énonce le même point de vue. Il ne voit pas le paradoxe entre l'article 50 et l'article 118. Voir ses propos dans la conférence de presse du 8 mars 2012, <http://www.chinanews.com/fz/2012/03-08/3729170.shtml>, consultée 4 octobre 2016.

50 de la LPP vise à interdire d'obtention des aveux par la torture ou les moyens illégaux, mais non la reconnaissance du droit de se taire ; si les interrogatoires ne sont pas en violation de la loi, les suspects doivent y répondre la vérité ; dans le cas contraire, les suspects peuvent garder le silence. Selon eux, le but de l'article 50 porte sur la contrainte de procédés des enquêteurs mais non sur la reconnaissance des droits des personnes poursuivies. Il n'y a donc pas de conflit entre ces deux articles. Il nous semble que c'est une explication absurde, car comme le pile et la face, la contrainte du pouvoir de l'autorité conduit inévitablement à l'autorisation du droit individuel. Malgré son étrangeté, ce point de vue a été accepté par le législateur. Ce dernier a déclaré que le droit de ne pas s'auto-incriminer en Chine ne vise pas à créer un droit au silence favorable aux suspects, mais à s'assurer de la légalité ou loyauté des manières d'obtenir les preuves. C'est pourquoi « nul ne peut être contraint de prouver sa culpabilité » devient les lettres mortes et le droit de se taire n'est pas encore reconnu en Chine.

**147. Le droit à l'assistance d'un avocat.** Avant tout, il convient de rappeler l'évolution de la position d'un avocat au cours de l'enquête. Dans l'ancienne LPP 1996, le législateur n'a pas précisé le statut de l'avocat dans la phase d'enquête.<sup>487</sup> Ce dernier est considéré comme un conseil ou un assistant juridique, mais non pas comme un défenseur dans la pratique. Ainsi, il ne peut pas profiter des droits conférés au défenseur par la loi, comme par exemple, le droit de consulter le dossier, le droit de communiquer avec les suspects, le droit de visite des suspects et le droit d'investigation et de rassemblement des preuves. Dans ce cas, un avocat ne peut pas vraiment jouer de rôle dans la phase d'enquête. De nombreux pénalistes et avocats ont donc proposé de modifier la loi pour clarifier ce problème.<sup>488</sup> Sous leurs pressions, le législateur a répondu favorablement à travers l'amendement de la loi des avocats en 2008. Cette loi a été considérée comme un tournant de la réforme de la justice<sup>489</sup>, car le législateur a non seulement précisé qu'un avocat possède les droits d'un défenseur au début de l'enquête<sup>490</sup>, mais aussi étendu les droits des avocats. Pourtant

---

<sup>487</sup> La Loi de Procédure Pénale de 1996 stipule à l'article 96 que « les suspects, à partir du premier interrogatoire ou du jour de mise en état des mesures coercitives, peuvent choisir les avocats aux fins d'obtenir les conseils juridiques, ou l'assistance pour recours. Lorsque les suspects sont retenus en détention, les avocats qu'ils choisissent peuvent demander une libération sous caution. Si les affaires impliquent les secrets de l'état, les suspects doivent demander aux organes d'enquête pour autoriser le choix des avocats. Les avocats choisis peuvent demander aux organes d'enquête des renseignements sur l'accusation des leurs clients, visiter les suspects détenus et obtenir les informations concernant les affaires de la part des suspects. Lors les avocats visitent les suspects détenus, les organes d'enquête selon les cas et la nécessité, demandent aux enquêteurs d'être présents. Si les affaires impliquent les secrets de l'état, les avocats doivent demander aux organes d'enquête pour autoriser leur visite. » (Supprimée par la nouvelle loi) Toutefois, l'article 33 stipule que « les suspects, à compte du jour de transfert de l'affaires aux parquets pour les poursuivre, peuvent choisir leurs défenseurs. Selon cette article, pour choisir un défenseur, il faut attendre le jour de transférer les affaires aux parquet pour les poursuivie. Par conséquent, les avocats au cours d'enquête ne sont pas les défenseurs. Ils sont des conseils juridiques, des assistants juridiques ou des défenseurs au sens larges.

<sup>488</sup> Chen Guangzhong (陈光中), Wang Haiyan (汪海燕), « La recherche sur la défense d'un avocat au cours d'enquête » (“侦查阶段律师辩护问题研究”), in *Science juridique en Chine* (《中国法学》), 2010, n° 1, p.123-133.

<sup>489</sup> Li Weihua (黎伟华), « Les obstacles d'application de loi des avocats » (“新律师法实施的几道坎”), in *La démocratie et l'état de droit* (《民主与法制》), 2008, n° 11, p.17-20.

<sup>490</sup> Wang Shengming (王胜明), Zhao Dapeng (赵大鹏), *L'interprétation de loi des avocats de RPC* (《中华人民共和国律师法释义》), la presse de la loi (法律出版社) 2007.

la LPP n'a pas été amendée à cette époque. En ce qui concerne la position d'un avocat, il existait donc un conflit entre la LPP et la loi des avocats. Ce problème a été résolu en 2012, lorsque le législateur a modifié les articles de la LPP qui étaient contradictoires à la loi des avocats. Il est désormais clair qu'un avocat a un statut de défenseur au cours de l'enquête. Autrement dit, il a en principe les droits que la loi confère au défenseur.

Les droits d'un avocat au cours de l'enquête se divisent en quatre catégories : le droit de consulter le dossier, le droit de communiquer avec les suspects, le droit de visite des suspects et le droit d'investigation et de rassemblement des preuves. Cependant il ne peut pas mettre en œuvre tous ces droits dans la phase d'enquête. Pour le premier, un avocat n'a pas ce droit dans la phase d'enquête, car la LPP stipule à l'article 38 qu'un avocat peut consulter le dossier à compter du jour où les affaires sont transférées au parquet pour les poursuites. Pour le deuxième et le troisième droit, un avocat peut visiter les suspects détenus et s'entretenir avec eux au cours de l'enquête selon l'article 37 de la LPP. Mais dans la pratique, il doit auparavant demander une autorisation de la visite à l'enquêteur et ce dernier lui demande au préalable d'accomplir des formalités assez compliquées. Il n'est donc pas facile pour un avocat de visiter son client détenu. Afin de résoudre ce problème, le législateur a simplifié ces formalités dans l'amendement de la LPP en 2012. Désormais, sous réserve des cas exceptionnels prévus par la loi, les avocats détenant trois certificats (certificat d'aptitude à la profession d'avocat, attestation de cabinet d'avocat, lettre de commission ou lettre d'aide juridique) peuvent visiter les suspects détenus. Le responsable du centre de détention doit organiser immédiatement la visite, et le délai d'organisation ne doit pas dépasser 48 heures.<sup>491</sup> Pour le dernier droit, le législateur n'a pas précisé à l'article 41 de la LPP quand un avocat peut commencer à enquêter et rassembler des preuves. Ce sujet reste actuellement controversé.<sup>492</sup> Mais il est très rare qu'un avocat ait le courage de le faire face aux forces de police dans la pratique.

Par ailleurs, le législateur semble avoir délaissé un droit très important lors des interrogatoires des personnes détenues : la présence d'un avocat. Cela favoriserait le contrôle efficace des conduites des enquêteurs. Dans les lois étrangères, ce droit a été confirmé depuis longtemps. À titre d'exemple, aux États-Unis, il est établi par l'affaire *Miranda v. Arizona* ; en Angleterre, il est précisé dans la Loi sur la police et la preuve criminelle de 1984 (*Police and Criminal Evidence Act 1984*) ; en Italie, l'article 350 du Code de procédure pénale stipule que lors des interrogatoires des suspects par la police ou le parquet, il faut informer les avocats pour permettre leur présence pendant les interrogatoires. En cas d'absence des avocats, les aveux confessés par les suspects ne sont pas considérés comme des preuves dans toutes les phases ; en France, les personnes en garde à vue peuvent demander la présence d'un avocat pendant les confrontations ou les auditions. Il nous semble que c'est une lacune juridique. Nous proposons de combler ce vide juridique dès que possible. Mais il convient tout d'abord d'améliorer les autres systèmes pour le soutenir, par exemple avancer le moment de

---

<sup>491</sup> L'article 37 de L.P.P.

<sup>492</sup> Chen Guangzhong (陈光中), Wang Haiyan (汪海燕), « La recherche sur la défense d'un avocat au cours de l'enquête » (“侦查阶段律师辩护问题研究”), in *Science juridique en Chine* (《中国法学》), 2010, n° 1, p.123-133.

la désignation d'un avocat, informer les avocats de l'heure et du lieu des interrogatoires, renforcer l'aide juridique.<sup>493</sup>

## **B. La perquisition et la saisie**

**148. La situation législative.** La perquisition et la saisie servent à obtenir des preuves écrites, des preuves matérielles et des données électroniques. Attendu que ces mesures touchent les intérêts des personnes concernées - le domicile, la vie privée et la propriété, les conditions formelles et essentielles de leur mise en œuvre sont normalement prévues par la loi. Cependant, par rapport à l'interrogatoire, le législateur chinois n'a pas attaché suffisamment d'importance à la perquisition et à la saisie. Dans la première version de la LPP (1979), les dispositions sur ces deux mesures sont trop abstraites et peu précises.<sup>494</sup> Et le législateur n'a pas fait d'effort pour les améliorer dans les amendements de la LPP tant en 1996 qu'en 2012. Il convient de présenter les dispositions concernées et analyser leurs défauts à l'égard de la perquisition (1) ainsi que de la saisie (2).

### **1. La perquisition**

**149. Les dispositions sur la perquisition.** Dans la Loi de Procédure Pénale de 2012, le système de la perquisition est simplement prévu par cinq dispositions. Premièrement, selon l'article 134 consacrant l'objet de la perquisition, « afin de rassembler des preuves et de découvrir des criminels, lorsqu'une personne est soupçonnée de commettre une infraction ou de recéler un criminel et des preuves, les enquêteurs peuvent perquisitionner son corps, ses objets, son domicile et les autres lieux concernés ». Deuxièmement, la Loi de Procédure Pénale prévoit la coopération des citoyens dans l'article 135, selon lequel « les personnes morales et physiques, sur demande du parquet et de la police, doivent leur remettre les éléments des preuves indiquant la culpabilité ou l'innocence des suspects ». Troisièmement, concernant le mandat de perquisition, l'article 136 stipule que « les enquêteurs doivent présenter le mandat de perquisition à la personne perquisitionnée, sauf en cas d'urgence lors de la mise en œuvre de l'arrestation et de la garde à vue ». Quatrièmement, quant à l'exigence de l'exécution de la perquisition, l'article 137 stipule que « lors de l'exécution de la perquisition, la personne perquisitionnée ou ses proches doivent se présenter dans le lieu perquisitionné ; en cas d'absence, les enquêteurs peuvent désigner ses voisins ou d'autres personnes pour témoigner de la perquisition. Les enquêteurs féminins fouillent les femmes suspectes ». Cinquièmement, s'agissant du procès-verbal de la perquisition, l'article 138 stipule que « les enquêteurs doivent établir un procès-verbal indiquant le processus de la perquisition. Le procès-verbal est signé par les personnes prévues dans l'article 137 ; en cas de refus, il en est fait mention au procès-verbal ».

---

<sup>493</sup> *Ibid.*

<sup>494</sup> En Chine, à l'encontre de la détention et l'arrestation qui persistaient depuis l'antiquité, le système de la perquisition et la saisie a été emprunté aux occidentaux par le législateur de la fin de la dynastie Qing. En conséquence, il se développe lentement. Voir Liu Mei (刘玫), Zhang Jianying (张建英), « La recherche sur les conditions de la perquisition – étude comparée entre la Chine continentale et le Taiwan » (“我国大陆与台湾地区搜查要件之分析研究——比较法视野的考量”), in *Recherche de droit comparé* (《比较法研究》), 2006, n° 5, p.78-86.

**150. Les défauts du système de la perquisition.** En ce qui concerne la perquisition, il existe non seulement des vides juridiques, mais aussi un problème de qualité de la loi. Nous allons l'examiner sous trois aspects. Premièrement, concernant la personne qui l'autorise, on ne trouve pas de réponse claire dans la LPP. L'article 136 ne précise pas la personne qui dresse le mandat de la perquisition. Mais selon l'article 217 de réglementation de la part de l'autorité de Sécurité publique et l'article 220 de la réglementation de la part du parquet, après l'autorisation de responsables des organes d'enquêtes au niveau du district ou supérieur au district, les enquêteurs peuvent mettre en œuvre la perquisition.<sup>495</sup> Ainsi, il n'est pas nécessaire de demander une autorisation aux magistrats, si la police ou le parquet veulent effectuer une perquisition. Par ailleurs, lorsque les enquêteurs demandent une autorisation, que doivent-ils prouver et à quel niveau ? Le législateur et l'auteur de l'interprétation des lois ne répondent pas à ces questions. Elles sont appréciées par l'organe d'enquête lui-même. Cela augmente le risque d'abus de pouvoir d'enquête. Deuxièmement, s'agissant de la condition essentielle, le législateur la stipule au début de l'article 134 : « afin de rassembler des preuves et découvrir des criminels ». Mais cette énonciation assez floue ne sert presque à rien, car toutes les mesures d'enquête visent à rassembler des preuves et découvrir des criminels.<sup>496</sup> Troisièmement, à propos des objets susceptibles d'être perquisitionnés, l'article 134 prévoit « les corps, les objets, le domicile et les autres lieux concernés ». Mais le législateur n'a pas encore précisé que le mandat de perquisition doit indiquer quels objets ou lieux peuvent être perquisitionnés. Ainsi, le champ d'application de la perquisition est en fait très étendu, et la perquisition va probablement faire l'objet d'abus de pouvoir de la part des enquêteurs.

## **2. La saisie**

**151. Les dispositions sur la saisie.** De même, le système de la saisie est prévu par cinq dispositions de la Loi de Procédure Pénale de 2012. La première disposition est l'article 139 consacrant le champ d'application de la saisie : « les enquêteurs peuvent procéder à la saisie d'objets ou de documents utiles à la manifestation de la culpabilité ou de l'innocence des suspects au cours de l'enquête. Les objets ou les documents précités doivent être conservés et scellés de bonne façon. Ils ne doivent pas être utilisés, échangés ou détruits ». La deuxième disposition concerne l'inventaire de tous les objets et documents saisis. Selon l'article 140 de la LPP, « tous les objets ou documents saisis sont inventoriés et placés sous scellés en présence des témoins et des propriétaires des objets ou des titulaires des documents. Les enquêteurs dressent

---

<sup>495</sup> Les objets de la perquisition incluent les preuves écrites, les preuves matérielles et les preuves électroniques. Avec l'avancement de la technique informatique, les données électroniques sont devenues les objets importants de la perquisition et la saisie. Différemment avec les preuves traditionnelles, le mémoire de support des données électroniques est grand, donc elles impliquent largement la vie privée. Il est nécessaire de contrôler la perquisition de ces nouveaux objets, mais les discussions restent encore en théorie en Chine. Voir Chen Yongsheng (陈永生), « La normalisation de la perquisition et la saisie de données électroniques » (“电子数据搜查、扣押的法律规制”), in *Science juridique moderne* (《现代法学》), 2014, n° 5, p.111-127.

<sup>496</sup> Les critiques en doctrine sont nombreuses. Voir Xu Lei (徐磊), « L'observation théorique de la perquisition en Chine sous l'angle de droit comparé » (“比较法视野下我国搜查措施之理论反思”), in *Revue de Université de nord-ouest* (《西北大学学报》), 2014, n° 1, p.75-84 ; Chen Yongsheng (陈永生), « La normalisation de la perquisition et la saisie de données électroniques » (“电子数据搜查、扣押的法律规制”), préc., p.111-127.

sur place un inventaire en deux exemplaires, signés par les personnes mentionnées dans le présent article. Un exemplaire est mis à disposition des propriétaires des objets ou des titulaires des documents, l'autre est conservé dans le dossier ». La troisième disposition porte sur les courriers (incluant les courriers électroniques) et les télégrammes. La LPP stipule à l'article 141 qu'« en cas de nécessité, les enquêteurs, sous l'autorisation de l'officier de police ou du parquet, peuvent demander aux agents des télécommunications de leur transmettre les courriers et les télégrammes concernés ». La quatrième disposition concerne les biens bloqués. Conformément à l'article 142 de la LPP, « les enquêteurs, selon la nécessité de la manifestation de la vérité, peuvent consulter ou bloquer des biens (épargnes, mandats, créances, actions, fonds, etc.) des suspects. Les agents concernés doivent coopérer avec les enquêteurs. Les biens ci-dessous ne peuvent pas être bloqués à nouveau, s'ils ont déjà été bloqués auparavant ». La dernière disposition est l'article 143 stipulant la restitution des biens et des documents saisis : « en ce qui concerne les objets, les documents, les courriers, les télégrammes ou les biens saisis, lorsque les enquêteurs constatent qu'ils sont étrangers à l'affaire, ils doivent être restitués sous 3 jours ouvrables ».

**152. Les défauts du système de la saisie.** Après avoir vu les dispositions précédentes, nous constatons qu'aucun article ne stipule que la saisie doit être réalisée sous contrôle judiciaire. C'est-à-dire que l'autorisation des magistrats n'est pas nécessaire pour procéder à la saisie. Mais cela signifie-t-il que les enquêteurs peuvent exécuter la saisie sans aucune autorisation ? La réponse est négative. En fait, si le procureur exécute sa fonction d'enquêteur, il doit demander l'autorisation au procureur général avant la mise en œuvre de la saisie<sup>497</sup> ; si la police enquête sur une affaire, elle doit demander l'autorisation à son responsable<sup>498</sup>. Ce cas est semblable à celui de la perquisition. Or, c'est un défaut commun à la plupart des mesures d'enquête. D'ailleurs, selon l'article 139 de la LPP, la seule condition à la mise en œuvre de la saisie porte sur la qualité des objets ou documents saisis : ils doivent être « utiles à la manifestation de la culpabilité ou de l'innocence des suspects ». Le champ d'application de la saisie est donc très large, puisque la loi ne précise pas les moyens de preuve et les critères d'appréciation de la qualité d'un objet ou d'un document. Dans la pratique judiciaire, le responsable des organes d'enquête a une large marge de manœuvre et les enquêteurs peuvent ainsi saisir presque tous les objets ou documents concernant l'affaire. Il est évident que le pouvoir de l'enquêteur n'est pas suffisamment encadré au cours de la saisie. De plus, le droit de la défense à l'égard de la personne saisie est assez faible. Le propriétaire d'un objet ou le titulaire d'un document ne peuvent pas refuser une saisie, car les enquêteurs peuvent l'exécuter de force<sup>499</sup>. En d'autres termes, la personne intéressée n'a pas d'autre choix que de coopérer avec les agents judiciaires. C'est le même cas pour les agents de télécommunication et les agents bancaires face aux saisies prévus dans les articles 141 et 142 de la LPP.

---

<sup>497</sup> L'article 231 de Règlementation de Procédure Pénale de la Part de Parquet Populaire.

<sup>498</sup> L'article 253 de Règlementation de Procédure pour Traiter les Affaires Pénales de la Part de l'Autorité de la Sécurité Publique.

<sup>499</sup> L'article 234 de Règlementation de Procédure Pénale de la Part de Parquet Populaire, et l'article 222 de Règlementation de Procédure pour Traiter les Affaires Pénales de la Part de l'Autorité de la Sécurité Publique.

**153. La perquisition et la saisie numérique.** Du reste, il convient d'étudier plus précisément la perquisition et la saisie numérique. Avec le développement des techniques informatiques et leurs applications universelles dans la vie quotidienne, de nombreuses affaires impliquent des données numériques stockées dans des ordinateurs, des téléphones portables, des disques, etc. Ces données numériques peuvent être des preuves très importantes dans certaines affaires. Dans ce contexte, les organes judiciaires ont édifié des textes sur la perquisition, la saisie, la censure et l'expertise des données numériques. Par exemple, en 2005, l'autorité de la Sécurité Publique a promulgué « les règles sur l'analyse des ordinateurs et la vérification des preuves numériques » et « les règles sur l'expertise des données numériques » ; en 2009, la Parquet suprême a édifié « les règles sur la procédure d'expertise des preuves numériques ». Dans l'amendement de la LPP en 2012, le législateur a inséré la preuve numérique dans l'article 48 stipulant la définition et les catégories de la preuve. La preuve numérique est donc désormais un moyen de preuve prévue dans la LPP. En outre, l'autorité de la Sécurité publique et le Parquet suprême précisent dans leurs réglementations que les courriers perquisitionnés ou saisis se distinguent en courriers papier et en courriers électroniques<sup>500</sup>. Et dans les articles 93 et 94 de l'Interprétation sur l'Application de la Loi de Procédure Pénale, la Cour suprême précise les modalités d'appréciation des preuves numériques. Tous les textes et dispositions précités visent à consacrer particulièrement les preuves numériques, puisque leurs particularités propres sont différentes de celles des preuves traditionnelles : le foisonnement, l'altérabilité et la traçabilité. Ainsi, il est très important de créer des règles spécifiques pour garantir leur objectivité et leur authenticité. À titre d'exemple, selon l'article 30 des règles sur l'analyse des ordinateurs et la vérification des preuves numériques, « hors cas exceptionnels, les enquêteurs ne peuvent pas vérifier les supports originaux de stockage des données ; ils doivent les copier sur d'autres supports, puis analyser ou vérifier les données copiées ». De même, conformément à l'article 15 des règles sur la procédure d'expertise des preuves numériques, « après avoir copié les preuves numériques sur d'autres supports, l'expert peut en faire l'expertise ». Néanmoins, en 2012, le législateur n'a pas attaché d'importance à l'amélioration du système de la perquisition et de la saisie, et a fortiori de la perquisition et de la saisie numérique. En fait, selon la loi de la procédure pénale, il y a peu de différence entre la perquisition ou la saisie de données traditionnelle ou numérique. Ainsi, il est logique que les enquêteurs se conforment aux dispositions sur la perquisition ou la saisie traditionnelle au cours des perquisitions ou la saisies des données numériques.

Cependant, la perquisition ou la saisie de données numérique se différencie de celle de données traditionnelle sur au moins deux aspects. En premier lieu, lorsque les enquêteurs procèdent à la perquisition ou à la saisie de données numérique, la vie privée des personnes faisant l'objet d'une perquisition ou d'une saisie risque fortement d'être empiétée. À la différence des objets, des documents ou des biens, les données numériques sont stockées dans un équipement électronique (incluant les

---

<sup>500</sup> L'article 227 de Règlementation de Procédure pour Traiter les Affaires Pénales de la Part de l'Autorité de la Sécurité Publique et l'article 238 de Règlementation de Procédure Pénale de la Part de Parquet Populaire.

ordinateurs, les téléphones portables, les disques, etc.). Dans la pratique judiciaire, les enquêteurs saisissent dans un premier temps l'équipement électronique, et puis recherchent et analysent les données stockées dans cet équipement électronique. Dans ce cas, les enquêteurs s'emparent également d'autres données privées, n'ayant pas de rapport avec l'affaire présente. Par exemple, lorsque les enquêteurs perquisitionnent un ordinateur appartenant à une personne soupçonnée de corruption, ils peuvent avoir accès non seulement aux données individuelles de ce suspect, mais aussi à celles des membres de sa famille. En raison de la progression de l'informatisation dans la vie quotidienne, nous avons l'habitude de stocker énormément de données personnelles dans nos ordinateurs individuels ou nos téléphones portables. La vie est ainsi devenue de plus en plus commode. Mais en même temps, les données privées sont de plus en plus aisément acquises et dévoilées. En second lieu, par rapport à la perquisition ou à la saisie de preuves traditionnelles, celle de données numériques coûte moins chère. Plus précisément, en cas de perquisition ou saisie de preuves traditionnelles, les enquêteurs, avec la force publique, doivent bloquer et contrôler le lieu concerné, et les personnes perquisitionnées ou leurs proches ou leurs voisins doivent se présenter pour en témoigner. Compte tenu des moyens humains nécessaires, il est, en pratique, difficile de mettre en œuvre la perquisition ou la saisie à plusieurs reprises, même si la loi ne le contrôle pas strictement. Au contraire, lors de la perquisition ou la saisie de données numérique, dès que les enquêteurs saisissent l'ordinateur ou le téléphone portable, ils peuvent perquisitionner et analyser les données stockées, si nécessaire, pendant plusieurs semaines, voire plusieurs mois. Dans ce cas, la vie privée de la personne faisant l'objet d'une perquisition ou d'une saisie risque probablement d'être atteinte. Ainsi, le contrôle judiciaire est nécessaire pour la perquisition ou la saisie de données numériques.

## § 2. Deux procédés scientifiques

**154. L'investigation technique et le prélèvement corporel.** En 2012, le législateur a inséré, dans l'amendement de la LPP, un nouveau procédé scientifique : l'investigation technique **(A)**. Cette dernière décrit un certain nombre de mesures concernant les techniques électroniques, par exemple, l'écoute téléphonique, la sonorisation et l'interception des méls. Étant donné que nous avons étudié le prélèvement corporel dans le droit français, nous allons également l'analyser en droit chinois **(B)**.

### A. L'investigation technique

**155. La mise en œuvre de l'investigation technique.** L'investigation technique est le terme général qui décrit un certain nombre de mesures concernant les techniques électroniques, par exemple, l'écoute téléphonique, la sonorisation et l'interception des méls. Étant une mesure portant atteinte aux droits privés, le législateur formule les conditions de sa mise en œuvre. En vertu de l'article 148 alinéa 1 de la LPP, « après la constitution du dossier, la police peut se mettre aux investigations techniques selon les formalités de l'autorisation stricte et pour la

recherche des crimes suivants : crime contre la sûreté de l'État, actes de terrorisme, actes commis en bande organisée, crime aggravé de trafic de stupéfiants, autres crimes portant gravement atteinte à l'ordre social. » Dans cette disposition, le législateur énumère des crimes en vue de préciser les cas d'application des investigations techniques, mais il ne parvient pas à ce but à cause de l'obscurité du dernier cas. Que signifie « l'ordre social » ? Comment apprécie-t-il si l'ordre social est atteint gravement ou pas ? Toutes ces questions méritent d'être précisées, sinon n'importe quel crime peut faire l'objet d'une investigation technique. Une interprétation édictée par l'autorité de sécurité publique (la police) fait apparemment une énumération plus détaillée, mais qui contient aussi de nombreux mots vagues dans celle-ci, par exemple « grave », « sérieux » etc.<sup>501</sup> Ainsi, cette interprétation ne permet pas d'encadrer le pouvoir de mise en œuvre des investigations techniques. De même, pour le parquet, la situation est similaire. Selon l'article 148 alinéa 2 de la LPP, « après la constitution du dossier, les parquets peuvent déclencher les investigations techniques et transmettre leur exécution aux autorités concernées, selon les formalités de l'autorisation stricte pour les crimes suivants : crime aggravé de corruption, crimes aggravés contre les personnes commis par les fonctionnaires. » Une interprétation édictée par le Parquet suprême a précisé que « lorsque le montant concerné est supérieur à 100 milles yuans (environ 14 000 euros) dans une affaire de corruption, elle peut être considérée comme un crime aggravé ». Il apparaît que cette précision donne une condition plus précise, mais dans la pratique elle ne sert à rien car le montant concerné est généralement supérieur à 100 milles yuans, voire même dix millions ou un milliard de yuans dans certains cas. Cette interprétation a donc été beaucoup critiquée par les juristes. Sous cette pression, le Parquet suprême a modifié ce montant à 500 milles yuans en novembre 2016. De plus, l'auteur de cette interprétation adjoint une autre condition pour la mise en œuvre des investigations techniques – « l'impossibilité de récolter des preuves par d'autres moyens ». Il confirme en effet un principe : les investigations techniques doivent être mises en œuvre en dernier recours.

**156. La procédure d'autorisation de l'investigation technique.** Dans l'article 148 de la LPP, le législateur a indiqué la condition procédurale de l'investigation technique, c'est-à-dire « sous les formalités de l'autorisation stricte », mais n'a pas précisé les détails de ces formalités. L'interprétation édictée par la police comble cette lacune. Selon l'article 256 des Règlements de la Procédure pour Traiter les Affaires Pénales de la Part de l'Autorité de Sécurité Publique, « afin de se mettre aux investigations techniques, un rapport de demande d'autorisation doit être rédigé et

---

<sup>501</sup> L'article 254 de Règlementation de Procédure pour Traiter les Affaires Pénales de la Part de l'Autorité de la Sécurité Publique stipule qu'« après la constitution du dossier, les autorités de la sécurité publique, selon la nécessité de la recherche des crimes suivants, peuvent se mettre aux investigations techniques : 1° crime contre la sûreté de l'État, crime des actes de terrorisme, crime des actes commis en bande organisée, crime aggravé de trafic de stupéfiants; 2° crime d'homicide volontaire, crime de blessure volontaire qui a entraîné pour autrui des blessures graves ou la mort, crime de viol, crime de vol avec violences, crime d'enlèvement, incendie volontaire, explosion, crime de lancement de substances dangereuses, et les autres crimes graves et violents; 3° crimes graves commis en collectivité, en série ou crime interrégional ; 4° les crimes graves commis par télécommunication, réseaux informatiques, voie d'envoi etc., et les crimes graves commis contre les réseaux informatiques ; 5° les autres crimes qui portent gravement atteinte à la société et la peine encourue conformément à la loi est égale ou supérieure à sept ans de réclusion criminelle. »

transféré au directeur du bureau de sécurité publique au niveau de la municipalité ou au niveau supérieur à municipalité, l'autorisation par le directeur est délivrée par écrit. » Il est évident que la procédure de l'autorisation est administrative car elle se passe à l'intérieur des autorités de la police. Quelle est alors la procédure si c'est le parquet qui veut utiliser les investigations techniques ? La procédure de l'autorisation n'est pas précisée ni dans la LPP ni dans les interprétations. Cependant dans la pratique, les parquets le font selon le titre du prévenu : si le titre est *Ke ji* (科级)<sup>502</sup> ou inférieur à *Ke ji*, il faut demander l'autorisation au responsable du Parquet provincial pour l'autoriser ; si le titre est *Chu ji* (处级)<sup>503</sup> ou supérieur à *Chu ji*, il faut la demander aux directeurs du Comité Provincial du Parti Communiste ou à l'autorité centrale. Ainsi, dans ce cas, la procédure d'autorisation est aussi administrative. Mais il faut souligner que le parquet n'a pas de pouvoir d'exécution. Autrement dit, après avoir mené la procédure d'autorisation à l'intérieur du parquet, il faut la transférer à la police pour être exécutée, et cette dernière doit faire une autre demande d'autorisation à l'intérieur des autorités de la police. Par conséquent, en ce qui concerne les affaires enquêtées par les parquets, deux procédures d'autorisation doivent être réalisées pour la mise en œuvre des investigations techniques. Néanmoins, ces deux procédures d'autorisation sont administratives. Cela renforce l'efficacité de l'enquête, mais au détriment de l'effectivité du contrôle des abus de ces mesures.

**157. Le délai de mise en œuvre des investigations techniques.** En vertu de l'article 149 de la LPP, « l'autorisation doit mentionner la ou les mesures qui sont utilisées par les enquêteurs et la ou les identités des personnes concernées par ces mesures ; cette autorisation doit fixer le délai de mise en œuvre de ces mesures, qui ne peut pas excéder trois mois, à compter du jour de la délivrance. Lorsque les investigations techniques ne sont plus nécessaires, il faut les arrêter immédiatement ; concernant les affaires complexes et difficiles, lorsqu'il est nécessaire de continuer les investigations techniques après l'expiration du délai de trois mois, l'opération peut être renouvelée dans les mêmes conditions. » Il existe aussi des termes vagues dans cet article, par exemple « les affaires complexes et difficiles », et les interprétations le sont également.<sup>504</sup> Ainsi, l'homme de loi peut l'expliquer arbitrairement : « le délai de mise en œuvre des investigations techniques est de trois mois au départ ; il peut être prolongé plusieurs fois selon la nécessité de l'enquête ; et il n'y a pas de contrainte d'un délai maximal ». Il n'est pas surprenant que l'homme de loi attache beaucoup d'importance à l'efficacité de l'enquête dans cette explication. Cependant, si ce délai maximal n'est pas fixé, les autorités de l'État vont interférer continuellement dans la vie privée des citoyens.

**158. L'administration de la preuve.** La loi de la procédure pénale de 2012 stipule à l'article 152 que « les éléments obtenus au moyen d'une investigation technique peuvent être utilisés comme des preuves dans la procédure pénale ». Pour

---

<sup>502</sup> *Ke ji* (科级) est un titre de fonctionnaire à l'échelon du en canton (乡) ou du bourg-canton (乡镇).

<sup>503</sup> *Chu ji* (处级) est un titre de fonctionnaire à l'échelon du district (县).

<sup>504</sup> L'article 265 de la LPP et l'article 263 de Règlementation de Procédure Pénale de la Part de Parquet Populaire et l'article 257 de Règlements de Procédures pour Traiter les Affaires Pénales de la Part de l'Autorité de la Sécurité Publique.

garantir l'application de l'article précité, le parquet ajoute des règles détaillées : l'acte d'autorisation de l'investigation technique doit être versée dans le dossier, afin que les avocats puissent le consulter, l'extraire et le copier<sup>505</sup> ; lorsque les enquêteurs rassemblent des preuves au moyen d'investigations techniques, ils doivent rédiger un acte indiquant l'heure et le lieu où ils trouvent les preuves, la quantité et la caractéristique de ces preuves ainsi que l'organe d'autorisation<sup>506</sup>. De même, l'organe de police précise également qu'« en cas de l'administration des preuves obtenues au moyen d'investigations techniques, il faut prendre des mesures destinées à empêcher la divulgation des identités des enquêteurs, des dispositifs techniques et de la stratégie d'enquête. Lorsque les agents judiciaires veulent utiliser les preuves obtenues au moyen d'investigations techniques, ils doivent rédiger un avis de communication des éléments recueillis par les investigations techniques et le déposer auprès de l'organe chargé d'exécuter ces investigations techniques. Ce dernier doit rédiger un rapport concernant les éléments recueillis par les investigations techniques, et le transmettre avec d'autres documents concernés aux agents judiciaires »<sup>507</sup>.

Avant 2012, l'investigation technique existe uniquement dans la pratique judiciaire. À l'époque, les éléments obtenus au moyen d'investigations techniques n'ont pas pu être utilisés comme preuves dans la procédure pénale en raison de sa lacune législative. Pour combler cette lacune, la LPP 2012 la mentionne expressément à l'article 152. Cependant, il convient de souligner que le législateur utilise le verbe « peuvent » dans l'article 152 de la LPP. C'est-à-dire que l'on ne peut pas utiliser comme preuve tous les éléments obtenus par une investigation technique. En fait, il convient de les utiliser en cas de nécessité, ou plus précisément, lorsqu'il n'y a pas d'autres preuves contribuant à la manifestation de la vérité. Cela peut être expliqué par deux aspects : d'une part, la fonction de l'investigation technique est de découvrir des pistes criminelles puis d'en dériver des preuves ; d'autre part, l'administration des preuves obtenues au moyen d'investigations techniques augmente la probabilité du dévoilement des mesures techniques, ce qui permet aux criminels de prendre connaissance de la stratégie d'enquête et d'en profiter pour contrer l'enquête. Dans ce dernier cas, la sécurité personnelle des enquêteurs peut être mise en danger. C'est la raison pour laquelle la LPP stipule à l'article 152 que « lorsque l'administration des preuves obtenues au moyen d'investigations techniques met en danger la sécurité personnelle des enquêteurs ou peut conduire à d'autres conséquences graves, il faut prendre des mesures protectrices afin d'empêcher de dévoiler les identités des enquêteurs et les moyens techniques employés. Le cas échéant, les juges examinent les preuves en dehors de l'audience ».

Malgré la confirmation du principe de l'administration de la preuve obtenue au moyen d'investigations techniques, la LPP ne précise pas les modalités de l'administration de cette preuve. Normalement, ces modalités concernent trois facettes. En premier lieu, sur le champ d'application des preuves, les éléments obtenus au moyen d'investigations techniques ne peuvent être utilisés comme

---

<sup>505</sup> L'article 265 de la LPP et l'article 263 de Règlementation de Procédure Pénale de la Part de Parquet Populaire.

<sup>506</sup> L'article 266 de la LPP et l'article 263 de Règlementation de Procédure Pénale de la Part de Parquet Populaire.

<sup>507</sup> L'article 278 de la Règlementation de la part de l'autorité de Sécurité publique.

preuves que dans l'affaire présente. En deuxième lieu, les preuves obtenues par investigation technique sont diverses et peuvent être, par exemple, des enregistrements audiovisuels, des photographies prises clandestinement, etc. En troisième lieu, concernant l'exclusion des preuves illégales, le procureur se charge de prouver la légalité des preuves au cours de l'audience. Mais comment peut-il prouver que les enquêteurs utilisent les mesures techniques de façon légale ? C'est certainement une difficulté, puisque ces mesures sont, dans la plupart de cas, dissimulées. D'ailleurs, bien que les enquêteurs puissent témoigner en audience, ou en dehors de l'audience en cas de besoin de garantie de la sécurité personnelle des enquêteurs, la loi ne précise pas les modalités de cette procédure de témoignage. Par exemple, lorsque les enquêteurs témoignent en dehors de l'audience, les procureurs et les avocats doivent-ils se présenter ?

**159. Les droits des personnes concernées.** La LPP stipule à l'article 150 que « lorsque les enquêteurs prennent connaissance des secrets d'État, de commerce ou de personne au cours de la mise en œuvre d'investigations techniques, ils doivent assurer leur confidentialité. Si les données obtenues par les mesures d'investigation technique n'ont aucun rapport avec l'affaire, ils doivent les détruire ». Le parquet détaille cet article à travers l'article 266 de la Règlementation : « lorsque les éléments de preuve obtenus par des mesures d'investigation technique concernent la sécurité personnelle, la vie privée, les secrets d'État, d'enquête et de commerce, il faut prendre des mesures protectrices pour éviter de révéler les identités personnelles, les mesures techniques, etc. Le cas échéant, le procureur peut proposer aux juges d'examiner ces éléments de preuve en dehors de l'audience ». À travers la précision de l'obligation de confidentialité et de destruction, ces dispositions contribuent à la protection de la vie privée et de la sécurité des personnes concernées. C'est une progression manifeste de la LPP de 2012. Mais les carences sont aussi évidentes : les modalités assorties, et les autres droits des personnes concernées (par exemple, le droit de savoir, le droit à l'objection et le droit à l'indemnisation).

Pour garantir la confidentialité des données, les modalités assorties consistent à sceller les enregistrements. Mais la loi ne l'a pas précisé. En fait, si toutes les données sont placées sous scellés fermés, c'est plus pratique pour protéger leur confidentialité et pour détruire les données inutiles. En outre, malgré la consécration de l'obligation de destruction des certaines données, il manque de la confirmation du contrôle de l'opération de la destruction. En fait, il est nécessaire d'attribuer ce pouvoir de contrôle au magistrat debout, puisque le parquet est l'organe judiciaire chargé du contrôle de la légalité selon la Constitution chinoise. Ainsi, espérons que le législateur comblera ces deux aspects au prochain cycle de réforme de la justice pénale.

Le droit de savoir est très important pour les personnes qui font l'objet de mesures techniques. Comme les mesures d'investigation technique sont employées clandestinement, si les enquêteurs n'en informent pas les personnes concernées, ces dernières ne peuvent pas en prendre connaissance, et par là faire protéger leurs droits par la loi. Cependant le droit de savoir est très faible en Chine, car la LPP ne précise pas la procédure d'information à l'égard des investigations techniques. Dans la pratique, les avocats ou défenseurs des personnes concernées peuvent les connaître

à travers la consultation du dossier.<sup>508</sup> Nous l'appelons l'information indirecte qui présente des désavantages par comparaison avec l'information directe. En premier lieu, le moment pour informer n'est pas certain. Plus précisément, comme la LPP ne stipule pas de délai d'enquête, le moment de l'achèvement de l'enquête n'est pas sûr ; c'est-à-dire qu'on ne peut pas déterminer quand le dossier sera transféré au parquet pour les poursuites ou quand les avocats pourront le consulter ; il n'est donc pas sûr quand les personnes concernées peuvent être informées. En deuxième lieu, il n'est pas certain que les personnes concernées seront informées. En vertu de l'interprétation de l'article 149 de la LPP, la prémisse de la consultation du dossier par les avocats est « si les documents rassemblés par l'investigation technique sont administrés comme preuves ». Dans cette logique, dans le cas contraire, les avocats ne peuvent pas consulter, extraire ou copier ces documents. Ainsi, dans cette situation, les personnes concernées ne peuvent pas en être informées par leurs avocats ou défenseurs. En troisième lieu, il est normal que les suspects ou les accusés soient informés des mesures d'investigation technique par leurs avocats ; mais pour les autres personnes concernées, le cas est différent. Dans la pratique, il est très rare que ces derniers reçoivent des informations. Enfin, les informations que les personnes concernées apprennent grâce à leurs avocats sont limitées, car le dossier que les avocats peuvent consulter consiste seulement en l'autorisation écrite de mise en œuvre des mesures d'investigation technique et les preuves rassemblées par ces dernières.<sup>509</sup>

Les droits de recours sont également très importants pour les personnes soumises aux mesures techniques. La Loi de Procédure Pénale n'a pas autorisé les personnes concernées à intenter une action civile, à solliciter une révision ou à réclamer une indemnisation. Mais si le comportement de l'enquêteur porte atteinte à la loi, voire constitue une infraction, les personnes concernées peuvent solliciter le parquet afin de poursuivre l'enquêteur au pénal. Nous pouvons en trouver le fondement juridique à l'article 565 de la Règlementation de la part du parquet : « les parquets peuvent contrôler et corriger le comportement illégal exercé au cours de l'enquête ». Enfin, le droit à l'indemnisation est nécessaire pour les personnes soumises aux mesures techniques. Lorsque les enquêteurs écoutent les conversations téléphoniques d'une personne, ils recueillent d'abondantes informations sur sa vie privée. La divulgation de ces informations constitue une atteinte à la vie privée. Dans la théorie du droit de procédure pénale, dans le cas précédent, la personne concernée aurait le droit de réclamer une indemnisation. Il convient de combler cette carence dans le prochain amendement de la Loi de Procédure Pénale.

**160. Les personnes pouvant faire l'objet d'investigations techniques.** La LPP ne stipule pas qui peut faire l'objet d'investigations techniques. La Règlementation de la part du Ministère de la Sécurité publique stipule à l'article 255 qu'il s'agit des suspects, des accusés et des personnes liées directement à l'activité criminelle. Mais

---

<sup>508</sup> Selon l'article 259 de la Règlementation de la part de l'autorité de Sécurité publique et l'article 256 de Règlementation de la part de Parquet, si les documents rassemblés par le moyen d'investigation technique sont admis comme les preuves, l'autorisation écrite d'opération d'investigation technique est versée dans le dossier, les avocats peuvent selon la loi les consulter, extraire ou copier.

<sup>509</sup> Wang Dong (王东), « Règlementation juridique de l'investigation technique » (“技术侦查的法律规制”), in Science juridique en Chine (《中国法学》), 2014, n° 5, p.273-283.

quel est le sens de cette dernière catégorie ? L'auteur de la réglementation ne l'a pas précisé. Dans la pratique, elles peuvent désigner toutes les personnes ayant une relation étroite avec les suspects ou accusés, par exemple, leurs époux, leurs parents proches, leurs amis, leurs collègues, voire leurs avocats et médecins. Ceci mène en effet à l'élargissement des personnes pouvant faire l'objet d'investigations techniques. Ainsi, cette mesure porte atteinte non seulement aux intérêts des suspects ou accusés, mais aussi à la vie privée d'autrui. Néanmoins, afin de protéger les secrets professionnels, les enquêteurs ne peuvent ni écouter ni intercepter les conversations techniques des avocats, des médecins ou des clercs. En effet, il existe une disposition destinée à la protection des secrets professionnels dans la Loi de Procédure Pénale, à l'article 37, qui prévoit que « lorsque les avocats visitent les suspects gardés à vue, les enquêteurs ne peuvent pas écouter leurs conversations ». Dans un certain sens, nous pouvons la considérer comme le rudiment de réglementation sur le secret professionnel.

**161. Conclusion sur l'investigation technique.** En 2012, le législateur a inséré pour la première fois des dispositions sur les mesures d'investigation technique dans la Loi de Procédure Pénale. Désormais, la Chine a commencé à encadrer dans sa législation ces mesures qui n'existaient jusque-là que dans la pratique judiciaire. Malgré ses carences, ces dispositions constituent un progrès de la réforme législative de la justice pénale. Après avoir analysé les dispositions sur les mesures d'investigation technique, nous concluons par deux caractéristiques. L'une est le monisme de l'objet : la manifestation de la vérité. Elle est manifestée par trois aspects. Premièrement, quant au champ d'application prévu par la loi, lorsque les autres mesures ne sont pas utiles pour enquêter sur les affaires graves et compliquées, les enquêteurs peuvent mettre en œuvre des mesures d'investigation technique. C'est-à-dire que les mesures d'investigation technique sont les derniers recours des enquêteurs. Cependant le parquet et la police élargissent ce champ d'application à travers leurs propres réglementations, afin de faciliter la manifestation de la vérité. Deuxièmement, dans la plupart des affaires, le pouvoir de l'autorisation n'est pas distinct de celui de l'exécution. Le pouvoir de l'exécution est concentré uniquement dans les mains de l'organe de la police. Le parquet et la police se partagent le pouvoir de l'autorisation, car les affaires concernant les corruptions sont enquêtées par les procureurs. En d'autres termes, sauf dans les affaires de corruptions, il n'y a pas de magistrat assumant l'autorisation et le contrôle des mesures d'investigation technique. Néanmoins, comme Lord Acton l'a écrit, « le pouvoir tend à corrompre, le pouvoir absolu corrompt absolument »<sup>510</sup>, nous n'escomptons pas que la police chinoise surpasse la faiblesse de l'humanité. Troisièmement, s'agissant des personnes pouvant faire l'objet d'investigations techniques, la loi a reconnu l'habitude de la pratique judiciaire, c'est-à-dire que toutes les personnes ayant un rapport avec l'affaire peuvent faire l'objet d'investigations techniques. Ainsi, l'enjeu n'est pas la personne, mais l'affaire. Ce que le législateur escompte, c'est l'achèvement de la manifestation de la vérité ou la résolution de l'affaire à travers les mesures

---

<sup>510</sup> John Emerich Edward Dalberg Acton, *Le pouvoir corrompt*, traduit par Michel Lemosse, Bibliothèque classique de la liberté, Les Belles Lettres, 2018.

d'investigation technique.

Une autre caractéristique consiste en l'insuffisance de la garantie des droits des personnes concernées par ces mesures. Pour la manifestation de la vérité, les mesures d'investigation technique peuvent être pratiquées par les enquêteurs sous certaines conditions, malgré le risque d'atteinte à la vie privée. Selon le principe de la proportionnalité, en cas de nécessité, les enquêteurs peuvent procéder à ces mesures. Comment peut-on apprécier « la nécessité » ? Le critère consiste à placer les mesures d'investigation technique en dernier recours. Plus précisément, lorsque les enquêteurs ne peuvent pas résoudre l'enquête à travers d'autres mesures. À l'inverse, si l'emploi de certaines autres mesures permet de manifester la vérité, l'utilisation des mesures d'investigation technique n'est pas nécessaire. Cependant, une fois leur nécessité reconnue, ne négligeons pas les conditions de leur mise en œuvre. Ces conditions permettent d'encadrer le pouvoir d'investigation technique et de protéger les droits des personnes concernées. Après les avoir analysés dans les paragraphes précédents, nous estimons qu'elles ne sont pas suffisantes pour garantir les droits des personnes concernées. D'un côté, le contrôle *a priori* (l'autorisation judiciaire) est absent dans le régime des mesures d'investigation technique. Cela conduit à l'emploi arbitraire de ces mesures. Dans ce cas, même si les conditions d'application de ces mesures sont strictes, elles demeurent les lettres mortes. D'un autre côté, il n'existe pas de régime de contrôle *a posteriori* de ces mesures dans la loi actuelle. Certains considèrent que l'effectivité du contrôle *a priori* est influencée par la clandestinité des investigations techniques. En ce sens, le contrôle *a posteriori* est indispensable pour combler cette carence. En résumé, quant à l'investigation technique, le législateur chinois laisse aux organes juridiques une large marge de manœuvre dans la façon de procéder.

## **B. Le prélèvement corporel**

**162. Dispositions concernant le prélèvement corporel.** Conformément à l'article 130 de la LPP, « afin de confirmer les traits des victimes ou suspects, la gravité de leurs blessures ou leur état physiologique, les enquêteurs peuvent procéder à des prélèvements destinés à obtenir des empreintes digitales ou des échantillons biologiques (sang ou l'urine). Si les suspects refusent de se soumettre à ce prélèvement, le cas échéant, les enquêteurs peuvent les contraindre à le faire. Lorsque les personnes soumises au prélèvement sont des femmes, il faut désigner des agents féminins ou des médecins pour procéder aux prélèvements ». Dans la Règlementation de la Procédure Pénale de la Part du Parquet Populaire, l'article 213 reproduit l'article précité, et l'article 214 ajoute qu'« au cours du prélèvement corporel, les enquêteurs ne peuvent pas employer de procédés portant atteinte aux droits de la vie et de la santé des personnes soumises au prélèvement, ou à leur droits de la personnalité et de la réputation. Les enquêteurs doivent se taire sur les informations privées concernant les personnes soumises au prélèvement. » La Règlementation de la Procédure pour Traiter les Affaires Pénales de la Part de du Ministère de la Sécurité Publique ajoute également dans l'article 212 un nouvel alinéa : « le procès-verbal du prélèvement doit être fait et signé par les personnes

procédant au prélèvement, les personnes soumises au prélèvement et les témoins. Lorsque les personnes soumises au prélèvement refusent de signer, les enquêteurs doivent le mentionner dans le procès-verbal ».

**163. Défauts du régime du prélèvement corporel.** Le prélèvement corporel est prévu par un seul article de la LPP. Dans cet article, le législateur précise la finalité du prélèvement corporel, son caractère coercitif et la protection spéciale à l'égard des femmes soumises au prélèvement corporel. La garantie des droits de la personne soumise au prélèvement corporel et l'exigence sur le procès-verbal sont prévues dans deux autres réglementations. Les dispositions précitées ne sont pas suffisantes pour contraindre le pouvoir des enquêteurs et également pour garantir les droits des personnes soumises au prélèvement corporel. Il existe au moins les défauts suivants sur le régime du prélèvement corporel. Premièrement, le champ d'application est très étendu, non seulement au niveau des personnes, mais aussi au niveau des infractions. S'agissant des personnes, ceux qui sont soumis au prélèvement corporel sont les suspects et les victimes. Le législateur ne distingue pas les suspects des victimes. Concernant les infractions, le législateur ne les mentionne pas du tout dans la LPP. C'est-à-dire que le prélèvement peut être réalisé dans toutes les affaires pénales. Deuxièmement, le législateur ne distingue pas le prélèvement externe du prélèvement interne. Puisque le prélèvement interne risque d'atteindre la santé de la personne, il faut le contrôler strictement. Troisièmement, le prélèvement corporel est une mesure coercitive. En d'autres termes, les enquêteurs peuvent procéder au prélèvement corporel sans le consentement des suspects ou victimes. Il est évident que le législateur chinois ne préfère pas d'offrir d'alternative à l'individu. Néanmoins, la loi ne précise pas la sanction encourue, lorsque les suspects ou les victimes refusent de se soumettre au prélèvement. Quatrièmement, le prélèvement corporel n'est pas sous le contrôle des magistrats. Les enquêteurs peuvent décider eux-mêmes de réaliser le prélèvement corporel. Cela augmente la probabilité d'abus de pouvoir de l'autorité.

## Conclusion du Chapitre II

**164. Création du régime de la sanction procédurale.** En ce qui concerne les procédés de recueil des preuves, nous avons souvent l'impression que la puissance des enquêteurs est trop forte en Chine. Malgré les restrictions prévues par la loi, en pratique, les enquêteurs recherchent librement voire arbitrairement les preuves pénales. Plusieurs raisons expliquent ce phénomène, notamment le manque de sanctions procédurales. L'établissement de la règle d'exclusion des preuves illégales en procédure pénale a pour objet de combler cette carence. Depuis les années quatre-vingt dix, pour introduire ce régime en droit pénal chinois, de nombreux juristes chinois ont entrepris l'étude systématique de la règle d'exclusion des preuves illégales. Cela a permis de préparer la base théorique de la création de ce régime. De plus, les circonstances internes et externes étaient favorables à l'introduction de ce nouveau régime en droit pénal chinois. Les circonstances internes incluent la réforme économique de 1978, la poursuite de l'État de droit, le renforcement des droits de l'homme dans la Constitution et la procédure pénale, les désirs des citoyens, l'influence de la dénonciation des erreurs judiciaires par les médias de masse visant à la prohibition de la torture et de l'extorsion des aveux. Les circonstances externes sont notamment la coopération internationale de la justice pénale et l'influence des conventions internationales. Par conséquent, l'étude théorique sur la règle d'exclusion des preuves illégales et le contexte interne et externe étaient les deux conditions nécessaires à l'introduction de ce nouveau régime en droit pénal chinois.

**165. Amélioration des règles concernant le recueil des preuves.** Lors de l'introduction de la règle d'exclusion des preuves illégales, le législateur a, en même temps, modifié certaines règles concernant le recueil des preuves. Le législateur a l'intention d'encadrer le pouvoir de l'enquêteur dans le processus de rassemblement des preuves. L'interrogatoire est particulièrement modifié afin de prohiber la torture, la menace, la tromperie et tout autre moyen illégal. L'investigation technique est un procédé sur lequel est légiféré pour la première fois. Par rapport à l'ancienne loi de procédure pénale, le législateur n'a pas beaucoup amendé les dispositions sur la perquisition ou la saisie et le prélèvement corporel dans la nouvelle loi de procédure pénale. Globalement, les règles concernant le recueil des preuves ont été quantitativement accrues et qualitativement améliorés. Mais nous ne négligeons pas leurs défauts : l'imprécision des mots et les lacunes de la loi. Au prochain cycle, la réforme législative peut les perfectionner et combler leurs lacunes.

**166. Recherche d'un équilibre.** Il est évident que le législateur chinois s'efforce d'encadrer la liberté de la preuve dans la recherche des preuves à travers la création des règles de la preuve. Certes, il constate que trop de liberté dans la recherche des preuves porte atteinte à l'équité de la procédure. Dans ce cas, les restrictions de la liberté sont nécessaires. De même, trop de restrictions nuisent à la justice pénale. En vérité, les imprécisions de la loi contribuent à relativement affaiblir la rigidité des restrictions. En outre, certains éléments politiques, culturelles et sociaux influencent l'application des règles de restriction. En ce sens, on peut constater que la Loi de Procédure Pénale chinoise poursuit sa recherche de l'équilibre entre l'intérêt

de la Société et celui de l'individu.

## Conclusion du Titre I

**167. Contraste entre l'apparence et la réalité.** Dans la phase de recueil des preuves, les juristes des deux pays s'efforcent d'encadrer la liberté de la preuve de la manière différente : en France, le développement de la légalité et de la loyauté de la preuve ; en Chine, l'amélioration des dispositions sur les mesures de recherche des preuves et l'introduction de la règle d'exclusion des preuves illégales. Il semble que, dans les deux pays, la liberté de la preuve dans la phase de recueil des preuves est encadrée par l'accroissement du nombre de normes juridiques. Mais comme nous l'avons déjà évoqué, ce dernier ne signifie pas le renforcement absolu de la restriction de la liberté de la preuve. En vérité, sous l'apparent renforcement des restrictions, il existe des éléments pouvant affaiblir la rigidité des règles juridiques : en France, les dérogations prévues par la loi et une grande marge manœuvre des magistrats ; en Chine, l'imprécision des termes juridiques et la défectibilité des dispositions concernant certaines mesures de recueil des preuves. Ainsi, pour les deux pays, nous avons l'impression que les juristes s'évertuent à encadrer la liberté de la preuve, mais que les conséquences de leurs efforts ne sont pas exactement celles prévues. En effet, afin de promouvoir l'encadrement de la liberté de la preuve dans la recherche des preuves, les juristes français et chinois doivent surmonter des obstacles et essayer d'équilibrer les divers intérêts en procédure pénale. Pour approfondir notre connaissance sur cette technique d'équilibre dans les deux pays, il est nécessaire de les analyses et comparer.



## Titre II. Les analyses comparées

**168. La méthode de la comparaison.** Dans le chapitre précédent, nous avons présenté les réformes de l'encadrement de la liberté de la preuve au cours du recueil des preuves en France et en Chine, afin de mieux connaître les objets de notre comparaison. Grâce à cette connaissance, nous pouvons commencer à comparer. Cette comparaison permet aussi d'approfondir notre connaissance des objets de comparaison. Le rapport entre la comparaison et la connaissance est donc très intéressant : « pour comparer, il faut connaître, et pour connaître, il faut comparer »<sup>511</sup>. L'exemple du jeu de cartes permet d'illustrer plus précisément le processus de la comparaison<sup>512</sup>. Nous devons tout d'abord choisir deux cartes («Q♠» et «7♦») comme deux objets comparables. Et ensuite, nous devons comprendre les valeurs (Q et 7) et les couleurs (pique et carreau) dans l'univers du jeu de cartes. Enfin, nous pouvons comparer ces deux objets. Au niveau horizontal, nous pouvons identifier la différence entre les valeurs ou les couleurs par un objet intermédiaire (Q♦ ou 7♠). Au plan stéréo, les liens ou les relations entre les cartes font aussi l'objet de la comparaison. Le deuxième pas s'achève dans le chapitre précédent. Ici, dans ce chapitre, nous allons essayer d'accomplir le dernier pas.

Lors de la comparaison des deux objets, nous nous accoutumons à dresser un inventaire concernant les dissemblances (**chapitre I**) et les ressemblances (**chapitre II**). Certains appellent cette méthode : « une manière de faire l'état des lieux ». Cette manière est facilement devenue l'objet de critiques, car elle aboutit seulement à une connaissance superficielle. À notre avis, l'état des lieux est indispensable à la comparaison, mais les chercheurs en droit comparé ne peuvent pas se contenter de faire un état des lieux. Compte tenu de l'importance de l'analyse entre le phénomène et les raisons dans le domaine scientifique, nous devons aussi mettre en lumière les raisons des dissemblances et des ressemblances. Le cas échéant, nous allons proposer des avis après avoir terminé les analyses.

---

<sup>511</sup> Izorche Marie-Laure, « Propositions méthodologiques pour la comparaison », in *Revue internationale de droit comparé*, vol. 53, n°2, avril-juin 2001. pp. 289-325.

<sup>512</sup> *Ibid.*



# Chapitre I. Les dissemblances

**169. Deux perspectives.** Quant à l'encadrement de la liberté de la preuve au cours du recueil des preuves dans les deux pays, on peut les comparer soit dans l'ensemble (**section I**), soit dans le détail (**section II**). Les résultats de la comparaison sous ces deux angles sont différents.

## Section I. Les dissemblances dans une perspective

### d'ensemble

**170. Deux points essentiels.** Dans l'ensemble, les deux pays retiennent différentes solutions (§ 1) pour encadrer la liberté dans la recherche des preuves pénales. Et ces solutions sont utilisées dans différents niveaux (§ 2).

### § 1. Les différentes solutions

**171. Deux angles.** Du point de vue de l'approche fonctionnelle du droit comparé, nous pouvons comparer les différentes solutions apportées par les systèmes étudiés<sup>513</sup>. Cette approche « orientée en fonction du problème » (problemorientiert)<sup>514</sup> conduit à donner à la finalité des règles juridiques une place prépondérante. Quant à l'encadrement de la liberté de la preuve au cours du recueil des preuves, les solutions sont différentes dans les deux pays : la légalité et la loyauté de la preuve en France ; la règle d'exclusion des preuves illégales en Chine. Nous avons présenté ces deux solutions dans le chapitre précédent. Ici, nous allons expliquer les raisons pour lesquelles les deux pays adoptent ces solutions. Nous allons différencier les raisons internes (**A**) des raisons externes (**B**).

### A. Les raisons internes

#### 1. La France

**172. Régime de la preuve libre.** La Révolution française est marquée par une double victoire de l'humanisme : la fin du régime des preuves légales en matière pénale et l'abolition de la torture. Depuis, le régime de la preuve libre est établi dans la théorie de la preuve en matière pénale. Grâce aux codes napoléoniens, ces nouveautés se répandent plus ou moins vite en Europe et au-delà au cours du XIX<sup>e</sup> siècle<sup>515</sup>. Sous le régime de la preuve libre, la liberté de la preuve est un principe fondamental, et ses restrictions sont exceptionnelles. Lors de l'observation d'un régime, on s'intéresse davantage à sa partie la plus attirante. Dans le cas du régime de la preuve libre, la « liberté » captive les observateurs étrangers. Donc, il n'est pas surprenant que les juristes chinois se soient mépris et qu'ils aient estimé qu'il n'existe

<sup>513</sup> Jaluzot Béatrice, « Méthodologie du droit comparé : bilan et prospective », in *Revue internationale de droit compare*, vol. 57, n°1, 2005. pp. 29-48.

<sup>514</sup> H. A. Schwarz-Liebermann Von Wahlendorf, *Droit comparé. Théorie générale et principes*, 1978, p. 185.

<sup>515</sup> Il est à noter que l'abandon de la torture fut effectif même en matière politique et dans les crises les plus graves. Ni la Terreur robespierriste ni les belligérants de 1914, dans les deux camps, n'en usèrent. Hors d'Europe, c'est en 1876 que le Japon a supprimé la torture et établi le régime de l'intime conviction. V. Jean-Philippe Lévy, « L'évolution de la preuve des origines à nos jours », préc., p. 60.

aucune restriction dans les procédés de recueil des preuves pénales et l'intime conviction. Pour dissiper ce malentendu, les comparatistes devront dévoiler la « liberté » et s'approcher du régime de la preuve libre, ou encore observer ses modalités d'application en France.

**173. Restrictions de la liberté de la preuve en matière pénale.** La légalité de la preuve est un principe juxtaposable à la liberté de la preuve. Elle demeure fondamentale dans la théorie de la preuve pénale en France. Ainsi, face au défi de l'encadrement des procédés de recueil des preuves pénales, la France peut trouver sa propre solution dans la légalité de la preuve, sans qu'il ne soit nécessaire d'adopter la solution chinoise : l'établissement d'une nouvelle règle. Au fur et à mesure que l'encadrement des procédés de recueil des preuves pénales est fortement questionné dans la pratique judiciaire, la notion de la loyauté dans la recherche des preuves pénales s'est développée dans la jurisprudence. La loyauté n'est pas une notion juridique autonome, mais une notion morale. Les sources de la notion de loyauté sont éparses dans la loi, la jurisprudence et la doctrine. La définition de la loyauté dans la recherche des preuves est donc un travail difficile. M. le professeur Pierre Bouzat a proposé la définition suivante : « La loyauté est une manière d'être de la recherche des preuves, conforme au respect des droits de l'individu et à la dignité de la justice »<sup>516</sup>. Malgré son imperfection, la notion de loyauté dans la recherche des preuves a été définie pour la première fois dans la doctrine. Certains juristes français ont ultérieurement proposé d'autres définitions. Dans la jurisprudence de ces dernières années, malgré son revirement, les juges français ont commencé à essayer de définir la notion de loyauté dans la recherche des preuves. Ainsi, la loyauté dans la recherche des preuves est devenue un sujet vivement débattu. La jurisprudence assouplit évidemment la rigidité de la loi écrite. Grâce à elle, lors de l'apparition de nouveaux problèmes dans la justice pénale, les français possèdent une institution flexible s'acclimatant aux nouvelles circonstances de la société. Plus précisément, la responsabilité pour trouver la solution à ces nouveaux problèmes est partagée entre le législateur et les magistrats. Par conséquent, pour encadrer les procédés de recueil des preuves pénales, les français ont besoin de la progression de la notion de la loyauté dans la recherche des preuves, mais non d'un nouveau régime.

## 2. La Chine

**174. Exigence de comblement des carences normatives.** En Chine, avant 2012, il n'y a pas eu de système spécial pour encadrer les procédés de recueil des preuves dans la loi de procédure pénale. Mais en fait, ce système est nécessaire pour tous les pays. Les législateurs chinois ont eu conscience de cette carence législative. Pour la combler, ils ont essayé de trouver une solution à travers la traduction et l'étude des codes ou des textes étrangers. Cette méthode est souvent utilisée par un pays en cours d'instauration de son propre régime de gouvernance par la loi. À titre d'exemple, au début de dix-neuvième siècle, alors que la France est sous le premier Empire, pour préparer la rédaction du Code civil, Napoléon Bonaparte a créé, à l'intérieur du Ministère de la justice, le « Bureau de la législation étrangère »<sup>517</sup>. Il est considéré

<sup>516</sup> Pierre Bouzat, « La loyauté dans la recherche des preuves », préc., p. 172.

<sup>517</sup> Thierry Rambaud, *Introduction au droit comparé. Les grandes traditions juridiques dans le monde*, PUF 2014,

comme le premier organisme français d'étude des législations étrangères et de droit comparé<sup>518</sup>. À l'époque, cet organisme a été chargé de traduire les codes civils étrangers afin d'améliorer le code civil de la France. En parallèle, malgré l'absence d'organisme similaire en Chine, l'État a en fait besoin de ce support intellectuel. De fait, de nombreux chercheurs et professeurs dans l'institut ou l'université sont chargés de la mission d'étudier des législations étrangères. Leurs travaux sont des références très importantes pour les législateurs. C'est la raison pour laquelle certains auteurs mettent en doute les rôles de certains juristes chinois. « Lorsqu'une étude du droit est destinée à donner un avis sur la réforme législative ou à promouvoir l'adoption d'une loi, ce que le chercheur a fait ne peut pas être qualifié comme des travaux de recherche scientifique. Leurs travaux sont similaires à ceux que les sénateurs engagent. Dans ce cas, il me semble que ces chercheurs ont abandonné leur rôle intellectuel, qui s'est transformé en activisme social et politique »<sup>519</sup>. Néanmoins, si l'on reconnaît l'indispensabilité de l'étude des législations étrangères, la question de la qualité de ces études est plus importante que celle de la personne qui les mène.

**175. Critiques de la qualité d'étude en droit comparé.** Les chercheurs chinois sont habitués à étudier les droits étrangers, car l'autorité chinoise s'inspire des expériences étrangères pour établir son propre système de loi contemporaine. Il n'est donc pas surprenant que de nombreux articles et livres de droit étranger ou comparé soient apparus dans les années quatre-vingt-dix. Cependant, la méthode empirique a été exaltée par une partie des juristes chinois pendant la dernière décennie. Depuis la promulgation de l'amendement de la Loi de Procédure Pénale en 2012, l'étude du droit positif est beaucoup mieux accueillie que celle du droit comparé ou étranger. Certains auteurs estiment même que l'étude du droit comparé en Chine est très superficielle, parce que les chercheurs entassent des données traduites dans leurs articles et livres<sup>520</sup>. Il apparaît que l'étude du droit comparé en Chine est en crise à cause de ces critiques et de l'indifférence des juristes. Mais nous pensons au contraire que c'est une bonne occasion pour les chercheurs comparatistes de réfléchir à leurs propres travaux ainsi que d'essayer d'approfondir leurs études et d'améliorer leur méthodologie.

**176. Prépondérance du système de la *common law* dans l'étude du droit comparé.** En fait, l'un des défauts de l'étude du droit comparé est très évident : la prépondérance du droit anglo-saxon. Plus précisément, dans le domaine de la procédure pénale, pour presque chaque sujet, nous pouvons trouver des articles ou des livres étudiant son application dans le droit anglais ou le droit des États-Unis. L'encadrement des procédés de recueil des preuves en est un exemple typique. Les juristes chinois en connaissent très bien son état en Angleterre et aux États-Unis. Mais ils n'ont que peu de savoir sur sa situation en Europe continentale. Ce déséquilibre de la connaissance est causé par deux éléments. D'une part, c'est certainement l'obstacle

---

p.12.

<sup>518</sup> Grunebaum-Ballin Paul, « Comment Bonaparte, Premier Consul, fonda le premier organisme français d'étude des législations étrangères et du droit comparé », in *Revue internationale de droit comparé*. Vol. 5 N°2, Avril-juin 1953. p. 267-273.

<sup>519</sup> Chen Ruihua (陈瑞华), *Les méthodes des études du droit* (《论法学研究方法》), Presse de la loi (法律出版社), 2017, p. 59.

<sup>520</sup> Wang Chao (王超), *L'utopie de la règle d'exclusion des preuves illégales* (《排除非法证据的乌托邦》), Presse de la loi (法律出版社), 2014, p. 10.

de la langue. Tous les élèves chinois doivent apprendre l'anglais à l'école. Les chercheurs chinois ont normalement un très bon niveau d'anglais. Ils peuvent lire en anglais et se rendre dans les pays anglo-saxons pour étudier le sujet étudié. Au contraire, peu de juristes chinois comprennent les langues d'Europe continentale. Par conséquent, le pouvoir de la parole est dominé par les juristes qui travaillent en anglais. D'autre part, les premières impressions des juristes chinois concernant le système de la preuve dans la *common law* et dans le droit romano-germanique conduisent à des préjugés. Dans la *common law*, le système de la preuve est marqué par les *exclusionary rules*, et dans le droit romano-germanique, l'intime conviction est très célèbre. Cela donne l'impression que la règle de la preuve de la *common law* est plus stricte que celle du droit romano-germanique. Certains auteurs chinois doutent même de l'existence de règles encadrant la légalité des procédés de recueil des preuves en droit romano-germanique<sup>521</sup>. Ces sont les raisons pour lesquelles le législateur chinois a introduit les *exclusionary rules* dans la Loi de Procédure Pénale. En bref, en raison du manque de connaissance sur le système de la preuve du droit romano-germanique, le législateur chinois ne peut se référer qu'aux *exclusionary rules* de la *common law*.

Néanmoins, les juristes chinois ont conscience de la différence de la structure entre la procédure pénale en Chine et la *common law*. Lors de l'introduction des *exclusionary rules* de la *common law*, ils les transformèrent afin de les adapter à la structure de leur propre procédure pénale. Quant aux points remaniés, certains auteurs les appellent « nos innovations »<sup>522</sup>. Par exemple, les *exclusionary rules* sont applicables seulement au cours de l'audience aux États-Unis ou en Angleterre, alors qu'elles peuvent être utilisées dans toutes les phases de la procédure pénale en Chine. Mais si les juristes chinois approfondissent leurs connaissances du système de la preuve pénale du droit romano-germanique, ils vont trouver que ces dites « innovations » existent également en France. Cette ressemblance peut être expliquée tout simplement par les structures similaires de nos procédures pénales. Ici, il existe un phénomène illogique : pour s'inspirer des expériences étrangères, la Chine qui possède une tradition du droit romano-germanique préfère observer les pays avec une tradition diamétralement opposée et transplanter leur système de la preuve. C'est l'une des raisons pour laquelle ce système ne peut pas très bien être appliqué dans la pratique en Chine.

**177. Diminution de la fascination pour le système de la *common law* dans ces dernières années.** Face à l'effet anodin de l'application de la règle d'exclusion des preuves illégales, les juristes chinois ont commencé à réfléchir sur sa compatibilité avec le système de la justice pénale chinoise. C'est une très bonne occasion d'nuancer leur fascination pour le système de preuve de la *common law*. Dans ce cas, la plupart des juristes chinois appellent à tenir compte des problèmes vernaculaires. Certains d'entre eux ont même du mépris pour le droit comparé. Nous pensons que c'est une

---

<sup>521</sup> Lin Yuxiong (林钰雄), *La preuve stricte et les preuves pénales* (严格证明与刑事证据), Presse de la loi (法律出版社), 2008.

<sup>522</sup> Yang Yuguan (杨宇冠), *Étude sur l'application de la règle d'exclusion des preuves illégales en Chine* (非法证据排除规则在中国的 implementation 问题研究), Presse du Jian Cha de la Chine (中国检察出版社), 2015.

réaction extrême. Plus raisonnablement, nous attachons de l'importance à nos problèmes propres, et en même temps, nous améliorons nos études de droit comparé. Pour ce premier point, la recherche empirique est nécessaire. Ces dernières années, de nombreux chercheurs s'attachent à cette méthode de recherche, et leurs articles sont très bien accueillis par les éditeurs de revues de sciences juridiques. Il existe des recherches empiriques portant sur presque chaque sujet de la procédure pénale. Pour le dernier point, les chercheurs comparatistes doivent approfondir leurs connaissances du système de la preuve du droit romano-germanique, non seulement au niveau de la législation, mais aussi au niveau de la jurisprudence et de la doctrine. En fait, certains chercheurs ont déjà commencé à faire ces études. Par exemple, M. le professeur Lin Yuxiong a étudié le système de la preuve pénale en droit allemand<sup>523</sup>. Et certains juristes ont essayé de comprendre le système de la preuve du droit romano-germanique à travers la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme<sup>524</sup>. Grâce à leurs études, d'autres juristes chinois comprennent mieux le système de preuve dans les pays européens. Cependant, par rapport aux études de la *common law*, celles du droit romano-germanique sont peu nombreuses. Pour augmenter leur quantité ou qualité, il est nécessaire d'encourager les étudiants et les chercheurs en droit à apprendre une langue européenne et à faire leurs études en Europe. C'est aussi la raison pour laquelle nous faisons cette thèse sur le système de la preuve pénale en France et en Chine.

## B. Les raisons externes

**178. Hypothèse de l'américanisation du droit.** L'américanisation n'est pas une notion nouvelle. Elle est apparue au dix-neuvième siècle dans la pensée française<sup>525</sup>. Elle est largement employée au vingtième siècle pour décrire un changement économique, social et culturel à l'échelle du monde sous l'influence exercée par les États-Unis<sup>526</sup>. Force est de constater qu'en de multiples domaines, grâce à de puissants outils militaires, diplomatiques, politiques, économiques, technologiques, peut-être aussi juridiques, l'Amérique conserve tendance à l'hégémonie<sup>527</sup>. L'influence du droit américain paraît de plus en plus puissante dans le monde entier. Dans ce contexte, l'hypothèse de l'américanisation du droit est donc proposée. Du point de vue de M. Cedras, « l'américanisation est aussi bien influence exercée qu'influence reçue ; l'exercice de l'influence du droit américain est indéniable,

<sup>523</sup> Lin Yuxiong (林钰雄), *Des mesures intervenantes et les preuves pénales* (干预处分与刑事证据), Presse de l'Université de Pékin (北京大学出版社), p. 169-227.

<sup>524</sup> Sun Changyong (孙长永) et Min Zhaohua (闫召华), « La règle d'exclusion des preuves illégales au niveau de la Cour EDH » (« 欧洲人权法院视野中的非法证据排除制度 »), préc.

<sup>525</sup> Par exemple, Baudelaire parlait de « l'américanisation par la mécanique » : le pénaliste doit-il jubiler, y voir une allusion au traitement standardisé du contentieux de masse, voir Charles Baudelaire, *Mon cœur mis à nu* (1864) ; Ernest Renan constatait que « le monde marche vers une sorte d'américanisme », voir Ernest Renan, *L'avenir de la science* (1848) ; André Siegfried annonçait « un monde qui s'américanise » : le pénaliste doit-il en déduire que ces auteurs prophétisaient la marche du procès pénal français, à l'origine inquisitoire, vers l'accusatoire ? , voir André Siegfried, *Les États-Unis d'aujourd'hui*, Paris: Librairie Armand Colin, 1927.

<sup>526</sup> Richard Kuisel, « L'américanisation de la France (1945-1970) », *Les Cahiers du Centre de Recherches Historiques*, consulté le 25 mai 2018. URL : <https://journals.openedition.org/ccrh/2889>.

<sup>527</sup> Jean-Claude Magendie, « L'américanisation du droit ou la création d'un mythe », in François Terré (dir.), *L'américanisation du droit*, Dalloz, 2001, p.13.

alors que la réception de cette influence reste très contestable en droit positif »<sup>528</sup>. M. Magendie, président du Tribunal de Grande Instance de Paris, admet que l'influence américaine a imprégné le droit français, mais l'américanisation reste davantage dans la manière de penser la justice que dans l'institution judiciaire<sup>529</sup>. Ainsi, il pense que « l'américanisation du droit est la création d'un mythe »<sup>530</sup>. De même, quant à la mondialisation du droit américain, M. le professeur Gao précise qu'il la traite du côté de la propagation du droit américain dans le monde entier, laissant de côté de sa réception et son application dans les pays influencés<sup>531</sup>. L'hypothèse de l'américanisation du droit n'est donc pas vérifiée.

**179. Forte influence de la *common law*.** Quoi qu'il en soit, l'influence du droit américain est incontestablement puissante. Elle concerne un nombre croissant de disciplines. Elle s'attaque aux fondements du système juridique des autres pays ; les expressions du droit américain influent même sur la terminologie employée dans plusieurs branches du droit. Ici, le concept de « droit américain » n'est pas exact. En fait, c'est le système de la *common law* qui influe beaucoup sur les pays sans tradition du droit anglo-saxon. Dans ce système, l'Angleterre est la matrice, le droit américain n'en est qu'une facette. Presque 70% des terres civilisées sont soumises au droit de la *common law* en matière pénale<sup>532</sup>. Par exemple, les pays suivants se sont convertis à l'accusatoire : le Japon en 1945, l'Italie en 1989, la Pologne en 1990, le Venezuela en 1998. Pour les pays de l'Est passés à l'Ouest il y a une vingtaine d'années, ils avaient vécu sous un régime de droit socialiste empruntant et détournant les concepts pénaux romano-germaniques ; lors de leur libération, ils étaient en quête de modèles et, tant par l'incapacité de l'Europe continentale de leur en proposer un que grâce à une logistique supérieure des Américains (bourses, stages, universités judiciaires sur place et clé en mains), ils ont choisi la *common law*<sup>533</sup>. L'influence soutenue par la logistique est également impressionnante pour de nombreux juristes chinois et français. Avec une grande hospitalité généreuse et chaleureuse, les américains leur fournissent l'occasion de visites académiques, de formation continue des magistrats et des policiers étrangers aux États-Unis, de bourses d'études, de recherches, de séjour. Cette hospitalité permet la diffusion de toutes les idées du droit pénal de la *common law* dans le public savant. D'ailleurs, le cinéma, la littérature policière et les romans judiciaires, les séries télévisées policières et judiciaires, tout cela installe dans l'inconscient collectif l'image exclusive et flatteuse du droit pénal américain de fond

---

<sup>528</sup> Jean Cedras, « L'hypothèse de l'américanisation du droit pénal français », in François Terré (dir.), *L'américanisation du droit*, préc., p.149-158.

<sup>529</sup> Jean-Claude Magendie, « L'américanisation du droit ou la création d'un mythe », in François Terré (dir.), *L'américanisation du droit*, préc., p.13-19.

<sup>530</sup> *Ibid.*

<sup>531</sup> Gao Hongjun (高鸿钧), « La mondialisation du droit américain : les exemples typiques et la réflexion de la théorie de loi » ( “美国法全球化：典型例证与法理反思” ), in *Science juridique en Chine* ( 《中国法学》 ), 2011, n° 1.

<sup>532</sup> Jean Cedras, « L'hypothèse de l'américanisation du droit pénal français », in François Terré (dir.), *L'américanisation du droit*, préc., p.153.

<sup>533</sup> Par exemple, voir les travaux de la conférence tenue à l'Institut supérieur international de sciences criminelles, Syracuse (Italie), en novembre et décembre 1991, « La protection des droits de l'homme dans l'administration de la justice pénale en Europe centrale et dans l'ex-URSS », *Revue internationale de Droit pénal/International Review of Penal Law*, vol. 63, n° 3-4 et 3-4 bis, 1992.

et de forme<sup>534</sup>. Ainsi le droit pénal américain devient-il peu à peu le seul point de comparaison, sinon la référence. L'influence américaine en matière pénale est certainement forte en matière pénale dans le monde entier. Il convient ici de la préciser au niveau de la procédure pénale en France **(1)** et en Chine **(2)**. Face à cette influence, leurs différentes attitudes décident des différentes solutions destinées à encadrer la liberté de la preuve au cours du recueil des preuves pénales.

## 1. La France

**180. Influence du droit pénal de la *common law* dans la pensée française.** Il serait difficile de nier que depuis la Seconde Guerre mondiale la pensée française du droit pénal et de la procédure pénale a été influencée par le droit de la *common law*, et surtout par le modèle américain. Dans la pensée sécuritaire, dès lors qu'un problème pénal se pose, c'est-à-dire le dysfonctionnement d'une institution pénale française sans solution française immédiate, les juristes français préfèrent consulter la solution américaine. C'est la raison pour laquelle l'on remarque l'importation de thèmes et de thèses sécuritaires américains dans le discours public français. Par exemple, en annexe du rapport confié par le Gouvernement à deux députés sur les « Réponse à la délinquance des mineurs »<sup>535</sup>, on peut lire une note du conseiller aux affaires sociales de l'ambassade de France à Washington, qui vante le couvre-feu imposé aux adolescents dans les grandes villes américaines. Il est vrai que la spécificité du traitement des mineurs délinquants est déjà érodée avec les retouches de l'ordonnance du 2 février 1945, auxquelles on peut ajouter une circulaire de la ministre de la justice de juillet 1998, recommandant peu ou prou la « tolérance zéro » pour les « incivilités »<sup>536</sup>. Pour un autre exemple plus général : le discours promeut la procédure accusatoire, qui serait moins oppressive pour les libertés individuelles que la procédure inquisitoire. Dans ce contexte, les juristes français ont débattu de la suppression du juge d'instruction. Certains sont opposés à la tendance vers la procédure accusatoire en raison de son double danger : une logique dangereuse et une greffe dangereuse. Concernant la première, « le système accusatoire accentue les différences sociales, culturelles et économiques en permettant au puissant de rémunérer d'excellents avocats, lesquels sont à même de faire des enquêtes poussées et pas forcément objectives, à même de proposer à la victime des transactions (*plea bargaining*) irrésistibles, à même d'éteindre l'accusation en offrant de payer de généreuses amendes »<sup>537</sup>. Concernant la dernière, « greffer sur l'un une institution tirée de l'autre, surtout quand on n'a de l'autre qu'une connaissance approximative, c'est certainement courir à l'échec »<sup>538</sup>.

Par ailleurs, la pensée pénale française tend lentement mais sûrement à dériver

---

<sup>534</sup> Jean Cedras, « L'hypothèse de l'américanisation du droit pénal français », in François Terré (dir.), *L'américanisation du droit*, préc., p.152.

<sup>535</sup> La Documentation française, Paris 1998, p.433.

<sup>536</sup> Voir le rapport de la Mission interministérielle sur la prévention et le traitement de la délinquance des mineurs remis au Premier ministre le 16 avril 1998, prônant en particulier le traitement en temps réel de la délinquance des mineurs.

<sup>537</sup> Jean Cedras, « L'hypothèse de l'américanisation du droit pénal français », in François Terré (dir.), *L'américanisation du droit*, préc., p.155.

<sup>538</sup> *Ibid.*

du formalisme vers le fonctionnalisme<sup>539</sup>. Aujourd'hui, les pénalistes français analysent de plus en plus les problèmes en termes pragmatiques, ce qui rappelle l'attitude américaine dominante. L'évolution particulièrement remarquable de la jurisprudence pénale illustre bien ce point. Les jugements pénaux ne se limitent pas simplement à résoudre des conflits concrets ou des problèmes individuels, ils sont devenus le point de mire du discours juridique, ils tracent la voie pour des évolutions futures et symbolisent diverses politiques, attitudes ou idées. Par exemple, la jurisprudence est la source du principe de la loyauté de la preuve pénale. Quoique le législateur français ne l'insère pas dans le code de procédure pénale, cela ne diminue pas son importance. Par rapport à la légalité de la preuve pénale, la loyauté de celle-ci est un sujet débattu plus vivant. Face à l'influence du système de la preuve de la *common law*, le discours concernant « l'unification du droit de la preuve » apparaît également en France. M. le professeur Vergès propose d'élaborer une théorie générale de la preuve en droit privé, même s'il a reconnu plusieurs obstacles pour ce travail<sup>540</sup>. Il a mentionné particulièrement que « nombre de concepts de la théorie de la preuve ne sont pas définis, mais utilisés par tous »<sup>541</sup>. Ainsi il déconstruit dans un premier temps la théorie générale de la preuve, pour isoler les pans qui la composent et tenter d'éclairer ses zones d'ombre, et puis reconstruire dans un second temps la théorie générale de la preuve, pour renouveler ou intégrer des concepts. Son livre intitulé « Droit de la preuve » présente le contenu de cette théorie générale de la preuve<sup>542</sup>.

#### **181. L'influence contestable du droit pénal de la *common law* en droit positif.**

Les changements de la pensée pénale française sous l'influence de la *common law* sont plus profonds qu'on ne le penserait à première vue, alors que cette influence sur le droit positif ne doit pas être surestimée. En fait, cette influence est contestable car nul ne saurait dire si les Français ont copié ou s'ils seraient venus par eux-mêmes à des solutions analogues. Prenons l'exemple du « contentieux de masse ». Les solutions envisageables pour traiter ce sujet ne sont pas innombrables. En effet, en France, il existe deux façons pour éviter un procès : soit la médiation, soit la composition pénale. La première correspond à la *diversion* américaine, et la seconde approximativement au *plea bargaining* américain. La composition pénale émousse le critère de distinction entre responsabilités civile et pénale, et dépénalise de fait, à l'initiative du parquet, qui ampute le processus pénal de la dimension symbolique du prononcé de la peine. Peut-on donc en déduire une influence américaine sur ce sujet ? On ne peut pas y répondre avec certitude.

Néanmoins, l'influence du droit pénal européen en droit positif français est incontestable. Nous l'avons déjà vu dans le chapitre précédent. À titre d'exemple, la transposition des directives européennes conduit à de nombreuses modifications législatives dans la procédure pénale en France : l'audition libre, la garde à vue, le droit à l'information, le droit d'accès au dossier. De même, la jurisprudence de la Cour

---

<sup>539</sup> Mathias Reimann, « Droit positif et culture juridique : l'américanisation du droit européen par réception », in François Terré (dir.), *L'américanisation du droit*, préc., p. 70.

<sup>540</sup> Étienne Vergès, « Éléments pour un renouvellement de la théorie de la preuve en droit privé », in Mélanges J.-H. Robert, Lexisnexis 2012, p. 853.

<sup>541</sup> *Ibid.*

<sup>542</sup> Étienne Vergès, Géraldine Vial, Olivier Leclerc, *Droit de la preuve*, préc.

européenne des droits de l'homme stimule l'amélioration de la qualité de la loi en France : la loi concernant les écoutes téléphoniques judiciaires, la géolocalisation, la captation d'images, etc. Ici, nous nous demandons si le droit pénal américain a un impact sur le droit pénal européen. Au niveau de la culture juridique, cet impact est profond, mais concernant le droit positif, il reste assez limité. Comme M. le professeur Reimann l'a écrit, « le droit administratif et pénal, les pouvoirs de police, les conventions collectives, le droit fiscal et la sécurité sociale n'ont strictement rien à voir avec les idées nord-américaines ; la grande majorité des régimes procéduraux européens (civil, pénal, administratif et constitutionnel) sont fort éloignées de leur équivalent outre-atlantique »<sup>543</sup>. Par conséquent, le droit pénal français est plutôt européenisé qu'américanisé. Ce fait correspond aux vœux de certains juristes français. Par exemple, le Professeur Mireille Delmas Marty appelle à une construction juridique européenne, pluraliste et évolutive : « l'objectif de ce droit pénal européen serait de mieux protéger les intérêts de l'Europe et de ses citoyens et, plus largement, de constituer une alternative à la menace d'une mondialisation hégémonique qui étendrait à la planète le système juridique de l'État économiquement le plus puissant »<sup>544</sup>.

## 2. La Chine

**182. Influence de la *common law* dans la pensée de la procédure pénale en Chine.** La *common law* pénètre certainement la procédure pénale chinoise. De prime d'abord, la pensée de la justice procédurale colorée par une culture de *common law* est acceptée par les juristes chinois, et même vantée par plusieurs savants chinois. Ce phénomène n'est pas surprenant, car les étudiants chinois lisent de nombreux livres de droit traduits de l'anglais en chinois, et il existe des chapitres introduisant au *common law* et au droit européen continental dans leurs manuels. La pensée de procès équitable véhicule l'idée de la supériorité de la procédure accusatoire. La procédure pénale chinoise a une tradition inquisitoire. Lorsque des problèmes apparaissent dans la justice pénale, les juristes chinois les imputent naturellement à cette tradition, et espèrent trouver des solutions à l'aide d'un autre système ayant une tradition de procédure accusatoire. C'est la raison pour laquelle le réformateur pénal préfère employer les techniques ou les systèmes de la *common law* dans la justice pénale chinoise. À titre d'exemple, le renforcement de l'efficacité de l'audience pénale est une mesure proposée au cours de ces dernières années<sup>545</sup>. Le réformateur a l'intention de renforcer le pouvoir du juge et d'affaiblir le pouvoir de la police.

**183. Influence de la *common law* à l'égard de la réforme du système de jury.** La réforme du système du jury est l'un des exemples typiques illustrant la puissance de l'influence de la *common law* en Chine. Le système de jury est prévu dans la loi d'organisation de la cour populaire et dans la loi de procédure pénale. Mais dans la pratique, le jury ne peut pas remplir effectivement sa fonction à cause de l'imprécision des dispositions et de la carence normative. Certains ironisent que le jury populaire

---

<sup>543</sup> Mathias Reimann, « Droit positif et culture juridique : l'américanisation du droit européen par réception », in François Terré (dir.), *L'américanisation du droit*, préc., p. 66.

<sup>544</sup> Le Monde du 6 août 1999, p. 13.

<sup>545</sup> Long Zongzhi (龙宗智), « La voie et la méthode du renforcement de l'efficacité de l'audience » ( “庭审实质化的路径和方法” ), in *Recherche de Science Juridique* (《法学研究》) 2015, n° 5.

chinois est une décoration du tribunal<sup>546</sup>. Après avoir eu conscience de ce défaut, la Cour suprême populaire a proposé « la décision sur l'amélioration du système de jury populaire en Chine » au Comité Permanent de l'Assemblée Populaire Nationale en 2000. La onzième session du Comité Permanent de l'APN a adopté cette décision le 28 août 2004. D'après les statistiques officielles, le nombre de membres des jurys populaires en Chine a beaucoup augmenté depuis 2004. Entre 2004 et 2012, ce nombre a été de 8 034 000<sup>547</sup> au total. Et le nombre en 2012 est 3,8 fois de celui en 2006. Le nombre des affaires portées devant les jurys a également augmenté annuellement. À la fin de 2012, ce nombre est de 6 289 000. Parmi eux, le nombre des affaires pénales est de 1 764 000, celui des affaires civiles est de 4 298 000, et celui des affaires administratives est de 227 000<sup>548</sup>. Ces chiffres révèlent la volonté des citoyens de participer à la justice. Néanmoins, la défaillance du système de jury populaire demeure dans la pratique judiciaire. Même au niveau du texte, les imperfections du système de jury populaire sont évidentes : l'incertitude du champ d'application, la procédure administrative du choix des membres du jury, l'imprécision des attributions du jury, l'insuffisance de la garantie financière. Lors du XVIII<sup>ème</sup> Congrès du Parti Communiste, l'amélioration du système de jury populaire est encore proposée, « afin de garantir la participation du citoyen à la justice, de renforcer la confiance citoyenne dans la justice, et de permettre à chacun ou chacune de sentir l'équité du jugement »<sup>549</sup>. Pour répondre à cette proposition, en 2015, la Cour suprême populaire et le Ministère de la justice ont conjointement édicté « le projet d'essai sur la réforme du système du jury populaire »<sup>550</sup> et « les modalités d'application des travaux d'essai sur la réforme du système du jury populaire »<sup>551</sup>. À travers ces deux textes, elles ont autorisé cinquante tribunaux expérimentaux éparpillés dans dix provinces à explorer leur propre voie d'amélioration du système du jury populaire. Ils peuvent les combiner avec leur particularité vernaculaire ou s'inspirer des expériences étrangères sur le système de jury. Le 27 avril 2018, la loi sur le jury populaire est entrée en vigueur. Cette loi permet de fixer les expériences concernant la sélection, l'administration et la participation au procès du jury.

Le système de jury est une marque brillante de la *common law*. Le décideur chinois tient compte de la réforme du système du jury en raison de sa valeur politique. Cette situation est plus ou moins similaire à celle de la fin du dix-huitième siècle en France. À l'époque, de nombreux penseurs libéraux en Europe continentale exaltaient le système du jury pour sa valeur d'humanité. Comme Montesquieu l'a écrit, « la puissance de juger ne doit pas être donnée à un sénat permanent, mais exercée par des personnes tirées du corps du peuple, dans certains temps de l'année, de la manière prescrite par la loi, pour former un tribunal qui ne dure qu'autant que la

<sup>546</sup> Zhang Jiajun (张嘉军), « Le système du jury populaire : analyse empirique et rétablissement du système » ( “ 人民陪审员制度：实证分析与制度重构 ” ), in *Juriste* ( 《 法学家 》 ), 2015, n° 6.

<sup>547</sup> « Le rapport sur le jury populaire présenté par la Cour suprême au Comité permanent de l'APN » ( 《 最高法向全国人大常委会报告人民陪审员工作情况 》 ), in *Journal populaire* ( 《 人民日报 》 ), le 23 octobre 2013, n° 8.

<sup>548</sup> *Ibid.*

<sup>549</sup> V. « La décision sur l'approfondissement de la réforme de la part du Parti communiste » ( 《 中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定 》 ), adoptée par le Congrès XVIII du Parti communiste.

<sup>550</sup> Le titre du texte en chinois : 《 人民陪审员制度改革试点方案 》 .

<sup>551</sup> Le titre du texte en chinois : 《 人民陪审员制度改革试点工作实施办法 》 .

nécessité le requiert »<sup>552</sup>. Lors de la révolution française, pour les procès criminels, la Constituante emprunta à l'Angleterre la procédure du jury : des citoyens, tirés au sort, devaient décider si l'inculpé devait être jugé, puis, dans l'affirmative, s'il était ou non coupable<sup>553</sup>. Ainsi l'apparition du jury en droit français est « le fruit d'une séduction suivie d'une importation »<sup>554</sup>. Sous l'influence de Napoléon, la procédure du jury s'est répandue dans toute l'Europe, même en Asie ou en Afrique. En Chine, le droit criminel contemporain hérite partiellement du droit pénal de l'URSS. Ce dernier emprunte les concepts pénaux romano-germaniques. Ainsi, le jury populaire en Chine tire son origine du droit romain. Mais en même temps, il ne faut pas méconnaître que le système de jury est enraciné dans la procédure contradictoire. Pour cette raison, certains auteurs soulignent que la réforme du système du jury a un rapport étroit avec le renforcement de l'efficacité de l'audience<sup>555</sup>. Autrement dit, le remaniement de la structure de l'audience et le renforcement du principe contradictoire sont les conditions nécessaires à la bonne fonction du jury. Cependant, la réalisation de ces conditions touche à de nombreux autres intérêts.

Quoi qu'il en soit, les organes judiciaires s'évertuent à explorer la réforme du système du jury par le biais d'expériences étrangères. Plus précisément, concernant le choix des jurés, de nombreux tribunaux ne respectent pas la procédure du tirage au sort prévu dans l'article 14 de « la décision sur l'amélioration du système du jury populaire en Chine » adopté en 2004. Dans la pratique judiciaire, pour les tribunaux de certaines zones, il est très difficile d'exercer le tirage au sort, parce que de nombreux jurés se dérobent à leur devoir de participer aux jugements. Ainsi, les tribunaux désignent les jurés qui sont disponibles dans la plupart des cas et qui veulent bien se présenter aux audiences<sup>556</sup>. Certains auteurs les appellent « les jurés réguliers » ou « les jurés professionnels »<sup>557</sup>. Pour améliorer cette situation, la Cour suprême populaire précise les modalités du choix des jurés dans le texte précité. Dans la première phase, cinq fois par an, la cour choisit les candidats jurés de façon aléatoire dans la liste des électeurs ou des résidents vernaculaires afin de créer une base de données. Le nombre de candidats jurés est au moins cinq fois celui des magistrats de la cour. Dans la deuxième étape, après avoir censuré certains candidats en raison de leur qualité et leur avoir demandé leurs avis, la cour choisit les jurés aléatoirement dans la liste des candidats restants. La dernière étape consiste à la nomination des jurés par le Comité permanent de l'Assemblée populaire locale. La Cour suprême emprunte certainement aux expériences étrangères. Par exemple, aux États-Unis, les tribunaux choisissent les jurés dans le registre des électeurs, des personnes ayant déclaré leurs impôts, ou dans la liste des numéros d'immatriculation des automobiles.

---

<sup>552</sup> Montesquieu, *De l'esprit des lois*, Paris : Garnier Frères, 1871, Liv. XI, Chap. IV.

<sup>553</sup> Cours Malet-Issac. *Histoire 2<sup>e</sup>. De la révolution de 1789 à la révolution de 1848*. Hachette, p. 70.

<sup>554</sup> Jean Pradel, « Le jury en France : une histoire jamais terminée », in *Le jury dans le procès pénal au XXI<sup>e</sup> siècle*, Conférence internationale, Syracuse, Italie, 26-29 mai 1999, RIDP, 1<sup>e</sup> et 2<sup>e</sup> trimestres 2001, p. 175.

<sup>555</sup> Shi Pengpeng, *Le jury criminel : l'étude compare en Angleterre, France et Chine*, Universitaires européennes 2010.

<sup>556</sup> Fang Lei (方雷), « Le système du jury aux yeux des jurés populaires » ( “ 人民陪审员看陪审制度 ” ), in *Journal de la cour populaire* ( 《 人民法院报 》 ), le 29 août 2007.

<sup>557</sup> Zhou Yuguo (周玉国), « Le problème saillante sur la fuite des jurés populaires dans certaines zones » ( “ 一些地方人民陪审员流失问题突出 ” ), in *Journal de la cour populaire* ( 《 人民法院报 》 ), le 20 juin 2007.

Et en même temps, elle tient compte de l'institution politique et judiciaire de la Chine. Par exemple, le Comité permanent de l'Assemblée populaire locale intervient dans la procédure de nomination des jurés. En raison de la vulgarisation du système du jury dans le droit romano-germanique, il est probable que l'exemple de la réforme du système du jury n'est pas suffisant pour illustrer la forte influence de la *common law* en Chine. Il convient donc de citer un autre exemple plus convaincant : la réforme du système de la preuve pénale.

**184. Influence de la *common law* sur la réforme du système de la preuve pénale.** La *common law* est renommée pour son unification du droit de la preuve. Aux États-Unis, il existe non seulement une discipline du droit de la preuve dans l'enseignement universitaire, mais aussi des *rules of evidence* au niveau de la fédération<sup>558</sup> et de l'État fédéré<sup>559</sup>. Il est pertinent de dire que la prospérité des règles de la preuve dans le système de la *common law* a un rapport étroit avec la structure de la procédure pénale. Plus précisément, le moment du *trial* est le plus important, car l'enquête, la poursuite et le jugement ont lieu au cours du *trial*. Le juge n'intervient pas directement dans l'affaire pour faire des constats, mais monter un spectacle vivant, visible de bout en bout, destiné à permettre à des citoyens, constitués en jury, de désigner le vainqueur. Dans ce cas, l'avocat de l'accusé et le procureur sont chargés de la constatation des faits à travers le *cross-examination* des témoins et l'exposition des éléments de preuves. Cela demande des règles de la preuve pour éviter le désordre de la procédure accusatoire. Dans les pays appartenant au système de la *common law*, la principale source du droit est la jurisprudence, et non les lois écrites. Cependant, le droit de la preuve est une exception. Étant un pays avec une tradition du droit écrit et ayant l'aspiration d'améliorer son propre système de justice, la Chine s'engoue de cette exception. Les juristes chinois adorent les *rules of evidence* de la *common law*<sup>560</sup> et ont l'intention d'imiter les pays du système de la *common law* pour unifier ou codifier les règles de la preuve<sup>561</sup>. Ainsi, dans la pensée du droit de la preuve, l'influence du droit de la *common law* est tout puissante.

En outre, la réforme de la preuve pénale démontre la réception de cette influence dans le droit positif en Chine. Le système de la règle d'exclusion des preuves illégales est empreint en apparence d'une marque de la *common law*, sans parler de son contenu concret. Nous l'avons déjà précisé dans le chapitre précédent. Malgré un processus lent, le législateur a légiféré sur la règle d'exclusion des preuves illégales en 2012. Certaines règles sont transformées afin de correspondre à la structure de la procédure pénale de la Chine. Mais elles véhiculent la même intention législative : l'encadrement du pouvoir des agents des organes judiciaires à travers le traitement de l'admissibilité de la preuve. Néanmoins, cette intention est étendue dans le domaine de la force probante de la preuve. Certains auteurs proposent de créer aussi

---

<sup>558</sup> Adopté en 1975, *Federal rules of evidence* codifie les règles de la preuve appliquées dans les tribunaux fédéraux aux États-Unis.

<sup>559</sup> Le code de la preuve de California a été adopté en 1965 par l'assemblée de l'État de California.

<sup>560</sup> De nombreux articles ou livres présentent les *rules of evidence* de la *common law*.

<sup>561</sup> L'idée de l'unification ou la codification du droit de la preuve est proposée par certains juristes jouissant d'un grand prestige. V. Long Zongzhi (龙宗智), « La construction du droit de la preuve et son théorie » ( “大证据学的建构及其学理” ), in *Recherche de Science Juridique* (《法学研究》) 2006, n° 5.

des règles sur la force probante de la preuve<sup>562</sup>. Les partisans de cette proposition, avec une position pragmatique, considèrent que si le système de la preuve légale est utile, il n'est pas raisonnable de l'écarter<sup>563</sup>. Compte tenu de la particularité de la justice pénale de la Chine, ils proposent de modifier le nom en « un nouveau système de la preuve légale »<sup>564</sup>. À notre avis, ce point de vue va trop loin et amènera un recul du système de la preuve libre, c'est-à-dire, un retour au système de la preuve légale appliqué dans l'Ancien régime français. La qualité professionnelle des magistrats chinois est l'une des raisons importantes de l'apparition de cette proposition. La preuve libre (l'intime conviction) laisse une large marge de manœuvre aux magistrats. Si la qualité des magistrats est en cause, la qualité du jugement ne peut pas être assurée. En fait, dans les années quatre-vingt-dix, les magistrats chinois n'ont pas été sélectionnés par une procédure stricte : une partie a été sélectionnée uniquement par le concours de la fonction publique ; certains d'entre eux étaient même des militaires d'active rendus à la vie civile et n'ont pas eu à passer de concours<sup>565</sup>. Ce phénomène était beaucoup critiqué par les juristes et les intellectuels chinois<sup>566</sup>. Depuis 2001, la procédure de sélection des magistrats est plus stricte. Les magistrats doivent désormais passer non seulement le concours des professions judiciaires, mais aussi le concours de la fonction publique. Ainsi, la qualité des magistrats s'améliore progressivement. Par conséquent, il n'est pas nécessaire d'abandonner la confiance envers les magistrats et de transférer le pouvoir d'appréciation de la force probante de la preuve au législateur. Il est plus raisonnable de choisir l'amélioration assidue du système de sélection des magistrats que le retour au système de la preuve légale.

**185. Attitude des juristes chinois.** Grâce aux deux exemples ci-dessus, nous pouvons sentir la forte influence de la *common law* dans la réforme de la procédure pénale en Chine. Mais cette influence peut être révélée par les autres sujets de la réforme : la composition pénale, l'indépendance du parquet, le contrôle judiciaire, etc. Ici, il n'est pas nécessaire de préciser tous ces sujets, car deux exemples sont suffisants pour attester notre appréciation sur cette influence et démontrer l'attitude des juristes chinois. Plus concrètement, en raison de l'attachement à la *common law*, dans un premier temps, les juristes chinois ont chaleureusement accueilli le droit américain exporté par divers chemins. Cette position est normale, parce qu'ils pensent que l'emprunt des expériences d'un des pays les plus puissants dans le monde permet d'accélérer le développement de leur propre pays. Au fur et à mesure que les juristes chinois approfondissent leurs connaissances du droit américain et observent les effets pervers de certains nouveaux systèmes, dès lors qu'un problème pénal se pose, ils ne

---

<sup>562</sup> V. Li Xunhu (李训虎), « L'observation de la règle sur la force probante de la preuve » ( “证明力规则检讨” ), in *Recherche de Science Juridique* ( 《法学研究》 ) 2010, n° 2.

<sup>563</sup> V. He Jiahong (何家弘), « La reconnaissance du système de la preuve légale et la normativité du critère de l'admissibilité de la preuve » ( “对法定证据制度的再认识与证据采信标准的规范化” ), in *Science juridique en Chine* ( 《中国法学》 ), 2005, n° 3.

<sup>564</sup> V. Chen Ruihua (陈瑞华), « Le nouveau système de la preuve légale autour de la règle sur la force probante de la preuve » ( “以限制证据证明力为核心的新法定证据主义” ), in *Recherche de Science Juridique* ( 《法学研究》 ) 2012, n° 6.

<sup>565</sup> He Weifang (贺卫方), « Les militaires d'active rendu à la vie civile entrent dans les tribunaux » ( “复转军人进法院” ), in *Journal Nan Fang Zhou Mo* ( 《南方周末》 ), le 2 janvier 1998.

<sup>566</sup> Ibid.

se tournent par réflexe, pour consultation, que vers la solution américaine. Or, le droit américain n'est pas la seule source pour alimenter la réflexion comparatiste. Dans certains cas, la Chine a commencé à essayer de trouver ses propres solutions.

**186. Conclusion sur la raison externe.** À travers les analyses précitées, nous observons que la France et la Chine ont des attitudes différentes face à l'influence du droit pénal de la *common law*. Dans l'ensemble, la Chine accueille activement la *common law* et essaie dans un premier temps de l'imiter. Lorsqu'elle est confrontée à un effet pervers de l'application du système imité de la *common law*, elle le considère plus rationnellement et essaie de trouver sa propre solution. À l'inverse, la France prend une position plus conservatoire face à l'influence de *common law*, surtout dans le domaine du droit privé. Ces différentes attitudes entraînent des solutions divergentes pour encadrer les procédés de recueil des preuves pénales : la règle d'exclusion des preuves illégales en Chine, la légalité et la loyauté de la preuve pénale en France. Néanmoins, il faut faire attention à ne pas exagérer l'américanisation du droit positif chinois. La règle d'exclusion des preuves illégales est empreinte d'une marque de la *common law*, mais elle est une exception. Même si certains systèmes de la procédure pénale ont tendance à imiter ceux de la *common law*, le législateur ne les a pas encore acceptés en droit positif. En fait, la plupart des systèmes de procédure pénale gardent la tradition de la procédure inquisitoriale en Chine. Nous tombons facilement dans un piège méthodologique : quand on cherche la trace d'une influence étrangère, on se concentre presque automatiquement sur les terrains fertiles en ignorant opportunément les vastes zones désertiques qui s'étendent au-delà. C'est la raison pour laquelle nous rappelons à nos lecteurs de ne pas se laisser influencer par la première impression.

## § 2. Les différents niveaux

**187. Précision sur les différents niveaux.** En France, la légalité et la loyauté dans la recherche des preuves concernent deux niveaux différents : la loi et la jurisprudence. La jurisprudence pénale joue un rôle très important pour stimuler le débat sur la notion de loyauté. Ainsi, elle offre continuellement des sujets de controverse aux juristes français. Après discussion, certains sujets sont proposés au législateur. Dès que le législateur les adopte, ces sujets apparus dans la jurisprudence sont fixés par la loi. En ce sens, la jurisprudence stimule la réforme législative. Néanmoins, en Chine, la règle d'exclusion des preuves illégales concerne uniquement le niveau de la loi. Cette différence peut être illustrée par l'état de la jurisprudence en France **(A)** et en Chine **(B)**.

### A. La jurisprudence en France

**188. La définition de la jurisprudence.** Étymologiquement, le mot « jurisprudence » est né de la réunion des deux mots latins, « *ius* » et « *prudencia* », signifiant « prudence du droit », « sagesse du droit » ou, autrement dit, « équité » - on retient parfois qu'il faudrait les traduire par « science du droit »<sup>567</sup>, mais cela paraît moins juste. C'est de la sorte qu'Ulpien utilisait « jurisprudence » et c'est encore cette

<sup>567</sup> P. Deumier, *Introduction générale au droit*, 2<sup>e</sup> éd., LGDJ, coll. Manuel, 2013, p.285.

compréhension qui prévaut dans les pays anglo-saxons, où la jurisprudence est assimilée à la science du droit, à la prudence du juriste ou à la recherche du bon droit. Originellement, donc, la jurisprudence pouvait caractériser potentiellement toutes les sources du droit, en tant qu'elles exprimaient la prudence du droit, la justice dans son acception matérielle<sup>568</sup>, la justice comprise comme « grande ambition du droit »<sup>569</sup>. Dans nombre de langues romaines et notamment en français, le nom « jurisprudence » a acquis un tout autre sens, étranger à son étymologie. Ce sens, observe un professeur, ne s'est imposé qu'au XVII<sup>e</sup> s.<sup>570</sup> – mais, au XIX<sup>e</sup> s., la jurisprudence pouvait être décrite comme la « science des lois », à mille lieues de sa signification contemporaine. Et de citer de Ferrière, auteur d'un dictionnaire qui a connu de nombreuses rééditions au XVIII<sup>e</sup> s., selon qui « la jurisprudence est l'induction que l'on tire de plusieurs arrêts qui ont jugé une question de la même manière ». Où apparaît la notion de jurisprudence telle qu'entendue en ces lignes, laquelle n'est pas différente de celle acceptée aujourd'hui par la majorité des juristes français<sup>571</sup>, cela même si d'aucuns relèvent combien elle demeure entourée d'hésitations<sup>572</sup> et de malentendus<sup>573</sup>, ce qui justifie de réfléchir à sa signification exacte avant de décrire le phénomène qu'elle désigne et son appréhension par la doctrine.

Au terme d'un processus d'appauvrissement de son sens, la jurisprudence correspond désormais, dans les pays romano-germaniques, à « l'autorité de ce qui a été jugé constamment dans le même sens »<sup>574</sup> ; aux « solutions suggérées par des ensembles de décisions suffisamment concordantes rendues par les juridictions sur des questions de droit »<sup>575</sup> ; plus sûrement encore, à la « détermination juridictionnelle d'une règle de droit »<sup>576</sup> ; à « l'ensemble des règles de droit qui émanent des juges, voire l'ensemble des décisions juridictionnelles des seules Cours suprêmes, ou encore l'ensemble des décisions apportées par les tribunaux dans une branche du droit déterminée »<sup>577</sup>. La jurisprudence est ainsi l'ensemble des règles de droit consacrées par les juridictions à l'occasion de leurs activités de résolution des litiges, d'engagement des responsabilités ou, éventuellement, de condamnation des

<sup>568</sup> M. Deguegue, « Jurisprudence », in D. Alland, S. Rials, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige-dicos poche, 2003, p. 883.

<sup>569</sup> J. Carbonnier, « Il y a plus d'une définition dans la maison du droit », *Droits* 1990, n° 11, p. 6.

<sup>570</sup> A. Leca, *La genèse du droit – Essai d'introduction historique au droit*, 3<sup>e</sup> éd., Librairie de l'Université d'Aix-en-Provence, 2002, p. 134. Mais, en 1607, Louis Charondas le Caron voyait encore dans la jurisprudence la « science ou sagesse civile » et en faisait la principale partie de la philosophie morale (L. Charondas Le Caron, *Pandectes ou Digestes du droit françois*, 1607, L. 1, ch. 3 (cité par J. -P. Chazal, « Philosophie du droit et théorie du droit, ou l'illusion scientifique », *Arch. Phil. Droit* 2001, p. 307)).

<sup>571</sup> C.-J. De Ferrière, *Dictionnaire de droit et de pratique*, Brunet, 1762.

<sup>572</sup> Notamment, Ch. Grzegorzczak, « Jurisprudence : phénomène judiciaire, science ou méthode ? », *Arch. Phil. Droit* 1985, p. 35.

<sup>573</sup> Cf. Ph. Jestaz, « La jurisprudence : réflexions sur un malentendu », *D.* 1987, p. 11 s.

<sup>574</sup> M. Deguegue, « Jurisprudence », in D. Alland, S. Rials, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige-dicos poche, 2003, p. 884.

<sup>575</sup> V° « Jurisprudence », in S. Guinchard, G. Montagnier, dir., *Lexique des termes juridiques*, 16<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2007, p. 384.

<sup>576</sup> E. Vergès, *Les principes directeurs du procès judiciaire*, th., Université Aix-Marseille III – Paul Cézanne, 2000, p. 37.

<sup>577</sup> M. Deguegue, « Jurisprudence », in D. Alland, S. Rials, dir., *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige-dicos poche, 2003, p. 884.

auteurs d'infractions.

**189. Évolution historique de la jurisprudence en France.** Lors de la dernière décennie du XVIII<sup>e</sup> siècle, l'hostilité à la jurisprudence était évidente. Le Chapelier a écrit que « si cette jurisprudence des tribunaux, la plus détestable des institutions, existait, il faudrait la détruire »<sup>578</sup> ; de même, Robespierre a dit que « ce mot de "jurisprudence" doit être effacé de notre langue. Dans un État qui a une Constitution, une législation, la jurisprudence des tribunaux n'est autre chose que la loi »<sup>579</sup> ; enfin, Montesquieu a écrit que « les juges de la nation ne sont, comme nous avons dit, que la bouche qui prononce les paroles de la loi ; des êtres inanimés, qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur »<sup>580</sup>. Cette hostilité devait conduire à instituer un tribunal de cassation « établi auprès du corps législatif » et à le priver du pouvoir d'interprétation pour le confier au référé législatif : la loi des 16-24 août 1790 imposait aux juges de s'adresser au Corps législatif « toutes les fois qu'ils croiront nécessaire soit d'interpréter une loi, soit d'en faire une nouvelle »<sup>581</sup>. L'époque révolutionnaire se caractérisait par une passion de la loi.

Quand le Code civil en 1804 apparaissait comme la bible du droit français, les juristes ne voulaient « plus se consacrer à rien d'autre qu'à l'étude et au commentaire de leur objet fétiche : le Code civil »<sup>582</sup>. C'est le moment du règne des exégètes. Carbonnier disait que le XIX<sup>e</sup> siècle a été le moment du « règne de la légalité » et du « culte de la loi »<sup>583</sup>, où « le respect des lois prenait un aspect quasi-religieux, l'irrespect de la religion n'étant alors plus réprimé, les lois devenant une religion de substitution »<sup>584</sup>. Ce « culte » ou ce « fétichisme »<sup>585</sup> emportait un dénigrement consécutif des autres sources, jugées non juridiques ou, du moins, inintéressantes. La science du droit se réduisait alors à la « répétition des codes et des lois »<sup>586</sup>. Cet absolutisme de la loi a commencé à décliner grâce aux efforts de François Gény déployés en particulier dans *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, paru en 1899. S'est développée la « critique de l'exclusivisme de la loi » et différentes théories ont, dès le XX<sup>e</sup> siècle, commencé à fragiliser le légicentrisme juridique, aboutissant finalement à consacrer la « fin de l'omnipotence de la loi »<sup>587</sup>. Dans les années 1950, la capacité normative des juges demeurait très discutée et de nombreuses publications ont porté sur le sujet. Les disputes doctrinales auront essentiellement abouti, au début du XXI<sup>e</sup> siècle, à ce résumé assez fidèle de l'état de la situation : « La jurisprudence est donc une source de droit, tout en ne l'étant pas, bien qu'elle le soit. Tout cela n'est pas très clair »<sup>588</sup>.

<sup>578</sup> Cité par Ph. Jestaz, *Les sources du droit*, Dalloz, coll. Connaissance du droit, 2005, p. 62.

<sup>579</sup> Cité par J. Cilissen, *Introduction historique au droit – Esquisse d'une histoire universelle du droit – Les sources du droit depuis le XIII<sup>e</sup> siècle – Éléments d'histoire du droit privé*, Bruylant (Bruxelles), 1979, p. 465.

<sup>580</sup> Montesquieu, *De l'esprit des lois*, préc., L. XI, chap. 6.

<sup>581</sup> V. Halperin, *Le Tribunal de cassation et les pouvoirs sous la Révolution, 1790-1799*, 1987, LGDJ.

<sup>582</sup> P. Deumier, *Introduction générale au droit*, 2<sup>e</sup> éd., préc., p.56.

<sup>583</sup> Jean Carbonnier, *Théorie sociologique des sources du droit*, Association corporative des étudiants en droit de l'Université Panthéon-Sorbonne, 1961, p. 110.

<sup>584</sup> *Ibid.*

<sup>585</sup> F. Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, t. II, LGDJ, 1919, n° 35.

<sup>586</sup> V. Champeil-Desplats, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2014, p. 78.

<sup>587</sup> Ph. Jestaz, Ch. Jamin, *La doctrine*, Dalloz, coll. Méthode du droit, 2004, p. 131.

<sup>588</sup> Malaurie, *La jurisprudence parmi les sources du droit*, Defrénois 2006, art. 38352.

À l'heure du XXI<sup>e</sup> siècle, le juge est obligé de prendre en charge une large part de la production étatique des normes, cela sans doute afin de compenser les difficultés que rencontrent le parlement et le gouvernement. Il faut se remémorer les dires de Portalis, principal inspirateur et rédacteur du Code civil, qui après avoir rappelé qu'« il y avait des juges avant qu'il y eut des lois »<sup>589</sup>, envisageait l'office de la loi comme un ensemble de directives générales qui laisse « une foule de choses à l'arbitraire des juges »<sup>590</sup>, qui reconnaissait dans les juges « l'autorité de statuer sur les choses qui ne sont pas déterminées par les lois »<sup>591</sup>. Selon lui, « les besoins de la société sont si variés, la communication des hommes est si active, leurs intérêts sont si multipliés, et leurs rapports si étendus, qu'il est impossible au législateur de pourvoir à tout »<sup>592</sup>. Le droit est donc composé à la fois d'une part de droit *ex ante* consacré par la loi et d'une part de droit *ex post* façonné par le juge<sup>593</sup>.

**190. Les rapports entre législation et jurisprudence.** Il ne faudrait pas penser que loi et jurisprudence s'opposent. Très généralement, les jurisprudences complètent les lois ou même les inspirent. Selon Louis Favoreau, il faudrait reconnaître aux juges, au moins concernant les matières les plus délicates à saisir efficacement, « une fonction essentielle d'aiguillage, une fonction pédagogique d'orientation vers les solutions à adopter par le pouvoir constituant ou le pouvoir législatif »<sup>594</sup>. *De facto*, diverses solutions jurisprudentielles ont été consacrées postérieurement par le Parlement. Il n'est ailleurs pas rare que les juges s'invitent dans les débats parlementaires, à travers de nombreuses références à la jurisprudence « en vigueur » relativement aux problématiques discutées. D'aucuns peuvent dès lors parler de véritable « dialogue » entre juges et législateur. Néanmoins, l'affirmation selon laquelle la jurisprudence serait « le tuteur de la loi »<sup>595</sup> doit être relativisée et il n'est pas rare que le Parlement souhaite prendre le contre-pied de la jurisprudence. Au XXI<sup>e</sup> siècle, il appartiendrait aux prétoires et non plus aux hémicycles de préserver les équilibres sociaux ; les juges se verraient transférer la responsabilité de « trancher les nœuds gordiens de l'histoire, de la morale et de l'économie »<sup>596</sup> ; ce serait à eux qu'il reviendrait désormais de « peser les intérêts » et de définir les solutions socialement acceptables<sup>597</sup>. Le législateur n'est cependant pas prêt à s'effacer davantage.

Parmi toutes les branches du droit, le droit pénal est traditionnellement la matière dans laquelle la jurisprudence est la plus absente. Beccaria estime que les juges criminels n'ont pas de pouvoir d'interprétation des lois. Dans son *Traité des délits et des peines* paru en 1764, il entendait affermir la maîtrise de la création juridique par le législateur : « même le pouvoir d'interpréter les lois pénales ne peut

---

<sup>589</sup> J.-É.-M. Portalis, *Discours préliminaire sur le projet de code civil*, 1801.

<sup>590</sup> *Ibid.*

<sup>591</sup> *Ibid.*

<sup>592</sup> *Ibid.*

<sup>593</sup> Boris Barraud, *La jurisprudence et la doctrine*, L'Harmattan 2017, p. 42.

<sup>594</sup> L. Favoreau, « Rapport introductif », in N. Lenoir, B. Mathieu, D. Maus, dir., *Constitution et éthique biomédicale*, La documentation française, coll. Les cahiers constitutionnels de Paris I, 1998.

<sup>595</sup> J.-C. Bécane, M. Couderc, J.-L. Héryn, *La loi*, 2<sup>e</sup> éd., Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2010, p. 62.

<sup>596</sup> A. Minc, *Au nom de la loi*, Gallimard, 1998.

<sup>597</sup> J. Chevallier, *L'État post-moderne*, 3<sup>e</sup> éd., LGDJ, coll. Droit et société, 2008, p. 113.

être attribué aux juges criminels, pour la bonne raison qu'ils ne sont pas législateurs »<sup>598</sup>. Aujourd'hui, la nécessité de l'interprétation de la loi pénale est clarifiée par la doctrine : « quelle que soit la précision de la loi pénale, il est toujours nécessaire d'interpréter pour qualifier ; il n'est donc pas exact de prétendre limiter le pouvoir d'interprétation aux lois obscures, car même une loi précise, en ce qu'elle est générale, suppose une interprétation, pour l'appliquer aux faits qualifiés. Juger, c'est interpréter et qualifier »<sup>599</sup>. En effet, la jurisprudence enrichit les lois pénales.

Les deux principes (la légalité et la loyauté) dans la recherche des preuves pénales incarnent la complémentarité entre la jurisprudence et la loi. S'agissant des nouveaux procédés de recueil des preuves (par exemple, les écoutes judiciaires, la géolocalisation, etc.), ils sont d'abord apparus dans la jurisprudence, et puis insérés dans la loi. En ce sens, la jurisprudence stimule *de facto* la réforme législative. Bien que le principe de la loyauté n'ait pas été introduit dans le Code de procédure pénale, son épanouissement dans la jurisprudence est évident dans la dernière décennie. De fait, le principe de la loyauté est devenu un principe incontournable de la procédure pénale française. Ainsi, pour encadrer la liberté dans la recherche de la preuve, non seulement la loi écrite, mais aussi la jurisprudence, jouissent de rôles très importantes. Nous disons que cet encadrement implique deux niveaux (loi et jurisprudence). À la différence de la situation de la France, cet encadrement en Chine a lieu au niveau de la loi. Pour en illustrer la raison, il convient également d'analyser l'état de la jurisprudence en Chine.

## B. La jurisprudence en Chine

**191. Absence de la jurisprudence *stricto sensu*.** Nous avons défini la jurisprudence comme « l'ensemble des règles de droit consacrées par les juridictions ». C'est une définition dans le contexte du droit romano-germanique. En Chine, la jurisprudence en ce sens n'est pas encore établie. Cela conduit à l'impossibilité de la création de règles au travers de la jurisprudence. C'est-à-dire, la seule voie de la production de règles est la ratification de l'organe législatif. Les juges chinois n'ont actuellement pas de capacités normatives. Ainsi, les tribunaux chinois ont un pouvoir juridictionnel, mais non jurisprudentiel. Cependant, les autorités judiciaires chinoises n'hésitent pas à reconnaître l'enjeu de la jurisprudence et ont essayé de la mettre en place. Il existe un régime similaire à la jurisprudence du droit romano-germanique : les « affaires de référence » (*guiding cases* ou *指导性案例 zhi dao xing an li*).

**192. Régime des « affaires de référence ».** Afin d'uniformiser la jurisprudence sur l'ensemble du territoire, d'aplanir les conflits de normes et de lever les ambiguïtés des dispositions législatives, la Cour populaire suprême a institué un régime de cas représentatifs, à nouveau inspirés du modèle de la *Common law* : les « affaires de référence »<sup>600</sup>. Ces cas jugés typiques ou généralisables sont définis comme tels par la Cour populaire suprême pour guider les tribunaux de rangs inférieurs lors de

<sup>598</sup> Beccaria, *Traité des délits et des peines*, Cujas, 1966, Chapitre 3, p. 68.

<sup>599</sup> Jean-Christophe Saint-Pau, « L'interprétation des lois : Beccaria et la jurisprudence moderne », préc., p. 272.

<sup>600</sup> Wei Shengqiang (魏胜强), « Rectification le mot « jurisprudence » - pensée sur la construction du régime de la jurisprudence en Chine » ( “为判例制度正名——关于构建我国判例制度的思考” ), in *Science Juridique* (《法律科学》), 2011, n° 3, p. 182-192.

contentieux similaires. Les juges inférieurs peuvent s'y référer dans leur raisonnement sans y être contraints, comme l'exige la pratique du *stare decisis*. L'établissement du régime des « affaires de référence » a été proposé pour la première fois dans un texte intitulé « Les grandes lignes de la réforme de la Cour populaire suprême » en 2005. Depuis, le régime des « affaires de référence » a été fortement discuté dans la doctrine. Mais il n'a pas vraiment été appliqué avant 2010, année où la Cour populaire suprême a édicté un autre texte intitulé « Les règles sur les travaux des affaires de référence ». Depuis 2010, la Cour populaire suprême a publié quatre-vingt-douze affaires de référence<sup>601</sup>. Parmi celles-ci, il y a dix-sept affaires administratives, onze affaires pénales et soixante-quatre affaires civiles. Quantitativement, les affaires de référence sont peu nombreuses. Qualitativement, les motifs des jugements de ces affaires sont très simples et concis. Voilà pourquoi ces affaires ne peuvent pas exercer une grande influence dans le fonctionnement ordinaire de la justice en Chine.

**193. Référence spontanée des affaires.** Ces dernières années, les magistrats, les avocats et les personnes intéressées se réfèrent spontanément aux affaires précédentes pour justifier leurs propositions. Mais leurs pratiques de la référence sont différentes : les avocats et les personnes intéressées le font directement ; les magistrats le font indirectement, c'est-à-dire qu'ils n'indiquent pas expressément, dans le motif du jugement, l'affaire précédente dont ils se sont inspirés. Ce phénomène constitue une contribution essentielle à l'évolution de la jurisprudence en Chine.

L'apparition de ce phénomène n'est pas fortuite. D'un côté, cela est dû à la réforme de la transparence de la justice. L'une des mesures de cette réforme permet la consultation des jugements sur internet. Cette mesure dite « *upload* de jugements » est apparue pour la première fois dans un texte intitulé « Les six règles sur la transparence de la justice », édicté par la Cour populaire suprême en 2009. Selon ce texte « hormis les affaires impliquant des secrets d'État ou la vie privée, les affaires des mineurs, les affaires résolues par la médiation ou le compromis et les affaires impropres à la publication, les tribunaux peuvent publier les jugements des affaires sur internet ». Malgré une ouverture de la mesure dite « *upload* de jugements », cette disposition permet aux tribunaux de décider si un jugement doit être publié sur internet. C'est-à-dire que cette démarche n'est pas une obligation pour les tribunaux. Il ne faut pas négliger un alinéa suivant dans cette disposition : « lorsque les intéressés s'opposent à la publication de leurs jugements sur l'internet pour des motifs raisonnables, les tribunaux peuvent décider la non-publication de ces jugements. Ainsi, dans la pratique, les tribunaux ne sont pas actifs dans la mise en œuvre de cette réforme, car d'une part ce n'est pas une obligation, et d'autre part, cela va alourdir la charge de travail des agents judiciaires. Toutefois, depuis l'année 2013, afin de renforcer la transparence de la justice, la Cour populaire suprême a imposé des travaux d'*upload* de jugements à tous les tribunaux à travers une série de textes internes. Cette dernière précise les modalités de mise en œuvre de cette démarche. En premier lieu, les techniciens informatiques créent une plate-forme nommée « les

---

<sup>601</sup> V. la site de la Cour populaire suprême de la Chine, <http://www.court.gov.cn/fabu-gengduo-77.html>, consulté le 28 juin 2018.

jugements des affaires en Chine » afin de permettre à tous les tribunaux territoriaux d'uploader leurs jugements et d'unifier tous les jugements dans une base donnée. En deuxième lieu, les travaux d'upload des jugements ne sont plus un choix, mais une exigence pour les tribunaux. En troisième lieu, sauf cas exceptionnels, tous les jugements doivent être publiés sur internet. Les cas exceptionnels doivent être soumis à l'examen et à l'approbation d'un magistrat. En quatrième lieu, en principe, il n'est pas nécessaire de cacher le nom réel des intéressés ; mais il est nécessaire d'effacer le contenu concernant leur vie privée. Enfin, les jugements publiés sur internet doivent se conformer aux actes originaux ; en principe, il est interdit de les rectifier, de les modifier ou de les retirer. Ainsi, l'application de la mesure d'upload de jugements est cette fois effective. Au mois de juin 2015, les travaux d'upload de jugements sont mise en œuvre par tous les juges dans tous les tribunaux territoriaux<sup>602</sup>.

La naissance de la référence spontanée des affaires est, d'un autre côté, venue des besoins réels de la justice chinoise et des changements de situation. Pour le premier point, il s'agit de l'insuffisance normative. La société chinoise est en transition. Il apparaît continuellement de nouvelles formes de communication entre les hommes. Mais le système de justice est en train de s'établir. La carence normative n'est pas rare dans les différentes branches du droit. D'ailleurs, il est impossible que les lois écrites consacrent tout. Comme le notait Portalis, « un Code, quelque complet qu'il puisse paraître, n'est pas plus tôt achevé que mille questions inattendues viennent s'offrir aux magistrats ... C'est à l'expérience de combler successivement les vides que nous laissons »<sup>603</sup>. Ainsi, lorsque les juges chinois ne peuvent pas trouver de dispositions dans les lois écrites pour justifier leurs motifs de jugements, c'est normal qu'ils se réfèrent aux affaires précédentes, bien que de façon indirecte. Pour le second point, il s'agit de la variation des caractéristiques des affaires. Aujourd'hui, les affaires sont devenues de plus en plus complexes, par exemple, les affaires financières, celles concernant les assurances, le commerce sur internet. Ces affaires sont parfois très difficiles à résoudre, soit à cause de la carence normative, soit en raison de l'entrelacement des questions économiques, judiciaires et politiques. Dans ce cas, il est peu utile de citer des dispositions générales. Ces sont les affaires précédentes qui peuvent offrir une référence précise. Ces dernières années, les subtilités des procès augmentent de façon évidente. Tous les participants aux procès attachent de l'importance à la compréhension de l'esprit de l'article ; ils prennent en considération l'influence des circonstances détaillées des affaires et la fiabilité des éléments de preuves ; ils tiennent compte de divers facteurs influant sur les affaires. Cela améliore la qualité des motifs des jugements et augmente la valeur de l'affaire référentielle.

Quoi qu'il en soit, l'établissement de la jurisprudence par l'autorité judiciaire centrale est ralenti. En effet le régime des affaires de référence n'a pas une grande influence dans la pratique judiciaire. Néanmoins, avec le renforcement de la transparence de la justice et les besoins réels de la résolution des affaires, les

---

<sup>602</sup> Gu Peidong (顾培东), « L'apparition et l'effet du phénomène dit la référence spontanée des affaires » ( “判例自发性运用现象的生成与效应” ), in *J Recherche de Science Juridique* (《法学研究》), 2018, n° 2, p. 83.

<sup>603</sup> J.-É.-M. Portalis, *Discours préliminaire sur le projet de code civil*, 1801.

praticiens tendent à citer spontanément les affaires précédentes. Cette réalité reflète l'enjeu de la jurisprudence dans le système judiciaire. Elle sert à améliorer le régime des affaires de référence créé par l'autorité centrale. Dès que la jurisprudence sera vraiment établie en Chine, la règle d'exclusion des preuves illégales sera également améliorée à travers la jurisprudence. En fait, ce point de vue a déjà été affirmé par M. le Professeur He<sup>604</sup>. Cet auteur nous rappelle l'enjeu de la jurisprudence non seulement pour l'amélioration de la règle d'exclusion des preuves illégales, mais aussi pour la construction de l'État de droit<sup>605</sup>. À notre avis, aujourd'hui, en Chine, il est vain de continuer à débattre pour déterminer si les juges participent à la fonction créatrice du droit ou si la jurisprudence est une source du droit, car ce sujet a été vivement discuté en France au XX<sup>e</sup> siècle et aucun juriste français ne renie actuellement l'importance de la jurisprudence. Pour les juristes chinois, il convient de savoir comment produire des jurisprudences de bonne qualité. Cela leur demande d'approfondir leurs connaissances des règles et des limites de l'interprétation des lois.

## Section II. Les dissemblances dans les détails

**194. Deux aspects.** En observant scrupuleusement les solutions de l'encadrement de la liberté dans la recherche des preuves pénales dans les deux pays, nous allons découvrir que la qualité des lois n'est pas la même (§ 1). De plus, la distinction selon la qualité de la personne qui recueille les preuves (§ 2) est une particularité du système français de la preuve pénale.

### § 1. Les différences dans la qualité des lois

**195. Trois raisons.** Pour encadrer la liberté de la preuve dans la recherche des preuves pénales, les procédés de recueil des preuves sont circonscrits par la loi ou la jurisprudence dans les deux pays. Dans le chapitre précédent, nous avons déjà examiné scrupuleusement les procédés représentatifs (interrogatoire, perquisition et saisie, écoute judiciaire, prélèvement corporel). Évidemment, par rapport à la France, les lois concernant les procédés de recueil des preuves sont plus frustes en Chine. En d'autres termes, la qualité des lois chinoises est inférieure à celle des lois françaises. Le législateur chinois utilise souvent des mots imprécis ou généraux dans les dispositions sur les procédés de recueil des preuves, par exemple, « autres » (其他, *qi ta*) et « ainsi que par tout moyen illégal » (等非法方法, *deng fei fa fang fa*); cette dernière utilise en chinois la conjonction 等 (*deng*), qui évoque l'énumération : « etc ». Pour étudier les raisons de cette différence à l'égard de la qualité des lois, il convient, tout d'abord, de regarder en arrière l'histoire de la modernisation du droit dans les deux pays (A); ensuite, d'examiner la mise en œuvre du contrôle de la qualité des lois (B); et enfin, d'analyser les impulsions des évolutions du droit (C).

---

<sup>604</sup> He Jiahong (何家弘), « L'exigence de la jurisprudence afin d'appliquer la règle d'exclusion des preuves illégales » ( “适用非法证据排除规则需要司法判例” ), préc., p. 106-118.

<sup>605</sup> He Jiahong (何家弘), « L'amélioration de la jurisprudence est nécessaire pour la construction de l'État de droit » ( “完善司法判例制度是法治国家建设的需要” ), préc., p. 20-30.

## A. L'histoire de la modernisation du droit

**196. La modernisation du droit chinois.** À la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, avec la chute du modèle impérial millénaire, la Chine est entrée dans une période de modernisation, qui est toujours en cours à ce jour. L'histoire de ce mouvement de modernisation, d'abord monarchique puis républicain, compte une série d'échecs institutionnels marquée par la désintégration de l'État sous l'Empire, les Seigneurs de la guerre, le Kuomintang de Chiang Kaishek, puis l'affirmation d'un État-nation devenu une dictature du Parti unique (de 1949 à aujourd'hui)<sup>606</sup>. La modernisation du droit est un aspect de la modernisation de la société chinoise. Une série des tentatives de la rédaction des lois à la fin de la dynastie Qing a engendré la modernisation du droit. Ces travaux de rédaction des lois ont été accomplis, avec l'aide des juristes Allemands et Français, par des juristes chinois qui ont visité le Japon et les pays occidentaux,. Il n'est donc pas surprenant que ces lois ressemblent aux lois japonaises ou occidentales. Ces lois ne sont pas entrées en vigueur à cause de l'effondrement de la féodalité au début du XX<sup>e</sup> siècle. Mais elles ont été des exemples très importants pour l'établissement du système de justice dans la période qui a suivi. Pendant la première moitié du XX<sup>e</sup> siècle, la modernisation du droit chinois a sans doute consisté en son occidentalisation, même si certains auteurs soulignent aujourd'hui que « modernisation et occidentalisation ne sont pas synonymes l'une de l'autre »<sup>607</sup>. Dans la seconde moitié du XX<sup>e</sup> siècle, le droit soviétique a beaucoup influencé le droit chinois, sans altérer son caractère d'imitation du droit occidental. Ainsi, dans le processus d'établissement du droit chinois moderne, le législateur s'inspire beaucoup des expériences des pays occidentaux. Néanmoins, par rapport aux expériences techniques législatives, le législateur chinois s'intéresse particulièrement aux dispositions des lois ou des codes. Plus précisément, il se demande quelles dispositions ou règles peuvent être employées en Chine. Surtout à partir de 1949, où la République Populaire de Chine a été établie, en raison de la carence normative dans chaque branche du droit, le législateur préfère imiter les lois ou les codes des pays étrangers. S'agissant de la technique législative, les Professeurs ou les chercheurs s'y sont intéressés à partir du début du XXI<sup>e</sup> siècle. Actuellement, le sujet de la technique législative est discuté non seulement à l'Université<sup>608</sup>, mais aussi dans les organes législatifs. Avec l'accroissement de la quantité des lois et l'établissement du système du droit chinois, les juristes chinois se demandent comment rédiger une loi de bonne qualité (deux aspects : la rédaction et l'application). Cette conscience de l'amélioration de la qualité des lois à travers l'étude de la technique législative est évidemment plus tardive qu'en France.

**197. La technique législative en France.** Historiquement, la technique législative, ou plutôt la conscience de l'importance du perfectionnement technique de

---

<sup>606</sup> Stéphanie Balme, *Chine, les visages de la justice ordinaire*, préc., p.259.

<sup>607</sup> Li Peilin, « La modernisation orientale et l'expérience chinoise », in *Inventer les sciences sociales post-occidentales*, 2015, n° 5, p. 25-44.

<sup>608</sup> Mou Jun (牟军), Zhang Qing (张青) « La critique sur le modèle de la législation du procédure pénale et son technique législative » ( “ 刑事诉讼的立法模式与立法技术批判 ” ), in *État de droit et développement de la société* ( 《 法制与社会发展 》 ), 2012, n° 6, p. 20-30.

la loi, est née avec la codification allemande de 1896<sup>609</sup>. Donc, l'idée de porter un regard sur la technique législative et l'apparition de ce concept sont relativement modernes. Mais les réflexions sur la qualité des lois sont anciennes. Selon l'esprit des lois de Montesquieu, « la loi devrait être facilement intelligible ; elle devrait être simple, claire, concise et sans effets littéraires »<sup>610</sup>. En effet, la codification a joué le rôle de catalyseur pour la réflexion sur la technique législative. En France, l'étude de la technique législative par la doctrine est à l'origine des deux commissions de réformes du code civil, en 1900 et en 1945.

François Gény a présenté une définition de la technique législative en 1900 à l'occasion du centenaire du Code civil français : « la technique de la législation consiste essentiellement dans l'ensemble des procédés, au moyen desquels la source capitale de droit positif chez les modernes, la Loi écrite, se trouve adaptée à son rôle spécifique, qui n'est autre que la direction précise des actions humaines vers le but ultime de toute organisation juridique »<sup>611</sup>. Plus précisément, « il s'agit de savoir comment, en la forme, elle [l'œuvre juridique] devra être conçue et réalisée, pour embrasser aussi pleinement et dominer aussi efficacement que possible les rapports juridiques, méritant règlement légal »<sup>612</sup> ; la mise en forme correspondant à « un élément, nettement distinct, d'organisation et de mise en œuvre, qui mérite le nom d'élément technique »<sup>613</sup>. S'agissant des questions intéressant la technique législative, elles varient non seulement selon les auteurs et selon les époques, mais également selon les domaines législatifs ou même les types de lois<sup>614</sup>. Pour Gény, « il semble qu'on puisse concentrer la plupart des éléments techniques, communs à toute loi écrite, autour de trois ordres d'idées principaux qui, du plus large au plus précis s'énonceraient à peu près ainsi : caractère général de l'œuvre législative ; - nature intrinsèque (ou « conception ») des dispositions légales ; - style et terminologie des textes qui les expriment »<sup>615</sup>. De même, Alexandre C. Angelesco, en 1930, s'interroge de manière concrète : « quelle sera la technique à employer dans l'avenir ? Scientifique ou populaire ? Casuistique ou générale ? Le caractère des codes d'avenir sera-t-il purement pratique, ou bien pourra-t-on employer des dispositions doctrinales ? Doit-on être précis même si pas clair, ou doit-on sacrifier la brièveté à la clarté ? Les anciens procédés : renvois, définitions, fictions, présomptions, devront-ils être employés à l'avenir ? Ne pourrait-on les remplacer par d'autres procédés ? »<sup>616</sup>.

À partir de la seconde moitié du XX<sup>e</sup> siècle, la loi en mauvaise posture est destinée à un traitement. La rédaction des lois au sens large devient désormais un défi non

---

<sup>609</sup> François Gény, « La technique législative dans la codification civile moderne (A propos du centenaire du Code civil) », in *Le Code civil. 1804-1904. Le livre du centenaire publié par la société d'études législatives*. T. II, Paris, Rousseau, 1904, p. 989.

<sup>610</sup> Ph. Malaurie, L. Aynès, *Droit civil. Introduction générale*, Paris, Cujas, 1004, n° 516, p. 183.

<sup>611</sup> François Gény, « La technique législative dans la codification civile moderne (A propos du centenaire du Code civil) », in *Le Code civil. 1804-1904. Le livre du centenaire publié par la société d'études législatives*. T. II, Paris, Rousseau, 1904, p. 994.

<sup>612</sup> *Ibid.*, p. 995.

<sup>613</sup> *Ibid.*, p. 990.

<sup>614</sup> Valérie Lasserre-Kiesow, *La technique législative. Étude sur les codes civils français et allemands*, L.G.D.J., 2002, p. 9.

<sup>615</sup> François Gény, *La technique législative dans la codification civile moderne*, préc., p. 998.

<sup>616</sup> A. C. Angelesco, *La technique législative en matière de codification civile. Étude de droit comparé*, Paris, E. de Boccard, 1930, p. 13.

seulement pour le pouvoir législatif mais également pour le pouvoir exécutif. Dans cette période de crise de la loi, la réflexion des auteurs français sur la technique législative semble imprégnée de pragmatisme. Par exemple, André Tunc ne s'intéresse pas seulement à la forme de la loi, telle qu'elle est classiquement conçue (les définitions de termes, le titre de la loi, la numérotation des articles<sup>617</sup>), mais aussi et surtout à certains articles du code concernant notamment l'interprétation ou même la prohibition de l'utilisation des travaux préparatoires<sup>618</sup>. D'ailleurs, un évènement significatif concernant la technique législative peut être relaté puisqu'un cahier de la Revue internationale de droit comparé réunit en 1956, alors que la Commission de révision du Code Civil siégeait en France depuis près de dix ans, une série d'articles concernant l'aspect technique de la codification en matière de droit privé<sup>619</sup>. La réforme avait, en effet, exhorté à « entreprendre une étude de technique législative comparée relative aux procédés par lesquels peut, dans le monde actuel, s'opérer la codification nouvelle ou la révision des codifications anciennes en matière de droit civil »<sup>620</sup>. Les questions traitées reprenaient la présentation classique de la technique législative telle qu'elle a été conçue par Gény<sup>621</sup>, certaines originalités exceptées, liées en particulier à la question du domaine de la codification civile<sup>622</sup>. Une fois encore peuvent être soulignées la multiplicité et la variabilité des questions traitées au titre de la technique législative. Mais il n'est bientôt plus question de réformer entièrement le Code civil et, et quelques trente ans après, lorsqu'en 1986 Alain Viandier sonne l'alarme, constatant que l'art législatif est « depuis longtemps entré en décadence », le ton est définitivement pessimiste. L'auteur préconise, afin de porter remède au déclin de l'art législatif, « l'encouragement et le développement de la recherche dans le domaine des sciences de la législation »<sup>623</sup>.

Un auteur français regrette que l'on ne dénombre pour l'instant que de très rares ouvrages récents sur la technique législative<sup>624</sup>. Et il a écrit que « c'est avec nostalgie peut-être que l'on se souvient d'une France célèbre au siècle des Lumières pour ses réflexions sur les lois et sur la science de la législation »<sup>625</sup>. Néanmoins, malgré le dépérissement actuel de la réflexion sur la technique de la législation, ce sujet a été amplement débattu au cours du XX<sup>e</sup> siècle en France. Les résultats de cette réflexion sont les deux amendements du code civil, c'est-à-dire que l'art de la législation a déjà été employé dans des travaux législatifs. Aujourd'hui, les règles de la technique législative sont abondantes et détaillées en France. À l'inverse, les chinois n'ont pas vécu cette histoire de la technique législative. Compte tenu de son histoire de la

---

<sup>617</sup> A. Tunc. « La technique législative du projet de Code de commerce des États-Unis », in D. 1952, chr. p.9-12.

<sup>618</sup> *Ibid.*, p. 10-11.

<sup>619</sup> Travaux de la commission de réforme du Code civil, année 1945-1946, Paris, Librairie du recueil Sirey.

<sup>620</sup> R.I.D.C. 1956, p. 5, M. A.

<sup>621</sup> R. Houin, « La technique de la réforme des codes français de droit privé », in R.I.D.C. 1956, p. 21-26.

<sup>622</sup> N. A. Said, « La technique de la codification en matière de droit privé en Egypte », in R.I.D.C. 1956, p. 371-375 ; P. G. Vallindas, « Considération de science législative sur la codification, spécialement en droit privé », in R.I.D.C. 1956, p. 22-28.

<sup>623</sup> A. Viandier, « La crise de la technique législative », in *Droit. Revue française de théorie juridique*, 1986, 4, p. 80.

<sup>624</sup> Valérie Lasserre-Kiesow, *La technique législative. Étude sur les codes civils français et allemands*, L.G.D.J., 2002, p.12.

<sup>625</sup> Valérie Lasserre-Kiesow, *La technique législative. Étude sur les codes civils français et allemands*, préc., p.13.

modernisation du droit, il convient tout d'abord d'apprendre l'évolution historique de la technique législative en France, car c'est un fondement pour la compréhension des règles détaillées sur la technique législative ; ensuite d'étudier les méthodes que les français utilisent pour améliorer la qualité de la loi (la clarté, l'intelligibilité, l'accessibilité, etc.) ; et enfin de tenir compte de la situation de la justice chinoise et des caractéristiques de la langue chinoise pour améliorer nos propres règles de technique législative.

## **B. L'institution de contrôle de la qualité des lois**

### **1. En Chine**

**198. Profusion des lois.** En Chine, l'organe législatif suprême est l'Assemblée Populaire Nationale (APN) et son Comité permanent. Dans la pratique, la Commission des affaires législatives du Comité permanent de l'ANP est chargée des travaux de rédaction des lois. Quantitativement, 263 lois existent en Chine, dont 25 lois créées ces cinq dernières années<sup>626</sup>. Les lois sont successivement adoptées par l'ANP. L'accroissement du nombre de lois est très évident.

**199. Difficulté de mise en œuvre du contrôle de la qualité des lois.** Malgré l'accroissement des dispositions législatives, le système de contrôle de leur qualité est défectueux. En fait, l'ANP, ou le Comité permanent de l'ANP, contrôle lui-même la qualité des lois. C'est-à-dire qu'il n'existe qu'un seul système de contrôle interne en Chine. Dans la pratique, celui-ci est difficile à exercer. De fait, les lois et les règlements ne précisent pas d'autres critères de qualité des lois que la conformité avec la Constitution. Concernant le contrôle de constitutionnalité, il n'existe pas, en Chine, de juridiction constitutionnelle telle que le Conseil constitutionnel en France ou la Cour constitutionnelle en Allemagne. Dans la même logique, et contrairement à ce qui se passe dans le système juridique américain, la Cour suprême chinoise n'assume pas non plus le contrôle de constitutionnalité, ni le contrôle de la légalité des textes réglementaires. Le contrôle de constitutionnalité est en théorie confié à l'ANP (l'autorité de pouvoir suprême de l'État) et à son Comité permanent. Ce dernier est une structure restreinte créée au sein de l'ANP et composée de membres qui sont eux-mêmes députés nationaux et élus par leurs pairs.

Bien qu'il soit l'organe principal du contrôle de constitutionnalité, le Comité permanent de l'ANP est confronté à diverses difficultés pour exercer ses compétences. À titre d'exemple, nous pouvons citer : difficulté d'organisation de son ordre du jour, manque de compétence de ses membres, etc. Parmi elles, il nous apparaît que la difficulté majeure réside en la contradiction entre des sessions de travail courtes et des missions très chargées. D'un côté, le Comité permanent de l'ANP n'organise en principe qu'une session tous les deux mois. D'un autre côté, la longue liste des prérogatives que le Comité permanent peut exercer en vertu de l'article 67 de la Constitution conduit à un ordre du jour de chaque session chargée, incluant par exemple la discussion et l'adoption des projets de loi. Même si le contrôle de constitutionnalité se trouve dans la longue liste de ses prérogatives, il nous semble difficile que cet organe puisse l'exercer avec ce type de fonctionnement. Par ailleurs,

---

<sup>626</sup> [http://www.xinhuanet.com/legal/2018-03/12/c\\_1122526186.htm](http://www.xinhuanet.com/legal/2018-03/12/c_1122526186.htm).

il existe également d'autres difficultés dans l'exercice de sa compétence de contrôle.

En tant qu'organe interne à l'ANP, le Comité permanent n'est jamais supérieur à l'ANP. C'est pourquoi l'alinéa 2 de l'article 88 de la loi sur la législation dispose que le Comité permanent de l'ANP peut contrôler les actes normatifs du Conseil des Affaires de l'État (CAE), des Assemblées locales et des gouvernements locaux, mais pas les lois fondamentales adoptées par l'ANP. Comme l'indique une chercheuse, l'immunité des lois adoptées par l'ANP est un grand danger pour la construction d'un État de droit en Chine.<sup>627</sup> S'il n'y a aucun doute sur le fait que les lois fondamentales construisent la structure principale du régime juridique d'un pays, il n'est pas logique que ces lois soient exclues du champ de contrôle de constitutionnalité. Par contre, si le Comité permanent se voit confier le pouvoir de contrôle des lois adoptées par l'ANP, il ne pourra pas éviter d'être critiqué pour « autocontrôle ». C'est aussi un paradoxe ! À titre d'exemple, lorsque la Loi de Procédure Pénale a été révisée en mars 2012, les nouveaux articles 37 et 83 permettant à la police de placer en détention secrète (dans des établissements officiels) des personnes soupçonnées d'infractions en rapport avec la « sécurité nationale », le « terrorisme » et la « corruption massive » pour une durée pouvant atteindre 37 jours ont fait l'objet de contestations.<sup>628</sup> Les opposants trouvent que les termes vagues de ces dispositions, comme « sécurité nationale », « terrorisme » ou « détention secrète » pourraient servir aux autorités publiques pour justifier des abus de pouvoirs et des atteintes aux droits de l'homme. Néanmoins, en raison de la carence du contrôle de constitutionnalité sur la Loi de Procédure Pénale, toutes ces controverses n'ont servi à rien.

En dehors de cela, les décisions du Comité permanent peuvent être modifiées ou annulées par l'ANP, si ce dernier les considère comme des décisions inopportunes (art. 62, alinéa 11 de la Constitution). Il existe deux cas de figure. En premier lieu, si le Comité permanent a déclaré conforme à la Constitution un acte contesté, lorsque cet acte est mis en œuvre, l'ANP peut l'annuler un an après sa mise en œuvre – compte tenu de la fréquence de la session de l'ANP. Il nous apparaît que la sécurité juridique est mise en cause. En second lieu, si le Comité permanent a déclaré non-conforme à la Constitution un acte contesté, mais que les auteurs de cet acte demandent à l'ANP de modifier ou annuler cette déclaration, alors comment peut-on faire pendant un an ou un délai inconnu au cas où cet acte porte gravement atteinte aux droits de l'homme ? Par conséquent, le Comité permanent ne peut pas exercer son pouvoir de contrôle de manière péremptoire et ses décisions ne sont définitives qu'après la ratification de l'ANP.

## 2. En France

**200. Inflation législative.** Il existe également un phénomène d'inflation législative en France. À la différence de la Chine, en France, il ne s'agit pas tant de l'augmentation du nombre de lois, qui reste stable, soit 62 lois (hors conventions) par

---

<sup>627</sup> Wang Xiuzhe (王秀哲), « Les obstacles et les propositions de réforme sur le déclenchement du contrôle de constitutionnalité par les citoyens » ( “ 公民启动违宪审查的法律困境与制度完善 ” ), in *Revue de Science Juridique du Nord* ( 《 北方法学 》 ), 2010, n°1, p.29.

<sup>628</sup> Lan Yuejun (兰跃军), « Commentaire sur les contestations de la révision de la partie générale de la Loi de Procédure Pénale 2012 » ( “ 2012 年刑事诉讼法总则部分修改若干争议问题述评 ” ), in *Commentaire sur la loi de l'Université de Shanghai* ( 上大法律评论 ), 2014, n°1, p.77

an en moyenne entre 1959 et 2006, mais de celle de leur volume<sup>629</sup>. Selon M. Bertrand Mathieu, « le recueil des lois, publié par l'Assemblée nationale, était composé de 418 pages en 1960, de 862 pages en 1975, de 1 263 pages en 1985, et d'environ 1 800 pages en 2000 »<sup>630</sup>. L'évolution de la procédure pénale se précipite. Du début de l'année 2000 à la fin de l'année 2016, on peut compter près de 110 lois touchant totalement ou partiellement à la procédure pénale, sans compter les décrets et ordonnances.<sup>631</sup> Cette prolifération de normes juridiques de plus en plus complexes et la dégradation de la qualité de ces normes comportent le risque d'une insécurité juridique. En France, deux acteurs ont joué un rôle très important dans l'institution du contrôle de qualité de la norme législative : le Conseil d'État et les assemblées parlementaires elles-mêmes. Il convient aussi d'évoquer le rôle du Conseil constitutionnel qui, au cours des dernières années, est intervenu pour lutter contre la dégradation de la qualité de la norme législative.

**201. Entreprise du Conseil d'État et des assemblées parlementaires.** Dès 1991, le Conseil d'État a consacré son rapport public annuel au thème de la sécurité juridique. Il avait appelé l'attention des pouvoirs publics et de l'opinion sur la complexité des lois et la prolifération législative. Il avait alors dénoncé « la loi bavarde » ainsi qu'« un droit mou, un droit flou, un droit à l'état gazeux »<sup>632</sup>. Quinze ans plus tard, le Conseil d'État a choisi de revenir sur ce sujet et a consacré son rapport public annuel 2006 à la sécurité juridique et à la complexité du droit. Il relevait ainsi que la complexité croissante des normes menaçait l'État de droit et que ses effets étaient néfastes tant pour le législateur, qui se trouve « contraint », « submergé » et « contourné », que pour la société, l'utilisateur étant généralement « égaré », les opérateurs économiques confrontés à une réelle insécurité et les juges « perplexes » face à l'application de ce droit<sup>633</sup>. Ainsi un *Guide pour l'élaboration des textes législatifs et réglementaires*, élaboré conjointement par des membres du Conseil d'État et le Secrétariat général du gouvernement, a été rédigé<sup>634</sup>. Il vise à présenter l'ensemble des règles, principes et méthodes devant être observés dans la préparation des textes normatifs, lois, ordonnances, décrets et arrêtés. Conçu comme « un ouvrage de référence », il poursuit l'objectif de « ne faire que des textes nécessaires, bien conçus, clairement écrits et juridiquement solides »<sup>635</sup>. De plus, en 2016, le Conseil d'État a consacré une étude à la « simplification et qualité du droit »<sup>636</sup>. Cette étude entend d'abord prendre la mesure d'un phénomène « aux multiples facettes » (prolifération, instabilité, obscurité, lourdeur de la norme), aux causes nombreuses et profondes, notamment sociologiques, politiques et juridiques, mais aussi nourri de contradictions intrinsèques. L'étude s'attache ensuite à évaluer les efforts réalisés

<sup>629</sup> La qualité de la loi, v. <https://www.senat.fr/ej/ej03/ej030.html>, consulté le 3 juillet 2018.

<sup>630</sup> Bertrand Mathieu, *La loi*, 2<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2004.

<sup>631</sup> Jean Pradel, *Procédure pénale*, préc., p. 15.

<sup>632</sup> Conseil d'État, *Sécurité juridique et complexité du droit. Rapport public 2006*, La documentation française, Paris, 2006.

<sup>633</sup> *Ibid.*

<sup>634</sup> *Guide de légistique*. La Documentation française, 2017. V. <http://www.guide-legistique.fr/guide.pdf>, consulté le 3 juillet 2018.

<sup>635</sup> *Ibid.*

<sup>636</sup> Conseil d'État, *Simplification et qualité du droit*, La documentation française, Paris, 2016.

depuis dix ans en matière de simplification et de qualité du droit, efforts que le Conseil juge indéniables, mais dont les résultats sont faibles. Le Conseil d'État, dans cette étude, fait 27 propositions afin de promouvoir une nouvelle éthique de la responsabilité et un changement de culture dans la production normative.

Les présidents des assemblées parlementaires ont, à plusieurs reprises, déploré l'inflation législative. Le président du Sénat, M. Christian Poncelet, dénonçait dans son discours d'orientation du 12 octobre 2004, la « frénésie et la boulimie » législatives<sup>637</sup> ; M. Jean-Louis Debré, alors président de l'Assemblée nationale, dans son allocution d'ouverture d'un colloque tenu au Palais Bourbon au printemps 2005, déclarait ainsi : « oui, nous légiférons trop, beaucoup trop. Et cette frénésie législative s'effectue au détriment de la qualité même de la loi »<sup>638</sup>. Quelques mois auparavant, le 3 janvier 2005, dans ses vœux au président de la République, il rappelait qu'il avait attiré l'attention du gouvernement « sur la nécessité de légiférer mieux, quitte à légiférer moins ». Il a renouvelé ce message l'année suivante, à la même occasion.

**202. Rôle du Conseil constitutionnel.** Le Conseil constitutionnel a élaboré une jurisprudence qui, non seulement encadre l'activité du législateur, mais lui impose également des exigences dans la rédaction de la loi elle-même, qu'il doit respecter pour ne pas encourir de risque de censure. La jurisprudence constitutionnelle a posé les principes suivants : non seulement le législateur a l'obligation de légiférer, mais il doit « bien » légiférer. La loi, pour être conforme à la Constitution, doit satisfaire à certaines exigences : elle doit être rédigée de façon claire, être accessible et intelligible et avoir une portée normative.

Concernant la clarté de la loi, le Conseil constitutionnel, dans sa décision n° 2001-455 DC du 12 janvier 2002, a considéré que : « *le principe de clarté de la loi, qui découle de l'article 34 de la Constitution, et l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité de la loi, qui découle des articles 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, lui imposent, afin de prémunir les sujets de droits contre une interprétation contraire à la Constitution ou contre le risque d'arbitraire, d'adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques* »<sup>639</sup>. Dans cette décision, le Conseil constitutionnel semble donner au principe de clarté et à l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité de la loi une portée et un contenu très proches. Selon la doctrine, le principe de clarté et l'objectif d'intelligibilité de la loi « représentent deux aspects d'une même exigence, mais répondant à des considérations différentes et affectées d'un rôle distinct en ce qui concerne les modalités d'exercice du contrôle de constitutionnalité »<sup>640</sup>. Le Conseil constitutionnel, se prononçant sur la clarté et la précision des infractions retenues, a également jugé, dans sa décision n° 2004-492 DC du 2 mars 2004 relative à la loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, que l'expression « bande organisée » n'était ni obscure ni ambiguë. De même, il a adopté une position identique dans sa décision n° 2004-503 DC du 12 août 2004 portant sur la loi relative aux libertés et

<sup>637</sup> La qualité de la loi, v. <https://www.senat.fr/ej/ej03/ej030.html>, consulté le 3 juillet 2018.

<sup>638</sup> Actes du colloque « *La réforme du travail législatif* », Cahiers constitutionnels de Paris I, Dalloz 2006 - Cf. également, sur le thème de « La qualité de la loi », l'intervention de M. Jean-Louis Héryn dans ce colloque.

<sup>639</sup> Cahiers du Conseil constitutionnel n° 12.

<sup>640</sup> M. Bertrand Mathieu, Petites affiches n° 191, 24 septembre 2002.

responsabilités locales<sup>641</sup> et sa décision n° 2004-504 DC du 12 août 2004 portant sur la loi relative à l'assurance maladie. Le Conseil constitutionnel a ensuite été amené à compléter sa considération du principe de clarté et d'intelligibilité de la loi pour rappeler que l'application de la loi comprend un pouvoir d'appréciation et d'interprétation, même si la loi est claire<sup>642</sup>.

Quant à l'accessibilité et l'intelligibilité de la loi, le Conseil constitutionnel, dans sa décision n° 2003-473 DC du 26 juin 2003 relative à la loi habilitant le gouvernement à simplifier le droit, a précisé qu'« outre la codification, la simplification du droit répondait également à l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi ». Si la loi doit être intelligible, elle peut être complexe sans être contraire à la Constitution<sup>643</sup>. Dans des matières très techniques, le souci de précision du législateur le conduit à voter une loi complexe, mais cette complexité est nécessaire à l'intelligibilité<sup>644</sup>. Si la loi peut être complexe sans être inintelligible, elle peut également comporter une part d'incertitude quant à son application future, dès lors que celle-ci est inévitable et que le degré d'incertitude est justifié par un motif d'intérêt général et compensé par des mesures d'information.

Sur la normativité de la loi, c'est avec son importante décision n° 2004-500 DC du 29 juillet 2004 portant sur la loi organique relative à l'autonomie financière des collectivités territoriales, que le Conseil constitutionnel a censuré pour la première fois une disposition législative dont la portée normative est incertaine. Le Conseil constitutionnel, après avoir rappelé les termes de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, selon lequel « *la loi est l'expression de la volonté générale* », considère qu'« *il résulte de cet article comme de l'ensemble des autres normes de valeur constitutionnelle relatives à l'objet de la loi que, sous réserve de dispositions particulières prévues par la Constitution, la loi a pour vocation d'énoncer des règles et doit par suite être revêtue d'une portée normative* ». Puis, il rappelle sa position sur l'obligation pour le législateur d'épuiser sa compétence, sur le principe de clarté de la loi et sur l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi. Il juge alors que « *la première des deux conditions prévues par l'article 4 de la loi déferée, relative à la garantie de la libre administration des collectivités territoriales, outre son caractère tautologique, ne respecte, du fait de sa portée normative incertaine, ni le principe de clarté de la loi ni l'exigence de précision*

---

<sup>641</sup> « *le législateur a [...] décrit en termes suffisamment clairs, précis et intelligibles les transferts de compétences prévus par [plusieurs dispositions de la loi déferée] ; qu'il n'a ni méconnu la compétence qui est la sienne en vertu de l'article 34 de la Constitution, ni porté atteinte aux exigences d'intelligibilité et de clarté de la loi* ».

<sup>642</sup> La qualité de la loi, v. <https://www.senat.fr/ej/ej03/ej030.html>, consulté le 3 juillet 2018.

<sup>643</sup> Dans sa décision n° 2000-437 DC du 19 décembre 2000 portant sur la loi de financement de la sécurité sociale pour 2001, le Conseil constitutionnel a noté que, « *si la loi déferée accroît encore la complexité des circuits financiers entre les régimes obligatoires de base de la sécurité sociale et les organismes créés pour concourir à leur financement, elle énonce de façon précise les nouvelles règles de financement qu'elle instaure ; qu'en particulier, elle détermine les nouvelles recettes de chaque organisme et fixe les clés de répartition du produit des impositions affectées ; qu'en outre, les transferts entre les différents fonds spécialisés et les régimes obligatoires de base de la sécurité sociale sont précisément définis* », et juge que « *le surcroît de complexité introduit par la loi déferée n'est pas à lui seul de nature à la rendre contraire à la Constitution* ».

<sup>644</sup> Le Conseil a en effet considéré, dans sa décision n° 2004-499 DC précitée, que, « *si la loi déferée refond la législation relative à la protection des données personnelles, c'est en vue d'adapter cette législation à l'évolution des données techniques et des pratiques, ainsi que pour tirer les conséquences d'une directive communautaire ; qu'elle définit de façon précise les nouvelles règles de procédure et de fond applicables* ».

que l'article 72-2 de la Constitution requiert du législateur organique ». Il juge en revanche que la seconde condition relative au seuil minimal est conforme à la Constitution, et prononce alors une censure partielle.

**203. Bilan.** En résumé, à la différence de la Chine, en France, il existe deux systèmes de contrôle de la qualité des lois : l'un est interne (le Conseil d'État et les assemblées parlementaires), l'autre est externe (le Conseil constitutionnel). Les critères de qualité des normes juridiques se discernent assez aisément : la clarté de la loi, l'intelligibilité et l'accessibilité de la loi, la normativité de la loi. Le Conseil d'État et les assemblées parlementaires ainsi que le Conseil constitutionnel prennent conscience de la prolifération des dispositions législatives et de la dégradation de la qualité de ces dispositions et s'efforcent de le freiner. C'est la raison pour laquelle la qualité des lois françaises est supérieure à celle des lois chinoises. Après cette comparaison, on se pose deux questions pour la Chine : est-il possible de créer un système externe de contrôle de qualité des lois ? Comment peut-elle rendre l'institution interne de ce contrôle plus effective ? Pour la première question, en raison de la réalité du système politique chinoise, nous estimons qu'il est quasi impossible de créer, à brève échéance, une juridiction constitutionnelle chargée de contrôler la constitutionnalité des normes juridiques ou leur qualité dans une courte période. Une hypothèse plus adaptée au contexte chinois est le maintien du modèle parlementaire avec la création d'un organe spécial sous la direction de l'APN<sup>645</sup>. Si la réponse à la première question est négative, alors il est nécessaire de réfléchir à la seconde question. D'un point de vue pragmatique, peu importe la forme du système, l'amélioration de la qualité des normes juridiques est un sujet commun aux deux pays. Ainsi, la Chine peut s'inspirer de quelques expériences françaises, par exemple, les critères de qualité des lois, les modalités du contrôle de leur qualité et le guide des travaux de législation.

## C. Les impulsions conduisant à des évolutions du droit

### 1. En France

**204. Deux origines à ces impulsions.** Le droit commun français évolue sous l'impulsion de deux facteurs : l'un est interne, l'autre est externe. La jurisprudence de la Cour de cassation et du Conseil constitutionnel, en suscitant des réformes législatives, constitue un facteur d'évolution interne. Le second facteur est l'influence, de plus en plus forte, du droit européen sur le droit commun français. On entend souvent que 80% des lois françaises proviennent de l'Union Européenne<sup>646</sup>. En fait, ce chiffre a été cité pour la première fois par l'ancien président de la Commission européenne Jacques Delors en 1988<sup>647</sup>. Mais selon des études récentes, 20%, et non 80% des lois sont d'origine européenne<sup>648</sup>. Peu importe le pourcentage, la pénétration

<sup>645</sup> Wang Wei, « La mise en œuvre d'un contrôle efficace de constitutionnalité en Chine », in *Revue française de droit constitutionnel* 2014/2, n° 98, p.413-444.

<sup>646</sup> Pauline Moullot, « 80% des lois françaises émanent-elles vraiment de l'UE ? », in *Libération*, 25 octobre 2017.

<sup>647</sup> « Vers l'an 2000, 80% de la législation économique, peut-être même fiscale et sociale, sera décidée par les institutions européennes », déclarait-il par exemple en 1988.

<sup>648</sup> Yves Bertoncini, « Les interventions de l'UE au niveau national : quel impact ? », v. [http://www.notre-europe.eu/media/etud73-y\\_bertoncini-fr.pdf?pdf=ok](http://www.notre-europe.eu/media/etud73-y_bertoncini-fr.pdf?pdf=ok), consulté le 5 juillet 2018 ; Matthias Fekl et Thomas Platt, « Normes européennes lois française : le mythe des 80% », v.

du droit européen dans le droit français est d'ores et déjà très évidente.

**205. Influence communautaire sur la procédure pénale française.** En matière pénale, avec l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne le 1<sup>er</sup> décembre 2009, la coopération judiciaire et policière a pris un nouvel essor<sup>649</sup>, grâce aux dispositions du Traité sur le fonctionnement de l'UE, permettant de recourir à des directives adoptées à la majorité des votes. Désormais, cette coopération ne dépend plus de la voie intergouvernementale mais relève de la voie parlementaire. En d'autres termes, conformément aux dispositions du Traité sur le fonctionnement de l'UE, le Parlement européen et le Conseil, statuant selon la procédure législative ordinaire, sont compétents pour intervenir dans certains secteurs de la procédure pénale<sup>650</sup>. Ainsi, ces dernières années, de nombreuses réformes que nous avons examinées ont été réalisées sous la forme de transpositions de directives du droit de l'Union, comme par exemples, la réforme d'ampleur de la garde à vue consacrée par la loi du 14 avril 2011, la loi n° 2014-535 du 27 mai 2014 portant transposition de la directive 2012/13/UE du Parlement européen et du Conseil, et celle du 22 mai 2012, relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales. Ces réformes portent sur le statut du suspect. Elles impliquent deux mesures d'enquête : la garde à vue et l'audition libre. Nous avons étudié minutieusement les dispositions modifiées par ces deux mesures dans le chapitre précédent. Il est pertinent d'estimer que « plus la mesure est coercitive, plus le degré de protection s'accroît »<sup>651</sup>. Ici, nous soulignons que la transposition de la directive européenne en droit pénal français est timide. C'est-à-dire que le législateur français peut choisir de ne transposer qu'une portion des dispositions de la directive européenne. Par exemple, la question de l'accès au dossier par la personne placée en garde à vue continue de faire débat. Divers arguments ont été invoqués pour soutenir le maintien d'un accès très limité au dossier tels que la difficulté pratique résultant d'une rédaction parfois différée des procès-verbaux notamment en enquête de flagrance<sup>652</sup>, ou encore le risque de mise en danger pour la victime ou le dénonciateur de l'infraction<sup>653</sup>. L'accès tel qu'il est actuellement consacré demeure très limité. En effet, lorsqu'un système national n'est pas habitué à la médication européenne et que le législateur européen laisse une grande marge d'appréciation aux États, la transposition par petites portions doit être recommandée, car c'est la meilleure façon de ne pas provoquer le rejet<sup>654</sup>. Malgré la lenteur de la transposition, elle permet de préparer les esprits et de laisser le temps pour la digestion<sup>655</sup>. De toute façon, la transposition du droit pénal européen est un facteur

---

[http://tnova.fr/system/contents/files/000/000/681/original/mythe\\_0.pdf?1436780079](http://tnova.fr/system/contents/files/000/000/681/original/mythe_0.pdf?1436780079), consulté le 5 juillet 2018.

<sup>649</sup> S. Manacorda, « Droit pénal sous Lisbonne : vers un meilleur équilibre entre liberté, sécurité et justice », in *RSC* 2010, p. 945 ; F. Picod, « Le Traité de Lisbonne : une nouvelle chance pour l'Europe », in *JCP* 2009, n° 52, p. 13 s.

<sup>650</sup> A. Huet, *Droit pénal*, Rép. Pén. Européen, Dalloz, § 1.

<sup>651</sup> M. Touillier, « Le statut du suspect à l'ère de l'europanisation de la procédure : entre « petite » et « grande » révolutions », in *RSC* 2015, p. 127.

<sup>652</sup> C. Untermaier, Rapport n° 1895 fait pour la commission des lois de l'Assemblée nationale sur le projet de loi de transposition de la directive 2012/13/UE du 22 mai 2012 relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales, p.71.

<sup>653</sup> *Ibid.*

<sup>654</sup> C. Ribeyre, « Loi portant adaptation de la procédure pénale au droit de l'Union européenne : tout ça pour ça ? », in *Droit pénal* 2015, étude n° 21.

<sup>655</sup> S. Corioland et E. Letouzey (dir.), *La transposition du droit de l'Union européenne dans la loi pénale interne* :

d'amélioration ou de progrès du droit français.

## **2. En Chine**

**206. Deux origines à ces impulsions.** Comme en France, le droit chinois évolue sous l'impulsion de deux facteurs. Mais à la différence de la France, en Chine, l'impulsion interne est plus importante que l'impulsion externe. L'acteur de l'impulsion interne est l'autorité politique suprême, et non l'autorité judiciaire suprême. C'est-à-dire que, de fait, le Parti communiste chinois dirige toutes les réformes législatives. D'ailleurs, ces réformes législatives sont souvent menées sous la pression de l'opinion publique. L'exemple de la réforme de la règle d'exclusion des preuves illégales consacrée par l'amendement de la Loi de Procédure Pénale de 2012 est particulièrement révélateur, puisque cette réforme est un remède contre la torture et l'extorsion des aveux pendant l'interrogatoire. Après avoir dénoncé une série d'erreurs judiciaires, les juristes chinois ont examiné leurs causes. Ils ont décelé que, dans toutes ces affaires, les enquêteurs ont maltraité les personnes suspectées. Certaines circonstances de ces affaires ont été publiées dans les journaux. Cela a fait grand bruit dans l'opinion publique. Le crédit des autorités judiciaires et politiques est mis en danger. Prenant conscience de cette crise de confiance, l'autorité politique suprême a décidé de déclencher des réformes législatives afin de rétablir sa réputation. En apparence, c'est une réforme du haut vers le bas, mais de fait, elle répond à une réclamation venant du bas. Par conséquent, le moteur de ces réformes législatives est le besoin réel du traitement des conflits dans la société chinoise.

Certainement, les conventions internationales et les organisations de défense des droits de l'homme jouent un rôle dans les réformes de la procédure pénale chinoise. Mais leur influence ou leur force d'impulsion est très limitée. Malgré la ratification par le gouvernement chinois, en octobre 1988, de la Convention des Nations-Unies contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, la transposition de certaines dispositions de cette Convention dans les lois internes est très limitée. D'ailleurs, de nombreuses organisations ont étudié la situation de la protection des droits de l'homme en Chine. Différentes sources, notamment le rapport sur les droits de l'homme du département d'État des États-Unis, et d'autres études d'organisations non gouvernementales telles que *Amnesty International* et *Human Rights Watch* ont inventorié les violations de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme par le Parti communiste chinois. Ces publications stimulent dans une certaine mesure l'amélioration des lois chinoises. Néanmoins, par rapport à l'impulsion interne précitée, le contexte externe n'est pas un facteur décisif de réforme de la procédure pénale.

Compte tenu de leur histoire et de leur tradition, la France et la Chine peuvent être considérées comme des pays conservateurs. Mais à cause de l'influence du droit pénal européen, le progrès du droit pénal français est plus marqué que celui de la Chine.

## **§ 2. La différence à l'égard de la qualité de la personne**

**207. Discernement de la différence.** En France, la liberté des preuves est

---

*l'intégration d'un corps étranger*, CEPRISCA, 2017, p. 189.

impactée par la nécessité de respecter les exigences de la légalité et de la loyauté. Cependant, la sévérité de ces exigences est différente selon que la preuve est rapportée par un agent de l'autorité publique ou par un particulier. Dans le premier cas, les preuves recueillies de façon illégale ou déloyale par un agent de l'autorité publique sont irrecevables dans la procédure pénale. Dans le second cas, la jurisprudence admet qu'un particulier puisse rapporter la preuve d'une infraction en usant de moyens illicites ou déloyaux. Nous avons présenté cette jurisprudence dans le chapitre où nous analysons le principe de la loyauté dans la recherche des preuves. À l'inverse, en Chine, nous ne voyons pas, dans les lois ou les interprétations des lois, cette distinction à l'égard de la qualité de la personne qui rapporte les preuves. Il apparaît que la règle d'exclusion des preuves illégales s'impose uniquement aux agents de l'autorité publique. Néanmoins, dans la pratique judiciaire, les juges chinois doivent quelquefois apprécier l'admissibilité des preuves recueillies par un particulier en usant de moyens illégaux. Actuellement, ces cas sont rares à cause de l'insuffisance de la force de la défense. Mais au fur et à mesure du développement de la justice pénale chinoise, la fréquence de ces cas va augmenter. En fait, dans le domaine universitaire, les chercheurs et les Professeurs ont déjà commencé à débattre sur ce sujet. Par rapport à la France, en Chine, ce débat a vraiment été ouvert tardivement. Il convient ici d'analyser d'abord la cause de ce retard **(A)**, puis de savoir comment la Chine peut rattraper la France **(B)**.

## **A. La cause du retard**

**208. Question.** La question est la suivante : pourquoi la Chine est-elle en retard pour discuter de l'admissibilité des preuves rapportées par un particulier en matière pénale ? Cette question aborde le statut des particuliers dans la procédure pénale. Pour y répondre, il faut examiner respectivement ce dernier en Chine **(1)** puis en France **(2)**.

### **1. En Chine**

**209. Histoire de la justice pénale chinoise et de sa culture.** Dans l'Antiquité chinoise, la loi écrite officielle est exclusivement pénale. Le droit civil, administratif ou encore commercial est apparu au début de XX<sup>e</sup> siècle, durant lequel la dernière dynastie impériale est remplacée par la République de Chine. Le seul objet du droit pénal est traditionnellement la punition des criminels. Donc, dans le Code pénal de chaque dynastie impériale, la plupart des dispositions concernent la peine. Après 1911, le système traditionnel est remplacé par un système romano-germanique. Le droit chinois a été élaboré à l'exemple du droit allemand, via le droit japonais. Les principes modernes de garantie des droits de l'homme sont apparus dans le code pénal chinois. Après 1949, année où la République populaire de Chine est établie par le parti communiste chinois, un système du style de l'URSS est établi. Mais à partir de l'année 1978, lors de laquelle la Chine a commencé à faire des réformes économiques et politiques, le droit chinois a connu un développement important à travers des emprunts faits aux différents droits étrangers. Ainsi, aujourd'hui, si nous lisons les dispositions de la loi pénale chinoise ou de la Loi de Procédure Pénale chinoise, nous sentons qu'il n'y a pas de grande différence avec l'esprit de la justice pénale française.

Néanmoins, la valeur traditionnelle du droit pénal subsiste dans la société chinoise, notamment dans l'opinion du peuple. C'est la raison pour laquelle la réforme pénaliste est difficilement entamée ou mise en œuvre. En effet, depuis 1978, le droit civil et le droit commercial ont été amendés à plusieurs reprises, alors que la Loi de Procédure Pénale a été modifiée trois fois (en 1996, 2012 et 2018). Par dessus tout, la culture de la justice pénale chinoise est marquée par le pouvoir souverain du clan des dirigeants contre les personnes ayant commis ou étant suspectées d'avoir commis une infraction. Autrement dit, le droit pénal ou la loi de procédure pénale confie aux agents de l'autorité judiciaire le pouvoir de punir les criminels et de maintenir l'ordre social.

**210. Renforcement des droits de l'homme.** Puisque les droits occidentaux inspirent le droit chinois, le concept du renforcement des droits de l'homme pénètre progressivement dans la pensée juridique pénale chinoise. Compte tenu des besoins réels et du contexte international, ce concept est accepté en droit positif. Plusieurs dispositions ont été modifiées ou insérées dans la nouvelle LPP en 2012 en vue de parvenir au renforcement des droits de l'homme. À titre d'exemple, la tâche du « respect et de la garantie des droits de l'homme » a été insérée dans l'article 2 de la LPP afin de correspondre à l'article 33 de la Constitution<sup>656</sup>; un chapitre titré « les preuves » a été créé pour la bonne administration des preuves; le chapitre titré « l'enquête » a été révisé en vue d'encadrer le pouvoir des enquêteurs. Ainsi, le statut des particuliers dans la procédure pénale a été réellement amélioré au cours de ces dernières années. Auparavant, malgré l'assistance de l'avocat, les droits de la personne poursuivie étaient très faibles. Ce phénomène peut être expliqué par deux raisons : le faible nombre d'avocats pénalistes et les limites de leurs droits. Pour ce dernier point, il convient de souligner notamment le droit d'investigation et de rassemblement des preuves. En fait, avant 2012, ce droit était assez symbolique. Mais, depuis la création de la règle d'exclusion des preuves illégales en 2012, les cas où l'accusé ou son avocat rapportent des preuves pour prouver l'illégalité des comportements des enquêteurs sont progressivement apparus. Cela demande aux juges pénaux d'apprécier l'admissibilité des preuves rapportées par un particulier.

## 2. En France

**211. Renforcement des droits des particuliers.** La modernisation de la procédure pénale française a débuté en 1808, avec la promulgation du Code d'instruction criminel. Ce code constitue le fondement de la procédure pénale française contemporaine. De profondes transformations ont suivi l'entrée en vigueur du Code de procédure pénale, le 2 mars 1959. Depuis 1808, le législateur français n'a cessé de renforcer les droits des particuliers, notamment les droits de la personne poursuivie. Cette dernière a été dénommée initialement « inculpée », puis « personne mise en examen » depuis la loi du 4 janvier 1993. La loi Constans du 8 décembre 1897 lui a permis d'être assistée par un avocat ayant accès au dossier. Près de cent ans plus tard, avec la loi du 4 janvier 1993, l'avocat fit timidement son apparition timide dans les locaux de garde à vue. Ensuite, elle a obtenu le droit de présenter des requêtes en nullité, de solliciter des actes d'investigation, de contester le bien-fondé même de sa

---

<sup>656</sup> Le législateur a adjoint « l'État respecte et garantit des droits de l'homme » dans l'article 33 de la Constitution en 2004.

mise en examen et de saisir directement la chambre d'instruction à des fins de contrôle<sup>657</sup>. Enfin, le législateur a multiplié les réformes afin de limiter le recours à la détention provisoire. La plus célèbre est sans doute celle de la loi du 15 juin 2000. Cette loi a retiré au juge d'instruction les pouvoirs qu'il détenait en la matière pour les confier à un juge des libertés et de la détention. Dans le même temps, le législateur s'est efforcé de développer le débat oral et contradictoire au cours de l'instruction. Les droits de la partie civile ont connu une évolution semblable. Le facteur le plus important de cette évolution est sans aucun doute l'affirmation progressive des droits de l'homme. Ces derniers sont proclamés par des textes de valeur supérieure, notamment les dispositions des articles 5 et 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CESDH), qui constituent l'armature de la procédure pénale française. Ainsi, le renforcement des droits de la personne poursuivie et de la partie civile s'effectue progressivement en France. Dans ce contexte, les particuliers sont beaucoup plus actifs qu'avant. Il n'est donc pas surprenant qu'ils soient enclins à apporter des preuves aux tribunaux pénaux.

En un mot, par rapport à la France, la modernisation de la justice pénale chinoise est en retard. C'est la raison pour laquelle les droits des particuliers ont été réellement renforcés ces dernières années en Chine. Le droit d'investigation et de rassemblement des preuves est l'un des droits des particuliers. Les particuliers ont commencé à apporter des preuves devant les tribunaux en 2012. Par conséquent, les juristes chinois ont, ces dernières années, pris en considération le sujet de l'admissibilité des preuves apportées par un particulier en matière pénale.

## **B. La possibilité de rattrapage**

**212. Deux points de vue.** Concernant l'admissibilité des preuves apportées par un particulier, il existe deux points de vue parmi les juristes chinois. D'après le premier, les preuves apportées par un particulier, notamment un accusé ou son avocat, sont encadrées par la règle d'exclusion des preuves illégales. Les juristes chinois qui prennent cette position, inspirée par la théorie de la pondération (权衡理论) de l'Allemagne, ont proposé de créer des règles d'exclusion des preuves illégales apportées par un particulier. Ils ont précisé les règles suivantes : si un particulier obtient des preuves matérielles et écrites de façon non-violente (vol ou photographie clandestine), les juges n'excluent pas ces dernières du dossier de procédure pénale ; sauf cas grave, si un particulier obtient des preuves matérielles et écrites par le biais de la tromperie ou la séduction, les juges n'excluent pas ces dernières du dossier de procédure pénale ; les juges doivent exclure du dossier de procédure pénale toutes les preuves obtenues par des moyens violents ou par des menaces, puisque ces moyens portent atteinte aux droits fondamentaux<sup>658</sup>. D'après le second point de vue, les preuves apportées par un particulier n'entrent pas dans le champ d'application de la règle d'exclusion des preuves illégales. Selon cette position, les comportements

---

<sup>657</sup> Desportes, Frédéric. *Traité de procédure pénale*. préc., n° 40.

<sup>658</sup> Li Yong (李勇), Wang Biao (王彪), « Les preuves rapportées par les accusés, sont-elles encadrées par la règle d'exclusion des preuves illégales ? » ( “ 辩方证据是否适用非法证据排除规则 ” ), *Journal de Parquet* ( 《 检察日报 》 ), 30 décembre 2015.

illégaux des particuliers sont déjà suffisamment sanctionnés par le droit substantiel (le droit pénal) ; la sanction procédurale (la règle d'exclusion des preuves illégales) n'est donc pas nécessaire<sup>659</sup>. Les juges apprécient l'admissibilité et la force probante de ces preuves. Le point commun de ces deux points de vue consiste en l'appréciation, au cas par cas, des preuves recueillies par un particulier. Leur divergence réside dans la nécessité de fixer des règles à cette appréciation. À notre avis, il n'est pas nécessaire de préciser par des dispositions les cas où les preuves apportées par un particulier sont recevables. En effet, les trois cas proposés par les juristes dans le premier point de vue ont de peu de poids. Les moyens violents ou les menaces sont effectivement sanctionnés par le droit substantiel. Par ailleurs, après avoir considéré leur fiabilité, il y a une forte probabilité que les juges excluent les preuves obtenues par le biais de la tromperie ou de séduction. Ainsi, il convient de donner une marge d'appréciation aux juges pour décider de l'admissibilité des preuves apportées par un particulier. Autrement dit, la jurisprudence est nécessaire pour améliorer le système de la règle d'exclusion des preuves illégales. Nous avons analysé cet avis précédemment. Ici, nous préférons regarder plus précisément les normes possibles de la jurisprudence.

**213. Normes possibles de la jurisprudence.** À cause de l'arrivée tardive de ce sujet et aussi de l'imperfection du régime de la jurisprudence en Chine, nous ne pouvons actuellement étudier les normes de la jurisprudence chinoise. Cependant, la jurisprudence française nous offre un exemple pour réfléchir concrètement à ce sujet. En France, la solution retenue par la Cour de cassation donne une plus large portée au principe de liberté des preuves lorsque celles-ci sont constituées par des particuliers. Elle peut être expliquée ou justifiée par trois séries de considération. Tout d'abord, la liberté de la preuve s'exerce dans le respect du principe de légalité. Dans la procédure pénale, ce dernier est exclusivement applicable aux actes des agents de l'autorité publique, et ne s'applique donc pas aux particuliers. « Lorsqu'une partie ou une personne extérieure au procès tente d'établir la preuve d'une infraction, on ne saurait subordonner la recevabilité du moyen de preuve produit par elle au respect des formes prévues par la loi, pour la simple raison que ces formes ne s'imposent pas à elle »<sup>660</sup>. Ensuite, il s'agit de la nature des actes accomplis. Les mesures d'investigation exécutées par un agent de l'autorité publique s'analysent en des actes de procédure. Leur annulation constitue la sanction de leur irrégularité. En revanche, les investigations accomplies par une partie ou un tiers ne constituent pas des actes de procédure. Ils ne sont donc pas susceptibles d'annulation<sup>661</sup>. Enfin, il s'agit de prendre en considération l'intérêt de la recherche de la vérité. Certes, ce dernier ne peut tout justifier. « Il ne peut en particulier autoriser des agents de l'autorité publique à s'émanciper des règles que la loi leur impose pour la recherche des infractions. Mais il peut conduire à admettre que l'on prenne en considération des éléments de preuve

---

<sup>659</sup> *Ibid.*

<sup>660</sup> Desportes, Frédéric. *Traité de procédure pénale*. préc., n° 601.

<sup>661</sup> La Cour de cassation l'a relevé à plusieurs reprises. Crim. 28 avr. 1987, B. n°173, à propos de la transcription d'un enregistrement clandestin de conversation par l'un des participants ; 23 juill. 1992, B. n°274 ; D. 1993, somm. p.206, à propos de la production d'un film pris par une caméra dissimulée montrant une caissière détournant de l'argent ; 19 janv. 1999 préc. n° 600 ; 31 janv. 2012, B. n°27, à propos de la transcription de l'enregistrement de conversation privées dont des conversations entre un avocat et son client. V. Desportes, Frédéric. *Traité de procédure pénale*. préc., n° 601.

obtenus par des procédés déloyaux ou illicites, pour établir la preuve d'un crime ou d'un délit, dès lors qu'ils sont le fait d'une personne agissant à titre privé »<sup>662</sup>.

Ces considérations de la Cour de cassation française peuvent inspirer les juges chinois. Mais la première question à laquelle les juristes chinois doivent réfléchir est la suivante : « est-il nécessaire de donner une plus large portée au principe de la liberté des preuves lorsque celles-ci sont apportées par des particuliers ? » Compte tenu de la réalité de la situation de la justice pénale chinoise, il est impossible pour les juges chinois de recevoir toutes les preuves constituées par des particuliers, notamment les preuves à décharge. En France, contrairement à la solution retenue en matière pénale, l'admission des preuves obtenues par des particuliers selon des procédés illicites ou déloyaux est exclue par la Cour de cassation en matière civile. Cette différence a conduit à une controverse, tranchée par l'assemblée plénière qui a confirmé cette divergence. S'appuyant sur l'article 9 du code de procédure civile, l'article 6, § 1<sup>er</sup> de la Convention EDH et le « *principe de loyauté dans l'administration de la preuve* », elle retient que « *sauf disposition contraire expresse du code de commerce, les règles du code de procédure civile s'appliquent au contentieux des pratiques anticoncurrentielles relevant de l'Autorité de la concurrence* »<sup>663</sup>. Ces solutions différentes peuvent s'expliquer, la question de la recevabilité de la preuve ne se posant pas de la même manière en matière pénale et en matière civile. La solution en matière pénale n'oblige pas les particuliers à respecter la légalité ou la loyauté dans la recherche des preuves. Cela peut conduire en fait les enquêteurs à demander à un tiers du procès de recueillir des preuves pénales. Selon la jurisprudence de la Chambre criminelle, il ne serait pas admissible que les enquêteurs puissent contourner ces exigences en faisant accomplir par un tiers les actes qu'ils n'avaient pas le droit d'effectuer eux-mêmes<sup>664</sup>. Mais parfois, il est délicat de distinguer les actes accomplis par un tiers lui-même et ceux accomplis par les enquêteurs<sup>665</sup>. Ainsi, nous espérons que les juges chinois étendent dans une certaine mesure la portée de la liberté des preuves lorsque celles-ci sont apportées par les particuliers. Mais il convient en même temps de préciser que les preuves obtenues par les particuliers au travers d'infractions violentes sont irrecevables.

---

<sup>662</sup> Desportes, Frédéric. *Traité de procédure pénale*. préc., n° 601.

<sup>663</sup> Com. 3 mars 2009, n° 08-13.767, Bull. civ. IV, n° 29 ; D. 2009. 805, obs. E. Chevrier (procédure de renvoi après cassation).

<sup>664</sup> Cass. crim., 11 mai 2006, Bull. crim. n° 132, à propôs de la transmission des images pédophiles. V. Etienne Vergès, « Provocation policière, loyauté de la preuve et étendue de la nullité procédurale », in *AJ Pénal* 2006, p. 354.

<sup>665</sup> Crim. 16 déc. 1997, B. n°427 ; D.1988, IR, P.81; Procéd. 1998, comm. n°98. La Chambre criminelle a sanctionné la pratique policière consistant à faire téléphoner un suspect à un tiers pour provoquer, à l'insu du correspondant, le recueil de propos incriminants, actés sur procès-verbal, une telle manœuvre ayant pour objet et résultat d'éluder les principes et les règles fondamentales de l'instruction et de porter atteinte aux droits de la défense.



## Conclusion du Chapitre I

**214. Quatre éléments différents.** Dans ce chapitre, nous avons analysé les différences entre les deux pays dans leur réforme visant à encadrer la liberté dans la recherche de la preuve en matière pénale et les causes de ces dissemblances. En résumé, ces différences peuvent être distinguées en quatre points. Tout d'abord, les deux pays adoptent des solutions différentes : pour la Chine, la règle d'exclusion des preuves illégales ; pour la France, la légalité et la loyauté dans la recherche de la preuve. Cette différence dépend du système de justice pénale du pays lui-même (les raisons internes), et aussi de l'attitude du pays face à l'influence du droit anglo-saxon (les raisons externes). Ensuite, les solutions retenues par les deux pays impliquent différents niveaux : pour la Chine, le niveau de la loi ; pour la France, deux niveaux (la loi et la jurisprudence). La cause de cet écart réside dans l'état différent de la jurisprudence dans les deux pays. De plus, les lois françaises sont de meilleure qualité que les lois chinoises. Les causes de cette différence de qualité s'expliquent comme suit : historiquement, la modernisation du droit chinois est arrivée tardivement en comparaison du droit français ; institutionnellement, le régime du contrôle de la qualité des lois est difficilement mis en œuvre en Chine ; contextuellement, par rapport à la Chine, l'impulsion extérieure des évolutions du droit français est plus forte. Enfin, la différence porte sur la qualité de la personne apportant les preuves. Plus précisément, à l'inverse du cas où l'agent de l'autorité publique recueille les preuves, le droit pénal français donne une portée plus large à la liberté des preuves lorsque celles-ci sont constituées par des particuliers. Le droit pénal chinois ne fait pas cette distinction. Mais le cas de figure où des particuliers apportent des preuves étant apparu dans la pratique, ainsi que le sujet de l'admissibilité des preuves apportées par des particuliers a commencé à être débattu ces dernières années. Ce retard de la Chine découle du retard du renforcement des droits de l'homme dans la procédure pénale chinoise. En dehors de ces dissemblances, il convient d'étudier les ressemblances.



## Chapitre II. Les ressemblances

**215. Trois points essentiels.** Bien qu'il existe des différences, on peut également identifier des ressemblances entre les deux pays dans l'encadrement de la liberté dans la recherche des preuves. Premièrement, les réformes permettent à la procédure pénale d'atteindre son point d'équilibre (**Section I**). Deuxièmement, il apparaît une contestation sur le contrôle des actes des enquêteurs (**Section II**).

### Section I. La recherche d'un équilibre procédural

**216. Les intérêts assurés par la procédure pénale.** Il est banal de dire que la procédure pénale assure la conciliation entre l'intérêt général et les intérêts individuels. Selon le point de vue de M. le Professeur Pradel, l'intérêt général recouvre trois notions voisines : la bonne administration de la justice, l'ordre public ainsi que le bien commun ; les intérêts individuels concernent l'auteur ou la victime, mais plus particulièrement l'auteur que la victime, car le procès pénal est avant tout un procès entre l'État et l'auteur<sup>666</sup>. En bref, il faut concilier l'ordre général et les libertés, ou la sécurité d'État et les libertés des citoyens, ou encore la lutte contre les crimes et la protection des droits de l'homme. En fait, ces deux valeurs ne sont pas opposées. Comme l'a écrit le philosophe Alain: « la liberté ne va pas sans l'ordre, l'ordre ne vaut rien sans la liberté »<sup>667</sup>. Cependant, la difficulté est de savoir comment concilier ces deux intérêts. Autrement dit, où placer « le curseur sur la règle des droits et libertés ? »<sup>668</sup>. D'un point de vue panoramique, les réformes de la procédure pénale dans ces deux pays, que nous avons analysées dans le chapitre précédent, permettent d'expliquer comment les hommes de loi recherchent un point d'équilibre procédural (**§ 1**). On peut illustrer cette recherche par deux exemples : l'un relatif à l'interrogatoire, l'autre à l'écoute judiciaire. On peut également s'interroger sur les causes de plusieurs retouches à l'égard de ces deux mesures (**§ 2**).

#### § 1. Les manifestations de la recherche d'un point d'équilibre procédural

**217. Deux exemples.** Nous avons analysé plusieurs procédés de recueil des preuves dans le chapitre précédent. Ici, il convient de préciser la façon par laquelle les hommes de loi cherchent un point d'équilibre de la procédure pénale, à travers notamment l'interrogatoire (**A**) et l'écoute judiciaire (**B**). La raison du choix de ces exemples est simple : retouchées à plusieurs reprises, ces deux mesures permettent de refléter le processus de conciliation entre la sécurité et la liberté.

---

<sup>666</sup> Jean Pradel, *Procédure pénale*, préc., p. 20.

<sup>667</sup> Alain, propos d'un Normand, cité par Jean Pradel, *Procédure pénale*, préc., p. 20.

<sup>668</sup> A. M. Boisvert, *La lutte au terrorisme et les réflexes du législateur canadien à un déplacement des frontières du droit répressif*, Colloque Poitiers-Montréal, décembre 2002, LGDJ, 2004, p. 74.

## A. L'exemple de l'interrogatoire

### 1. En France

**218. Alternance des lois privilégiant la sécurité ou les libertés.** Puisque le législateur français ne consacre pas de régime d'autonomie de l'interrogatoire, nous pouvons l'étudier par le biais de la garde à vue et de l'audition libre. Au cours des dernières décennies, les réformes législatives sur ces deux mesures se sont multipliées. L'influence de la Cour EDH et de l'Union européenne est sans doute très forte. Malgré la complexité des lois et de la théorie, le point essentiel de ces réformes est le renforcement des droits de la personne interrogée dans la phase de l'avant-procès. Et les controverses causées par ces réformes se concentrent sur le niveau de ce renforcement. En substance, il s'agit de la conciliation entre la sécurité et les libertés. En fait, l'alternance des lois privilégiant tour à tour la sécurité ou les libertés est toujours en cours depuis le début des années 80<sup>669</sup>. Afin de renforcer la sécurité, le législateur a adopté la loi du 2 février 1981 dite « Sécurité et Liberté » et la loi du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure. À l'inverse, on peut citer la loi du 4 janvier 1993 portant réforme de la procédure pénale ou la loi du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes. Cette dernière était un signe libéral. Mais les lois françaises n'inclinent pas continuellement au libéralisme. Sous l'influence des événements terroristes et de la montée de la criminalité, plusieurs lois postérieures à l'année 2000 tendent à renforcer la sécurité, comme par exemple, la loi n° 2001-1062 du 15 novembre 2001 relative à la sécurité quotidienne, la loi du 9 mars 2004 dite Perben II ou la loi n° 2007-291 du 5 mars 2007 tendant à renforcer l'équilibre de la procédure pénale.

**219. Régularisation du curseur vers les droits de la personne interrogée.** Plus précisément, grâce à la loi du 15 juin 2000, le législateur a renforcé les droits de la personne interrogée. Mais par la loi du 9 mars 2004, il a consacré une exception lorsque la personne interrogée est soupçonnée de terrorisme ou de crimes organisés. Sous l'influence des attentats parisiens de l'automne 2015, la portée de ces exceptions a été étendue 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. Le but de ces lois vise évidemment à faciliter les travaux de l'enquête et de l'instruction. Corrélativement, les droits de la personne interrogée sont affaiblis dans les affaires concernant le terrorisme ou les crimes organisés. Comme M. le Professeur Vergès l'a écrit, « le mouvement de développement des droits individuels dans le procès pénal semble arriver à son terme »<sup>670</sup>.

Il faut rappeler que les réformes ci-dessus concernent exclusivement la phase de l'instruction, et non la phase de l'enquête policière. Autrement dit, depuis longtemps, si une personne est interrogée par la police durant l'enquête préliminaire, elle n'a pas les mêmes droits que ceux de la personne gardée à vue. La réforme de l'audition libre semble modifier la situation de la personne interrogée durant l'enquête policière.

---

<sup>669</sup> Etienne Vergès, « La procédure pénale à son point d'équilibre », préc., p. 551 et s.

<sup>670</sup> *Ibid.*

Mais en fait, les droits de cette dernière ne sont pas égaux aux droits des gardés à vue. N'oublions pas que l'agent de l'autorité judiciaire peut refuser de protéger les droits de la personne auditionnée libre sous le nom de « suspect libre ». Pourquoi le législateur français a-t-il préféré créer l'audition libre, plutôt que l'interrogatoire autonome ? En effet, ce dernier permet d'unifier le critère de la protection des droits de la personne interrogée dans la phase d'avant-procès ; en revanche, la première complexifie le régime de l'interrogatoire. Nous estimons que cette complexification s'explique par la recherche d'un point d'équilibre procédural par le législateur français. D'un côté, face à l'exigence de l'Union européenne de renforcement des droits de suspects et compte tenu de la jurisprudence constitutionnelle concernant l'enquête préliminaire, le législateur français doit renforcer les droits de la personne interrogée durant l'enquête policière. D'un autre côté, vu les circonstances actuelles de lutte contre le terrorisme et l'intérêt supérieur de la manifestation de la vérité, le législateur français ne peut pas totalement transposer l'exigence européenne dans les lois internes. Ainsi, en apparence, la transposition des directives européennes dans les lois françaises conduit à un renforcement audacieux des droits de la personne interrogée. Mais en fait, la portée de ce renforcement est très limitée. Nous estimons donc que le législateur français donne une espace assez large afin de laisser mûrir la protection des droits de la personne interrogée durant l'enquête policière.

## **2. En Chine**

**220. Comparaison avec la France.** Parallèlement à la France, en Chine, la réforme sur l'interrogatoire a également beaucoup évolué au cours de ces dernières années. On se souvient bien que l'interdiction de la torture et de l'extorsion des aveux est un enjeu de l'amendement de la Loi de Procédure Pénale en 2012. De plus, ce dernier consacre dans l'article 2 que « l'État respecte et garantit les droits de l'homme », et crée la règle d'exclusion des preuves illégales afin de sanctionner les comportements illégaux des agents de l'autorité publique, notamment les violences, les menaces et les tromperies. En ce sens, comme la loi du 15 juin 2000 en France, la nouvelle LPP est aussi une loi privilégiant « la liberté ». De même, la Chine n'a pas continué à suivre la voie de la liberté. Néanmoins, à la différence de la France qui régularise le curseur entre la sécurité et les libertés à travers des dérogations, le législateur chinois le fait par le biais de l'utilisation de mots ambigus ou généraux afin de laisser une large liberté de manœuvre à l'agent de l'autorité judiciaire. Nous avons présenté ce phénomène dans le chapitre précédent. Ici, il convient d'analyser les autres facteurs empêchant l'application effective de la nouvelle LPP.

**221. Les textes édictés par les organes administratifs et le PCC.** Le premier facteur est l'influence des textes édictés par les organes administratifs et le Parti communiste chinois. Le procès pénal permet d'accéder au système politique, et permet aussi de comprendre les rouages internes de la mainmise du Parti Communiste sur la justice. Si nous voulons approfondir notre recherche, nous ne devons pas oublier que la Chine possède un système politique avec un parti unique. Dans ce contexte, les textes édictés par les organes administratifs et le PCC ont un impact énorme sur la pratique de la justice pénale. Malgré leur absence de valeur juridique, ces textes sont, en pratique, respectés par les hommes de loi. Dans certains cas, leur pouvoir est

supérieur à celui de la loi. Cela conduit à l'inutilité de certaines dispositions de la LPP. À titre d'exemple, pendant l'opération anti-mafia de l'été 2009<sup>671</sup>, le Bureau de la justice de Chongqing a délivré un texte administratif - « Avis relatif au renforcement des travaux anti-mafia ». Selon ce texte, lorsque les avocats défendent un accusé, ils doivent insister sur « les faits principaux qui sont clairs et les preuves principales qui sont probantes »<sup>672</sup> et ils ne peuvent pas s'acharner sur des questions mineures. Cette exigence est contraire aux devoirs des avocats prévus par l'article 35 de LPP - « les défenseurs doivent selon les faits et les lois, apporter tous les éléments et renseignements pour prouver l'innocence des suspects ou accusés ainsi que les circonstances d'atténuation ou exonération de leurs responsabilités pénales, afin de protéger les droits des suspects ou accusés ». Si les avocats se penchent seulement sur les faits principaux et les preuves principales, comment peuvent-ils protéger effectivement les droits des suspects ou accusés ? Malgré cela, à l'époque, les avocats devaient défendre leurs clients selon ce texte, sinon ils auraient fait face aux critiques des magistrats, voire même aux accusations du procureur. Même si c'est un cas extrême apparu dans une période de campagne politique, on peut observer, par ce cas, comment cette sorte de texte influence l'application de la LPP.

De même, quand il y a un conflit entre les textes édictés par le PCC et la LPP, le pouvoir du PCC empiète effectivement sur la procédure pénale. Par exemple, en vertu de l'article 18 de la LPP, les parquets enquêtent sur les crimes de corruption ; et selon l'article 44 de la Constitution du PCC, le Comité central pour l'inspection disciplinaire (CCID) contrôle la conduite des membres du parti et traite des affaires de corruption commis par ces derniers. Ainsi, si l'auteur d'un crime de la corruption est un membre ou cadre du parti, il y a un conflit de compétence entre les deux organes. Dans la pratique, la plupart des auteurs de ce crime sont des membres ou cadres du parti. Comment ces deux organes parviennent-ils à un compromis ? Avec le système du parti unique, le CCID revêt évidemment un statut politique supérieur. Il n'est donc pas surprenant que, dans la pratique, le parquet préfère de laisser faire le CCID. C'est aussi une position de pragmatisme, car le CCID peut s'affranchir de l'application de la LPP dans les enquêtes pour crime de corruption. Compte tenu de la clandestinité de ce crime et de l'efficacité de l'enquête, dans la plupart des cas, ce type d'affaires est traitée par le CCID au début, puis est transmise au parquet pour déclencher le procès pénal. C'est une façon de contourner la LPP et dans ce cas le procès pénal qui suit devient en effet un spectacle. Toutefois, la construction de l'État de droit est demeurée un enjeu pour les dirigeants du PCC. Il faut donc répondre aux questions concrètes dans ce domaine. Par exemple, si les preuves ou les renseignements rassemblées par le CCID peuvent-ils être administrées dans la procédure pénale ? La

---

<sup>671</sup> L'opération anti-mafia de Chongqing était une campagne politique lancée par Bo Xilai, l'homme politique qui était le maire de Chongqing à l'époque. Des milliers de personnes ont été jetées en prison à travers la Chine. Dénommée « Frapper la noirceur », cette campagne a été entachée d'allégations de tortures pour arracher des aveux et de confiscations illégales des biens des suspects. Li Zhuang, avocat d'un chef mafieux, jugé pour meurtre, trafic de drogue et d'armes, accusé lui-même de « faux témoignage », avait été condamné à un an et demi de réclusion. Voir Stéphanie Balme, « La justice pénale en Chine : son évolution et son avenir », notes de l'IHEJ, 2012, p.1-31.

<sup>672</sup> En fait, « si les faits principaux sont clairs et les preuves principales sont probantes », c'est le critère de l'achèvement d'enquête.

LPP de 2012 stipule à l'article 52 que « les preuves matérielles, les preuves écrites, les données audiovisuelles et les preuves électroniques rassemblées par les organes administratifs peuvent être administrées dans la procédure pénale. » Cet article prévoit seulement « les organes administratifs ». Les rouages internes du PCC peuvent-ils correspondre à cette disposition ? Pour certains auteurs<sup>673</sup>, la réponse est oui. Parce que le CCID coopère souvent avec le secteur de l'inspection administrative, il est difficile de distinguer les preuves rassemblées par le premier et celles récoltées par le deuxième. À notre avis, « les organes administratifs » ne correspondent pas aux rouages internes du PCC, et il faudrait ajouter « les organes internes du parti ». Cependant, cette modification toucherait aux intérêts du PCC, parce qu'elle lui demanderait de se soumettre aux lois. Ce que les dirigeants chinois veulent, c'est faire cohabiter l'État de droit avec le système de parti unique, et non affirmer la place suprême de l'État de droit. C'est pourquoi, lorsque la LPP a été amendée en 2012, le législateur n'a pas mentionné les organes internes du parti dans l'article 52.

**222. Les règles implicites.** Le second facteur est l'influence des règles implicites. Peu importe le pays, la loi écrite ne peut pas prévoir toutes les situations rencontrées dans la pratique. L'écart entre la loi écrite et la pratique suscite donc des règles implicites. Même si une loi était parfaite, son application resterait influencée par des règles implicites. Les pays de la *common law* ne font pas exception. Comme l'écrit le Professeur américain Alan Dershowitz dans son livre « La meilleure défense » (*The best defense*), « il existe treize règles implicites dans la pratique pénale aux États-Unis, par exemple, il est plus facile de condamner des accusés par des moyens illégaux ; dans certains cas, sans violation des lois, il n'est pas possible de condamner les accusés ; presque toutes les polices du monde entier ne disent pas la vérité, lorsqu'elles sont questionnées sur la légalité de leurs procédés. »<sup>674</sup>. En Chine, les règles implicites sont beaucoup plus nombreuses, car c'est un pays où l'État de droit est en cours de construction. Bien qu'interdites par la loi écrite, de telles règles implicites sont utilisées par les hommes de loi.

À titre d'exemple, pour freiner le recours à la torture et à d'autres moyens illégaux durant l'enquête, le législateur a introduit l'enregistrement audiovisuel des interrogatoires dans la LPP en 2012. En vertu de l'article 121 de la LPP, « les interrogatoires des suspects peuvent faire l'objet d'un enregistrement audiovisuel ; en ce qui concerne les suspects qui encourent la réclusion criminelle à perpétuité ou la peine de mort ou s'agissant de crimes graves, les interrogatoires doivent faire l'objet d'un enregistrement audiovisuel ; ce dernier se déroule du début à la fin de l'interrogatoire et doit être conservé entièrement. » Cependant, ce nouveau système ne répond pas à l'intention du législateur. Au contraire, il est utilisé par l'accusation au lieu de la défense à cause d'une règle implicite – « les enquêteurs enregistrent une partie de l'interrogatoire et les parquets transmettent une partie des données audiovisuelles au tribunal pour soutenir l'accusation ». Pour expliquer ce point plus

---

<sup>673</sup> Lang Sheng (郎胜), *L'interprétation de Loi de Procédure Pénale de République Populaire de Chine* (《中华人民共和国刑事诉讼法释义》), préc., p. 111.

<sup>674</sup> Dershowitz (德肖维茨), *La meilleure défense* (《最好的辩护》), traduit par Li Zhenying et Guo Meijing (李贞莹、郭静美译), Presse de Nan Hai (南海出版公司) 2002, p.5.

clairement, nous allons présenter les stratégies concrètes utilisées par la police et le parquet dans la pratique. S'agissant de la police, elle ne fait pas d'enregistrement audiovisuel du premier interrogatoire. Lorsque les suspectes reconnaissent le crime sous la pression de la ruse, de moyens illégaux ou encore de la torture, la police commence à enregistrer l'interrogatoire.<sup>675</sup> Dans certains cas, la police fait une répétition avant l'enregistrement afin de garantir la force probante des données audiovisuelles.<sup>676</sup> Concernant le parquet, dans la plupart des cas, il sélectionne une partie des données audiovisuelles pour la projeter en audience afin de soutenir son accusation. Il est très rare qu'il projette les données entières sauf si les conduites des enquêteurs sont parfaitement légales. Même si les prévenus ou leurs avocats peuvent en théorie demander au juge de projeter l'enregistrement entier, le juge prend en pratique parti pour le procureur, autrement dit, l'autorisation du juge dépend de la position du procureur.

Par conséquent, bien que la nouvelle LPP soit marquée par sa tendance au renforcement des droits de l'homme, les obstacles à son application permettent de retourner à la valeur de « la sécurité ».

## B. L'exemple de l'écoute judiciaire

**223. De la sécurité aux libertés.** De même que pour l'interrogatoire, l'évolution des réformes sur l'écoute judiciaire dans les deux pays est également marquée par la recherche d'un point d'équilibre entre la sécurité et les libertés. Certes, l'écoute judiciaire est une mesure servant particulièrement à la manifestation de la vérité, à l'avancement de l'enquête et aux travaux des enquêteurs. C'est la raison pour laquelle elle est la bienvenue dans la pratique judiciaire. En fait, dans les deux pays, antérieurement à la législation sur l'écoute judiciaire, cette dernière était déjà fréquemment employée par les enquêteurs. C'était sans doute une période où les décideurs penchaient pour la valeur de la sécurité. Mais « la fin ne saurait justifier tous les moyens ». Avec la montée d'un phénomène de l'abus de l'emploi de l'écoute judiciaire, les enquêteurs portent fréquemment atteinte à la vie privée des citoyens. Désormais, les législateurs de tous les pays ont reconnu la nécessité de la législation sur l'écoute judiciaire. Le législateur français a déclenché le projet de loi sur l'écoute judiciaire en 1991, alors que le législateur chinois l'a fait en 2012. Même s'il y a un écart de temps, les processus d'évolution dans les deux pays sont identiques. Les décideurs français et chinois, dans cette phase, penchent vers la valeur des libertés.

**224. Direction opposée.** Comme nous l'avons déjà présenté au-dessus, depuis dix ans, le législateur français oscille entre les valeurs de sécurité et de liberté. Ces dernières années, il penche vers la sécurité, notamment à travers l'élargissement des dérogations. Plus précisément, dans un premier temps, l'écoute judiciaire a pu être

---

<sup>675</sup> Par exemple, dans l'affaire Chen Huanpeng de la corruption, l'interrogatoire s'est duré trois jours, le parquet a fait presque dix procès-verbaux, mais l'enregistrement audiovisuel a été fait seulement cinq fois. Afin de produire l'enregistrement audiovisuel, le parquet a forcé le prévenu à lire les procès-verbaux au-dessous d'une table. Voir Jian Guangzhou (简光洲), « le parquet a rédigé les dossiers et m'a forcé à signer » (“检察官亲笔拟好交代材料逼我签字”), *Journal du matin de l'est* (《东方早报》), 26 octobre 2011.

<sup>676</sup> Voir Sun Xiaojuan (), « laisser les débats d'audience et vérifier premièrement de preuves » (“放下庭审辩论先查证据‘出身’”), *Journal du matin de Nan Guo* (《南国早报》), 9 juillet 2010.

utilisée exclusivement dans la phase d'instruction ; après l'année 2004, son champ d'application s'est progressivement élargi. Actuellement, il peut également être employé au stade de l'enquête policière dans le cas où la personne est soupçonnée de commettre une infraction de criminalité organisée, ou lorsque l'enquête cherche à découvrir une personne en fuite ou pour rechercher la cause d'une mort ou d'une disparition. Toutes les entreprises législatives françaises ont vivement reflété cette oscillation entre les deux intérêts de la procédure pénale afin de s'adapter aux circonstances sociales. Ainsi, à cause de l'impulsion extérieure ou de la tendance politique au libéralisme, le législateur français s'est efforcé d'encadrer strictement l'écoute judiciaire dans les années 90. Mais l'adaptation de l'écoute judiciaire aux circonstances sociales est continue. En fait, si un régime est trop rigide, il ne va pas suivre les fluctuations des circonstances. C'est aussi la raison pour laquelle le législateur chinois ne stipule pas très précisément le régime de l'investigation technique. Il préfère laisser un large champ de manœuvre à l'agent de l'autorité judiciaire. En outre, compte tenu de la situation réelle en Chine, l'application de la nouvelle LPP manque de soutien politique et social. Par conséquent, les circonstances politiques et sociales chinoises ont neutralisé les efforts du législateur pour renforcer les droits de l'homme durant l'enquête.

**225. Inspiration.** Certes, il faudrait continuer les réformes sur le renforcement des droits de l'homme dans la procédure pénale chinoise. L'histoire de la modernisation de la société française nous apprend qu'il a été impossible de restaurer totalement l'Ancien Régime malgré ses vestiges dans les sociétés d'après-Révolution. De même, dans le processus de modernisation de la procédure pénale chinoise, le législateur ne peut pas retourner sur son ancienne voie. Ce que les expériences françaises nous inspirent est le mode de la réforme. Plus précisément, la réforme modeste est préférable à la réforme radicale. Si le législateur adoptait une loi de procédure pénale beaucoup plus libérale, plus tard, il faudrait peut-être s'engager à régulariser le curseur vers la sécurité. Ainsi, pour économiser les ressources législative et judiciaire, il convient d'ajuster finement la loi de procédure pénale.

## § 2. Les causes

**226. Question.** Après avoir analysé les manifestations de la recherche d'un point d'équilibre, nous nous demandons « pourquoi cette dernière est-elle particulièrement maquée par l'interrogatoire ou l'écoute judiciaire ? ». Le but commun de l'utilisation de ces deux mesures est l'obtention d'éléments de la preuve testimoniale, notamment les aveux. Leur différence est la suivante : l'une est une mesure traditionnelle ; l'autre, relativement récente, est apparue avec le développement de la technique téléphonique. En ce sens, la question peut se transformer en « pourquoi les deux pays attachent-ils de l'importance aux réformes sur les procédés de recueil des aveux ? ». Les causes sont probablement à chercher d'un côté dans le modèle traditionnel de procédure pénale **(A)**, et de l'autre côté dans la culture **(B)**.

## A. Le modèle traditionnel de la procédure pénale

**227. Deux modèles de procédure pénale.** Traditionnellement, la Chine, comme la France, appliquent au modèle de la procédure inquisitoire. C'est-à-dire que « *toute initiative vient du juge : l'introduction de l'instance, la direction du procès, la recherche des faits et la réunion des éléments de preuve* »<sup>677</sup>. En parallèle du modèle de procédure inquisitoire, il existe un autre modèle nommé procédure accusatoire. Est dite accusatoire « *une procédure dans laquelle les parties ont à un titre exclusif ou au moins principal, l'initiative de l'instance, de son déroulement et de son instruction* »<sup>678</sup>. En fait, chaque pays connaît les aveux, mais leur confère un sens très différent à partir duquel il a élaboré un droit de la preuve. Dans les pays de tradition accusatoire, les accusés avouent publiquement (le *guilty plea*), c'est-à-dire que la confession est faite dans un cadre horizontal et égal ; au contraire, dans les pays de tradition inquisitoire, l'aveu exprime un rapport vertical et autoritaire entre un enquêteur et une personne mise à l'épreuve. Ainsi, nous sommes en présence de deux mises en scène différentes de l'aveu : l'une publique<sup>679</sup>, l'autre privée. Pour la seconde, la question sur les procédés de recueil des aveux est significative.

**228. Lien entre la torture et le modèle de procédure pénale.** Concernant les différences d'attitude envers l'interrogatoire dans les deux systèmes, M. Mittermaire l'a écrit : « *Les interrogatoires de l'accusé diffèrent aussi complètement de ceux qu'il subit dans le procès inquisitorial. En effet, après l'incrimination publiquement faite par l'accusateur, il suffit d'en expliquer les griefs à l'inculpé et d'entendre ses justifications, sans que le juge se mette en peine de provoquer un aveu ; c'est là une conséquence de la maxime, dominant tout le procès d'accusation, que la preuve incombe à l'accusateur, et qu'il n'est nullement besoin de faire de l'aveu de l'accusé le but des investigations du juge. On ne saurait non plus user de contrainte, pour amener l'accusé à répondre. La torture est un moyen tout à fait étranger au procès d'accusation, et si la procédure romaine l'a admise, ce fut en partant d'une autre idée, et comme une mesure utile, pour renforcer la véracité des témoins* »<sup>680</sup>. C'est vrai que la procédure inquisitoire est fréquemment associée à la torture, parce que « *ambitionnant avant tout la conquête de la vérité matérielle, le procès inquisitorial tend à provoquer l'aveu, qui, obtenu consciencieusement, et sagement contrôlé à l'aide des autres charges, semble devoir par excellence garantir la vérité de l'inculpation* »<sup>681</sup>. Mais le recours à la torture ne constitue pas le trait distinctif de cette procédure. Il est plutôt une dérive favorisée par la toute-puissance de l'autorité publique dans la conduite du procès<sup>682</sup>. Puisque l'aveu était « la Reine de la preuve » dans le système de la preuve légale sous l'Ancien

<sup>677</sup> G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, préc., p.553.

<sup>678</sup> G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, préc., p.16.

<sup>679</sup> Sur la mise en scène puritaine de la confession publique, voir Jean-Jacques Courtine, « Les dérives de la vie publique. Sexe et politique aux États-Unis », *Esprit*, oct. 1994, p. 51 et s., p. 57-60.

<sup>680</sup> Mittermaire (C-J-A.), *Traité de la preuve en matière criminelle ou exposition comparée des principes de la preuve criminelle, etc., de ses applications diverses en Allemagne, en France, en Angleterre, etc.*, trad. Alexandre, Paris 1848, p. 36-37.

<sup>681</sup> Mittermaire (C-J-A.), *Traité de la preuve en matière criminelle ou exposition comparée des principes de la preuve criminelle, etc., de ses applications diverses en Allemagne, en France, en Angleterre, etc.*, préc., p. 39.

<sup>682</sup> Desportes, Frédéric. *Traité de procédure pénale*. préc., n° 12.

Régime, l'agent de l'autorité publique s'efforçait de fabriquer l'aveu afin de satisfaire à l'intérêt supérieur de la procédure pénale – la manifestation de la vérité - le plus souvent à l'usage du secret et de la torture. Cependant, ayant conscience que la torture se fait parfois au détriment de la manifestation de la vérité, l'autorité suprême a pris des mesures pour la freiner. En France, la torture a été officiellement interdite par une déclaration royale du 24 août 1780.

**229. Rôle important des aveux en droit français.** Néanmoins, cela ne signifie pas que l'aveu n'est plus important dans la procédure pénale. En effet, même si l'aveu n'est plus « la Reine des preuves » depuis 1789, année où le système de la preuve libre ou de l'intime conviction et le système de jury ont été établis en France, la supériorité de l'aveu parmi tous les moyens de preuve demeure dans la conscience publique. Ce phénomène a été observé par M. le Professeur Bonnier au XIXe siècle : « *la confession que fait l'accusé, lorsque les conséquences de sa déclaration ne peuvent lui échapper, lorsque la peine est en quelque sorte suspendue sur sa tête, semble une preuve supérieure à tous les indices et à tous les témoignages. La conscience publique proclame cette supériorité de l'aveu. Ne voit-on pas tous les jours les jurés s'enquérir avec anxiété si l'homme qu'ils ont condamné a avoué son crime ? Et lorsqu'ils reçoivent une réponse affirmative, n'éprouvent-ils pas un soulagement bien sensible ? Ne sentent-ils pas s'évanouir le reste de doute qui subsistait encore au fond de leur esprit ?* »<sup>683</sup>. Aujourd'hui, l'article 428 du Code de procédure pénale français dispose que « l'aveu, comme tout mode de preuve, est laissé à la libre appréciation des juges ». Le législateur français considère donc l'aveu comme une preuve comme une autre, sans aucune valeur supérieure. Malgré tout, dans la pratique judiciaire, les magistrats et policiers français « *continuent de le rechercher à tout prix et à lui donner une certaine importance ou prépondérance* »<sup>684</sup>.

**230. Rôle important des aveux en droit chinois.** En Chine, l'aveu occupait également une place capitale dans le procès pénal. Dans la période du féodalisme, sans la séparation entre le pouvoir judiciaire et administratif, le magistrat condamnait l'accusé sur la base de ses aveux, souvent extorqués par la torture. Cette pratique, encadrée par la loi pour la première fois par l'Empereur Qin Shihuang, a subsisté jusqu'à la dynastie de Qing, le dernier Empire de la Chine. Malgré tout, les seigneurs du féodalisme n'ont pas toujours favorisé le recours à la torture. Selon la loi pénale de la dynastie de Qin (221-207 avant J.-C), si l'aveu d'un accusé peut être enregistré par écrit, il n'est pas nécessaire d'employer la torture. Au début de la dynastie de Song (960-1279), afin de freiner le recours à la torture, la loi a consacré que la torture ne peut être utilisée que dans le cas où un accusé refuse publiquement d'avouer face aux autres preuves matérielles (objets volés). Dans la période de la dynastie de Ming (1368-1644) et Qing (1644-1912), la torture ne peut pas être employée au-delà de trois fois, et les personnes âgées et les jeunes ne peuvent y être soumis. De ce fait, les empereurs chinois ont essayé d'encadrer la portée de l'emploi de la torture, car ils ont pris conscience de ses conséquences négatives (par exemple, l'erreur judiciaire) causée par la torture. Cependant, cette volonté d'encadrement était difficilement

---

<sup>683</sup> E. Bonnier, *Traité théorique et pratique des preuves en droit civil et en droit criminel*, préc., p. 461.

<sup>684</sup> Ambroise-Castérot, Coralie, *Procédure pénale*, préc., n° 291.

appliquée dans le droit positif. Cela s'explique par deux aspects : l'un est le système de la preuve de l'époque : l'aveu est au sommet de la pyramide des preuves ; l'autre est la forme du procès : après avoir interrogé un accusé, le magistrat le condamne ou l'acquitte sur la base de son attitude et de ses paroles<sup>685</sup>. Depuis 1911, année où la Chine a commencé à moderniser ses lois, le concept occidental de l'intime conviction et de l'abolition de la torture est arrivé en Chine. La loi pénale et de la procédure pénale consacrent l'interdiction de la torture. Mais cette dernière tourmente toujours la Chine contemporaine.

**231. Enjeu : sincérité de l'aveu.** En conclusion, l'aveu occupe toujours une place très importante dans les pays de tradition inquisitoire. L'enjeu est la sincérité de l'aveu. Autrement dit, l'agent de l'autorité publique peut utiliser tous les moyens pour obtenir un aveu ; or puisqu'il est fréquent d'obtenir un aveu mensonger par certains de ces moyens, il convient de freiner ou d'interdire ces derniers. C'est la raison pour laquelle la doctrine rappelle que « l'aveu doit être librement consenti, volontaire, spontané »<sup>686</sup>. Avec le développement de la science et de la technique, les enquêteurs peuvent aujourd'hui utiliser plusieurs procédés scientifiques pour obtenir des aveux. Mais cela ne signifie pas que tous les procédés scientifiques sont dignes d'une égale et totale confiance. La sincérité de l'aveu est toujours une question très importante. Pour cette raison, la jurisprudence française interdit le pentotal ou « sérum de vérité », l'hypnose, le polygraphe ou le détecteur de mensonge et encadre l'écoute judiciaire et le prélèvement de cellules aux fins de détermination de l'ADN d'un individu.

À notre avis, l'accent doit être mis sur la sincérité de l'aveu dans tous les pays, peu importe le modèle traditionnel de la procédure pénale, car aujourd'hui le modèle de la procédure mixte est généralisé dans le monde entier. Tous les pays doivent prendre en considération d'une part la valeur de la vérité substantielle en matière pénale d'autre part sa valeur dans la justice procédurale. En fait, aux États-Unis, un pays présentant des traits accusatoires marqués, la négligence de la sincérité de l'aveu a conduit à plusieurs erreurs judiciaires<sup>687</sup>. Grâce au développement de la science de l'ADN, l'innocence des ces victimes a été affirmée. Ces erreurs judiciaires reflètent les limites de la procédure pénale américaine marquée par la tradition accusatoire. Plus précisément, dans le procès pénal américain, une fois qu'un accusé a confessé sa culpabilité, il n'y a aucun doute que les jurés vont le juger coupable. Mais comment l'accusé a-t-il avoué ? Dans quelles circonstances ? L'a-t-il fait volontairement ? La police a-t-elle eu recours à des ruses pendant l'interrogatoire ? Toutes ces questions doivent être examinées scrupuleusement. Cependant dans le procès aux États-Unis, dès lors que le procureur dit que l'accusé a déjà confessé son crime, il est très rare que les jurés prennent sérieusement en considération toutes les questions précitées. Peut-on en déduire que la vérité substantielle n'est pas importante dans les pays de tradition accusatoire ? Ou encore que l'intérêt principal de la justice pénale dans ces pays est la justice procédurale ? Non ! En fait, ces erreurs judiciaires ont fait un grand bruit dans la société américaine. Les juristes américains se sont engagés à réfléchir aux

---

<sup>685</sup> Zhang Jinfan (张晋藩), *Histoire de l'institution judiciaire de la France* (《中国司法制度史》), Presse de Ren Ming Fa Yuan (人民法院出版社), 2004, p. 3.

<sup>686</sup> Ambroise-Castérot, Coralie. Procédure pénale. préc., 2011, n° 291.

<sup>687</sup> Brandon L. Garrett, *Convicting the innocent: where criminal prosecutions go wrong*, préc.

limites de leur justice pénale, à analyser les causes de ces erreurs judiciaires et à essayer de trouver des solutions. Par conséquent, certains traits du système inquisitoire ne sont pas archaïques. Il est pertinent pour la France et la Chine de continuer leurs réformes sur les procédés de recueil des aveux afin d'assurer la sincérité de l'aveu. En dehors du modèle traditionnel de procédure pénale, nous pouvons également répondre à notre question précédente sous l'angle de la culture.

## B. La culture

### 1. En France

**232. Rapport entre catholicisme et procédure inquisitoire.** En France, la tradition de la procédure inquisitoire possède un lien étroit avec le catholicisme, qui est très marqué par la centralisation de l'Église et, par extension, de l'autorité doctrinale de l'institution ecclésiastique. Pour les catholiques, la relation entre l'individu et Dieu est établie par l'intermédiaire des clercs, c'est-à-dire l'Église. L'Église est une institution qui rassemble les fidèles en son sein. Par les sacrements, et notamment la communion, ils font corps avec une structure qui les conduit au salut. En cas de nécessité de trancher un conflit dans la vie d'une communauté, on fait spontanément appel à l'autorité de l'institution ecclésiastique. « *Le Pape, disait Boniface VIII<sup>e</sup> au XIV<sup>e</sup> siècle, tient toutes les lois dans son sein.* »<sup>688</sup> Cette culture produira aussi une relation particulière avec l'universel, par l'intermédiaire de la loi. Comme l'écrit un auteur français, « *la loi est sacralisée parce qu'elle provient, en dernière instance, du représentant sur terre de la volonté divine, ce qui lui assure une grande autorité en même temps qu'une irréductible extériorité par rapport à la vie ; c'est pourquoi elle ne peut jamais être totalement intériorisée ni intégralement respectée par les sujets. Très chargée symboliquement, mobilisant un appareil impressionnant pour sa mise en œuvre, la loi fait toujours l'objet d'une crainte révérencielle indissociable de stratagèmes subtils pour la contourner. Le juge, dans cette culture, n'est pas vu comme un médiateur entre une loi souveraine et une réalité sociale complexe, mais comme un représentant de l'État considéré comme source ultime et unique de vérité, à l'image de l'Église dont il est le prolongement symbolique.* »<sup>689</sup> Ainsi, le pouvoir de magistrat du juge est très puissant, notamment à la fin du Moyen Âge. Au XVIII<sup>e</sup> siècle, toutes les critiques se rapportant à la justice, sont de près ou de loin liées au pouvoir du juge. À propos des juges, Voltaire établit ce constat : « les juges se trompent le plus souvent, parce qu'ils demeurent insensibles à la raison tant pour lui, l'espérance se loge dans la raison, tandis que l'erreur provient de la consultation des livres par les magistrats »<sup>690</sup>. Après la Révolution, s'inspirant du système de la justice pénale de l'Angleterre, la France a introduit le système du jury criminel et de l'intime conviction. L'aveu n'est plus officiellement la reine des preuves et le système de l'intime conviction permet au juge de ne pas tenir compte d'un aveu<sup>691</sup>. Étant comme le

---

<sup>688</sup> Antoine Garapon, Ioannis Papadopoulos, *Juger en Amérique et en France*, Odile Jacob, 2003, p. 124.

<sup>689</sup> *Ibid.*

<sup>690</sup> Cf. à cet égard les passages du conte intitulé *Le monde comme il va*, cité par le professeur Waterlot in « Le prix de la justice, Voltaire, lecteur de Montesquieu et Beccaria », in *Juger les juges, du Moyen-âge au CSM*, La documentation française, AFHJ, coll. *Histoire de la justice*, n°12, p.225.

<sup>691</sup> Voir une allocution très significative de Y. Bot, magistrat du parquet à Paris intitulé : *la religion de l'aveu* : «

symbole de la révolution, ces réformes ont permis de séparer le pouvoir du juge et de l'État. Mais puisque cela n'a pas changé la structure de l'autorité : la bureaucratie, le pouvoir du juge n'a pas vraiment été affaibli.

**233. Rapport entre catholicisme et culture de l'aveu.** La torture a officiellement disparu depuis 1780 mais au regard de plusieurs indices, il nous semble qu'elle continue de hanter le droit français. La France continue ainsi d'être condamnée pour torture par la Cour EDH<sup>692</sup>. En fait, cette culture de l'aveu n'a pas cessé d'influencer la procédure pénale française contemporaine. Michel Foucault a analysé que « l'aveu est devenu, en Occident, une des techniques les plus hautement valorisées pour produire le vrai »<sup>693</sup>. Faisant écho à cette analyse, Pierre Legendre a affirmé que « nous sommes dans une culture de l'aveu »<sup>694</sup>. Nous pouvons également rechercher la racine de cette culture de l'aveu du côté du catholicisme. Suite au Concile de Latran IV en 1215, les techniques de confession se sont développées. Le concile de Trente impose dans l'Église catholique la confession auriculaire comme modèle traditionnel, privilégié et même unique. Ce concile reformule la doctrine en organisant la séquence pénitentielle : « *est première et fondamentale la contrition, c'est-à-dire le désaveu de son péché par le pénitent, compris comme acte de broyer son péché et comme appel à la miséricorde de Dieu sur soi* »<sup>695</sup>. Ce premier « moment » est essentiel. Le concile tient pour important aussi le second « moment », celui de la confession à un prêtre, en tant qu'il est la manifestation concrète de la contribution et de la reconnaissance que dans son péché, même privé, le chrétien a lésé la sainteté de l'Église et vient demander sa réconciliation avec elle. Le troisième « moment » est accordé par le prêtre, si ce dernier juge que le pénitent en est digne. Enfin vient la satisfaction, « moment » par lequel le fidèle « répare » son péché par des œuvres de justice ou de charité. On voit bien que sous cette figure tridentine du sacrement, l'aveu occupe une place centrale et la satisfaction relève d'une démarche limitée, individuelle et circonscrite selon la gravité de la faute. Évidemment, la démarche centrale de réconciliation avec Dieu est la contrition. Ainsi, l'aveu a quelque chose de sacré et il est le début, la condition de l'amendement. Comme M. le Professeur Merle l'a été excellemment dit, « l'aveu est la condition première de l'épuration spirituelle... il doit ouvrir le cœur à la contrition »<sup>696</sup>.

## 2. En Chine

**234. Deux courants philosophiques.** En Chine, la tradition de la procédure inquisitoire est liée à la monarchie absolue et à la centralisation. Le pouvoir des magistrats est considéré comme une extension du pouvoir de l'empereur. Étant le

---

ainsi donc, la procédure pénale, chaque jour et de manière souvent non spectaculaire, fait la preuve de ce que, contrairement à ce qu'on prétend, elle n'est pas la religion de l'aveu puisqu'elle vérifie jusqu'à l'aveu lui-même et qu'elle est bien axée sur la recherche, non pas d'une vérité judiciaire, mais de la vérité tout court », Les annonces de la Seine, 6 février 2003, p. 6.

<sup>692</sup> CEDH, 28 juil 1999, D. 2000, som com. P. 31 obs Y. Mayaud.

<sup>693</sup> Michel Foucault, *La volonté de savoir*, préc., p. 79.

<sup>694</sup> Pierre Legendre, « De confessis. Remarques sur le statut de la parole dans la première scholastique », in *L'aveu, Antiquité et Moyen Âge, Collection de L'École française de Rome*, 1986.

<sup>695</sup> Paul Valadier, « Pratique catholique de la confession auriculaire », in Renaud Dulong, *L'aveu : histoire sociologie, philosophie*, Presse Universitaire de France, 2001, p. 248.

<sup>696</sup> R. Merle, *La pénitence et la peine*, éd. Cujas-Cerf, 1985.37 et s; add. A. Scattolin, *La volonté de la personne poursuivie. Étude de droit français et aperçus de droits étrangers*, thèse dactyl., Poitiers, 1996.181 et s.

« fils du Ciel » (*tian zi* 天子), l'empereur possède les pouvoirs absolus, car « le Mandat du Ciel est solennel et incessant »<sup>697</sup>. Face à cet homme providentiel, l'individu doit se prosterner et lui obéir. De même, lorsqu'il se rend chez un magistrat, qui est un représentant de l'empereur, l'individu doit obéir à ses instructions, notamment dire la vérité durant l'interrogatoire. Si l'on se demande encore d'où vient la racine de la monarchie absolue ou de la centralisation en Chine, il est indispensable d'étudier deux écoles de pensée : le confucianisme et le légisme. Le confucianisme mettait l'accent sur une organisation cellulaire de la société dans laquelle la nation, comme la famille, était soumise à l'autorité absolue du chef. Le respect scrupuleux des rites (礼 *li*), et non d'une loi écrite, devait assurer la cohésion du système. Au contraire, les légistes préféraient un gouvernement basé sur des règles écrites. Ces deux courants philosophiques jouèrent des rôles très importants pour forger la monarchie absolue et renforcer la centralisation.

**235. Légisme et établissement de la monarchie absolue.** Pour illustrer ce point de vue, il convient tout d'abord de rappeler l'histoire du premier Empire de la Chine, la dynastie Qin (221-207 avant J.-C.). La période des Printemps et des Automnes (770-473 avant J.-C.) de la Chine est marquée par des rivalités internes aux États, opposant les lignages aristocratiques entre eux et aux chefs d'États. Ces troubles amenèrent de puissants penseurs à s'interroger sur la finalité du monde et de la société. À la fin de cette période, sont apparus de nombreux courants philosophiques : le Confucianisme, le Taoïsme, le Moïsme et le Légisme. Néanmoins, on ne peut parler véritablement d'école légiste comme on parle d'école confucianiste, moïste ou taoïste, car contrairement à ces dernières, il n'y a pas de maître à l'origine de cette doctrine. Le terme légiste fut forgé *a posteriori*, par des doxographes Han, deux ou trois siècles après la formation de ce courant pour désigner les penseurs qui élaborèrent une théorie d'un pouvoir fort, reposant sur des institutions étatiques centralisées et des lois répressives<sup>698</sup>. Cette théorie connut un grand succès à l'époque de premier Empereur de Chine, Qin Shi Huang, qui mit fin aux conflits entre les États féodaux et devint l'unificateur de l'empire chinois. Pour Qin, le légisme, une sorte de légitimation de la terreur bureaucratique et de l'espionnage mutuel, assortie d'un catalogue complet de châtiments cruels et de récompenses simplistes qui, dans l'esprit de ses promoteurs, devait produire la paix sociale<sup>699</sup>. Les confucéens ne pouvaient que se dresser contre la brutalité de pareil régime. Leur refus de servir, leurs critiques incessantes insupportaient au plus haut point Qin Shi Huang, qui les considérait comme des vêtillieux liés à la noblesse et à la culture féodale du passé. En fait, il redoutait surtout leur liberté d'expression qui constituait une menace pour son pouvoir autocratique. Un ordre terrible, qui tenait en quatre caractères, fut donné en 213 avant J.-C : 焚书坑儒, « Brûler (焚 *fen*) les livres (书 *shu*), enterrer (坑 *keng*) les lettrés (儒 *ru*) ». Cet évènement tristement permit de renforcer la centralisation des pouvoirs. Toutefois, le légisme connut un destin paradoxal, puisque son succès causa

---

<sup>697</sup> Petit-fis et disciple de Confucius.

<sup>698</sup> Jean Levi, « La doctrine du légisme en Chine, à l'origine des théories du pouvoir fort », [https://www.clio.fr/BIBLIOTHEQUE/la\\_doctrine\\_du\\_legisme\\_en\\_chine\\_a\\_lorigine\\_des\\_theories\\_du\\_pouvoir\\_fort.asp](https://www.clio.fr/BIBLIOTHEQUE/la_doctrine_du_legisme_en_chine_a_lorigine_des_theories_du_pouvoir_fort.asp), consulté le 25 juillet 2018.

<sup>699</sup> Cyrille J.-D. Javary, *Les trois sagesse chinoises*, Albin Michel, 2010, p. 142.

sa perte. Plus précisément, les châtiments cruels et les lois répressives contribuèrent à l'unification des six États par Qin Shi Huang, et en même temps, causèrent la chute de la dynastie Qin un an après le décès de Qin Shi Huang. Nous disons souvent que c'est une dynastie éphémère.

**236. Confucianisme et affermissement de la centralisation.** La dynastie des Han (206 avant J.-C à 220 après J.-C) succéda à la dynastie Qin et recueillit l'héritage d'un pays unifié. Tout en préservant le cadre institutionnel qu'elle avait créé, les Han abolirent rapidement les mesures tyranniques de Qin Shi Huang. Ils ne tardèrent pas à se rendre compte que, pour assurer la stabilité sociale et l'harmonie politique, le confucianisme était bien plus efficace que la sévérité du légisme et l'individualisme du taoïsme. Wudi (141-87 av. J.-C.), le sixième empereur Han, abolit la censure impériale mais expulsa de sa cour légistes et taoïstes pour ne garder que les seuls confucéens. Ceux-ci, enthousiastes à l'idée de revenir aux fondamentaux de leur culture et de glorifier leur pays enfin réunifié sous une autorité forte et respectée, firent connaître à la Chine une formidable période d'épanouissement qui donna naissance à une floraison de poètes, d'historiens, de philologues et de scientifiques dont les travaux et les découvertes (le papier, la boussole, les sismographe, etc.), assurèrent à la dynastie des Han un prestige tel qu'aujourd'hui encore, *Hanzi*, littéralement « fils des Hans », est synonyme de « Chinois ». C'est sous les Han que furent institués les temples dédiés à Confucius, culte d'État laïque modelé sur le culte ancestral. C'est aussi à cette époque que Dong Zhongshu<sup>700</sup> (179-104 av. J.-C.) imposa que les fonctionnaires soient choisis en fonction de leur connaissance du corpus confucéen. Cette mesure donna naissance au système des examens impériaux, systématisé pour quinze siècles à partir des Tang. Dès l'époque Han, elle gagna les pays avoisinants et se répandit en Corée, au Vietnam et au Japon. Évidemment, les Han affermirent la monarchie absolue et la centralisation par le biais du confucianisme, qui fut soutenue par les dirigeants impériaux tout au long des dynasties successives. C'est la raison pour laquelle la philosophie confucianiste fut longtemps considérée comme la référence au sein de la société chinoise.

**237. Combinaison des deux courants de pensée.** En apparence, à partir de la dynastie des Han, le confucianisme domine la civilisation chinoise et le légisme a été complètement aboli par les dirigeants impériaux. Mais en fait, la pensée du légisme subsista au niveau de la gouvernance de l'État. Dong Zhongshu, dans son livre intitulé « Chun qiu fan lu » (春秋繁露), a affirmé qu'un temps égal est donné aux saisons *yin* (automne et hiver) associées à la destruction et aux châtiments, et aux saisons *yang* (printemps et été) associées aux notions opposées ; destruction et châtimement sont donc des phases indispensables<sup>701</sup>. De plus, il a encore écrit que « les magistrats doivent, lors d'un procès, apprécier les éléments du dossier et condamner l'accusé selon la loi »<sup>702</sup>. Néanmoins, Dong Zhongshu a souligné que les méthodes légistes doivent rester le dernier recours. Ce point de vue reflète une intégration de la pensée

---

<sup>700</sup> Dong Zhongshu (董仲舒) est un lettré confucianiste de la dynastie des Han occidentaux. Il pensait que le confucianisme devait remplacer toutes les autres écoles de pensée et on lui prête le pouvoir d'avoir persuadé l'empereur Wudi de l'adopter comme idéologie d'État.

<sup>701</sup> Dong Zhongshu (董仲舒), *Chun qiu fan lu* (春秋繁露), Zhong hua shu ju (中华书局), 1975.

<sup>702</sup> *Ibid.*

du légisme à celle du confucianisme. Il amène un art traditionnel de la gouvernance : *Li Fa Bing Zhong* (礼法并重, les gouverneurs attachent la même importance aux rites et aux lois écrites) et *De Zhu Xing Fu* (德主刑辅, l'éducation morale est le premier recours de la gouvernance alors que le châtement est le dernier recours). Du point de vue de certains auteurs, c'est un mensonge qui dura mille ans car les dirigeants impériaux gouvernèrent en réalité par des lois écrites<sup>703</sup>. Mais il ne faut pas négliger l'influence extrêmement importante du confucianisme dans la manière de pensée, dans le mode de vie, ou dans la structure psychologique et culturelle, ou encore dans la formation et l'évolution du système sociopolitique des chinois. En fait, il existe d'une part des normes implicites engendrées par le confucianisme, et d'autre part des lois écrites édictées par les dirigeants impériaux sous l'influence du légisme. Par conséquent, nous constatons que la centralisation du régime impérial chinois est renforcée par le biais de la fusion entre le confucianisme et le légisme.

Le système judiciaire est également marqué par la combinaison des pensées confucéenne et légiste. Du côté du confucianisme, les principes fondamentaux de la justice ancienne s'enracinent dans la pensée confucéenne, par exemple, *Shen Xing Xu Yu* (慎刑恤狱, la prudence de l'application du droit pénal et l'atténuation de la peine)<sup>704</sup>, *Yuan Xin Lun Zui* (原心论罪, la condamnation selon l'intime conviction), *Ze Tian Xing Xing* (则天行刑, l'exécution de la peine dans une période fixée), *Jun Qin Wu Jiang* (君亲无将, il ne faut pas avoir une intention de révolte contre l'Empereur et le père de la famille), *Qin Qin Xiang Yin* (亲亲相隐, il faut dissimuler les crimes commis par un parent direct)<sup>705</sup>. Ainsi, le but premier de la justice ancienne est la poursuite de l'harmonie ou de l'ordre social ; la garantie des droits des individus et la réalisation de la justice sont inférieurs à ce premier but. Comme l'écrivit Confucius, « *ting song, wu you ren ye, ye bi shi wu song hu !* » (听讼, 吾犹人也, 也必使无讼乎 ! Concernant le jugement, je le fais comme les autres, en essayant d'apaiser les deux parties en conflit, voire en faisant disparaître les litiges )<sup>706</sup>. Pour atteindre cet état idéal, les pouvoirs politiques ont entravé les procès à travers le châtement des avocats et l'interdiction de la publication des livres concernant les techniques d'accusation. La pensée confucéenne se manifeste particulièrement dans les affaires civiles, dans lesquelles les parties sont encouragées à demander l'arbitrage d'un magistrat afin de maintenir une relation harmonieuse entre les individus. La procédure pénale, quant à elle, est marquée par le courant de pensée du légisme. Le caractère le plus important de la procédure pénale archaïque consiste à « *Xing Xun Bi Gong, Zui Cong Gong Ding* » (刑讯逼供, 罪从供定 ; l'extorsion des aveux par la torture et la condamnation selon les aveux), qui est confirmé par la législation du premier Empire de la Chine, restée en application jusqu'au dernier Empire. Ainsi, la torture était un procédé légal, utilisé par

<sup>703</sup> Ma Xiaohong (马小红), « Identification le rapport entre les rites et les lois dans le système du droit chinois » (中华法系中“礼”“律”关系之辨正), in *Recherche de Science Juridique* (《法学研究》), 2014, n° 1.

<sup>704</sup> Pour aller plus loin, v. Cui Yong dong (崔永东), « La pensée de la prudence de l'application du droit pénal dans le livre intitulé Shen Xing Xian écrit par Qiu Jun pendant la dynastie de Ming » ( “明代丘浚《慎刑宪》中的慎刑思想” ), in *Revue des Sciences Criminelles de la Chine* (《中国刑事法杂志》), 2012, n° 4.

<sup>705</sup> Zhang Jinfan (张晋藩), *Histoire de l'institution judiciaire de la France* (《中国司法制度史》), préc., p. 3.

<sup>706</sup> « Entretiens de Confucius » ( “论语颜渊” ), in *Zhu Zi Ji Cheng* (《诸子集成论语正义》), Zhong hua shu ju (中华书局), 1954, p.273.

les enquêteurs dans le féodalisme. Néanmoins, cela ne veut pas dire que les seigneurs féodaux ont encouragé l'emploi de la torture. En fait, ils ont encadré le recours à la torture par des lois écrites. Nous en avons donné plusieurs exemples ci-dessus. Malgré tout, de ce fait, une culture d'aveu et de la torture s'est formée dans la société chinoise ancienne. Et elle continue à influencer la société chinoise moderne.

**238. Conséquence.** Maintenant, il convient de revenir à notre question : « pourquoi les deux pays attachent-ils de l'importance aux réformes sur les procédés de recueil des aveux ? ». Après avoir examiné le modèle traditionnel de la procédure pénale et la culture traditionnelle de deux pays, il semblerait que la force de la tradition soit une cause décisive. Malgré des formes différentes, la culture traditionnelle de ces deux pays favorise une structure du pouvoir presque identique. Cette dernière est marquée notamment par la bureaucratie, définie par Max Weber comme un pouvoir sans direction et caractérisé par des règles strictes, la division des responsabilités et une forte hiérarchie. En l'absence de séparation des pouvoirs dans la société ancienne, le pouvoir judiciaire était également submergé par la bureaucratie. Puisque l'aveu était la reine de la preuve selon les lois, les magistrats cherchaient par tous les moyens possibles à se procurer des aveux. Nous soulignons encore qu'il n'y a aucun problème à mettre l'accent sur l'aveu. Mais il n'est pas logique de s'efforcer d'obtenir un aveu au prix de sa sincérité. Les actes de recueil des aveux sont donc très importants et doivent être encadrés. Ainsi, les deux pays accordent de l'importance aux réformes sur les procédés de recueil des aveux. À l'exception de ce point commun, le contrôle des actes des enquêteurs est remis en cause dans les deux pays.

## Section II. La faiblesse du contrôle des actes des enquêteurs

**239. Difficulté commune.** Le contrôle peut consister à initier et à diriger l'action des enquêteurs, mais il peut également se traduire par l'examen de la conformité de l'action au regard des règles qui l'encadrent<sup>707</sup>. Le contrôle *a priori* consiste à vérifier que les conditions d'engagement et d'exercice d'une enquête envisagée correspondent bien à certaines règles ; le contrôle peut alors consister à diriger l'action en donnant des instructions et en fixant des objectifs. Le contrôle *a posteriori* consiste à vérifier que l'action a été menée conformément aux règles et aux instructions.

Il faut avant tout savoir qui contrôle les actes des enquêteurs. En France, il faut distinguer l'instruction préparatoire et l'enquête policière. Dans l'instruction préparatoire, le juge d'instruction contrôle les actes de police ; alors que dans le cas de l'enquête policière, le parquet contrôle les actes de police. En Chine, il n'existe pas de distinction dans la phase d'avant-procès. Nous disons simplement « la phase d'enquête où les juges n'interviennent pas ». En fait, c'est le chef de service de la police ou le parquet qui contrôlent les actes des enquêteurs. Si une affaire concerne la corruption d'un fonctionnaire, le procureur est l'enquêteur. Dans ce cas, le procureur général possède le pouvoir du contrôle (*a priori* et *a posteriori*). Pour les autres affaires, la police judiciaire est l'enquêteur. Alors le pouvoir du contrôle *a priori* est attribué au

---

<sup>707</sup> Jean-Pierre Dintilhac, « Le contrôle du parquet sur la police judiciaire », *Archives de politique criminelle* 2011/1 (n° 33), p. 29-48.

chef de service de la police, sauf pour la mise en arrestation où l'autorisation préalable du parquet est nécessaire. Ainsi, le contrôle *a priori* de la plupart des actes des enquêteurs est de forme administrative, c'est-à-dire qu'il s'agit d'un contrôle interne. Le pouvoir du contrôle *a posteriori* est toujours conféré au parquet.

Concernant la personne qui contrôle les actes des enquêteurs, la situation n'est apparemment pas comparable, car il n'y a pas de juge d'instruction en Chine. Mais il faut rappeler que l'instruction préparatoire concerne aujourd'hui moins de 5% des affaires pénales en France. Autrement dit, dans la plupart des cas, le parquet s'engage dans le contrôle des actes des enquêteurs. Ce point est comparable entre les deux pays. D'ailleurs, peu importe la différence de la structure de la procédure pénale et de l'institution de la justice pénale entre la France et la Chine, ces deux dernières affrontent la même difficulté : la faiblesse du contrôle des actes des enquêteurs. Nous allons tout d'abord montrer cette faiblesse du contrôle (§ 1), et ensuite l'expliquer (§ 2).

## § 1. Les manifestations

### A. En France

**240. En théorie.** Les observateurs étrangers s'intéressent principalement à l'étude de l'information judiciaire, une marque originale de la procédure pénale française. Comme nous l'avons déjà mentionné, moins de 5% des affaires pénales permettent d'ouvrir une information judiciaire. Autrement dit, dans la phase d'avant-procès, l'enquête policière concerne la plupart des affaires pénales. Il est donc très important d'étudier l'enquête policière. Dans le chapitre précité, nous avons présenté plusieurs procédés de recueil des preuves. Ces procédés constituent en fait des actes d'enquête. Le parquet est chargé d'exercer le contrôle de ces actes durant l'enquête policière. En théorie, il nous semble que le code de procédure pénale consacre quasi-parfaitement le contrôle du parquet sur la police judiciaire.

En premier lieu, l'autorisation préalable du procureur est requise pour certains actes : la prolongation de la garde à vue (art. 62-3 CPP) ; le placement sous scellés de papiers, documents, données informatiques et objets ainsi que d'espèces, lingots et valeurs (art. 56 CPP) ; la prévention et la recherche d'infractions à travers le contrôle d'identité et le contrôle des véhicules (art. 78-2-1 à 78-2-4 CPP) ; l'opération d'infiltration (art. 706-32 CPP) etc.

En deuxième lieu, l'information du procureur est exigée et renforcée par le code de procédure pénale. Concernant l'exigence, les officiers de police judiciaire ont le droit, et même le devoir, d'engager de leur propre initiative, des enquêtes sur des faits constitutifs d'infractions qu'ils constatent ou qui leur sont dénoncés, mais ils ont également le devoir d'informer « *sans délais* » (art. 54) le procureur ainsi que de lui adresser « *directement l'original ainsi qu'une copie certifiée conforme des procès-verbaux qu'ils ont dressé* » (art. 19). Ainsi, non seulement le procureur de la République doit être tenu informé de toute l'activité de la police judiciaire mais il est le seul à pouvoir l'être. Cette exigence a été renforcée par la loi du 15 juin 2000. Selon l'article 75-1 du CPP, le procureur, s'agissant d'enquêtes préliminaires, doit fixer un

délai aux officiers de police judiciaire pour procéder aux enquêtes qu'il leur confie et ce délai ne peut être prorogé qu'en fonction des justifications fournies par les enquêteurs. De même, l'officier de police judiciaire doit rendre compte au procureur des enquêtes engagées de sa propre initiative depuis six mois ainsi que, dès leur identification, en cours d'enquête, de personnes à l'encontre desquelles existent des indices faisant présumer qu'elles ont commis ou tenté de commettre une infraction (art. 75-2 CPP). Toutes les infractions connues sont ainsi portées à la connaissance des procureurs puisque les officiers de police judiciaire ont l'obligation de transmettre les procès-verbaux qu'ils rédigent mais également ceux des agents de police judiciaire, des agents de police judiciaire adjoints et des agents de police municipale, et que les chefs de district et agents techniques des eaux et forêts, les gardes champêtres, les agents des douanes et ceux des services fiscaux sont tous tenus de lui adresser directement les procès-verbaux qu'ils rédigent.

En troisième lieu, plusieurs dispositions du code de procédure pénale stipulent que le procureur de la République dirige la police judiciaire. Aux termes de l'article 12 du CPP, « *la police judiciaire est exercée, sous la direction du procureur de la République, par les officiers, fonctionnaires et agents désignés au présent titre* ». On peut dire que le procureur de la République exerce un véritable pouvoir hiérarchique sur chacun des officiers de police judiciaire de son ressort. Cette fonction de direction de la police judiciaire, par le procureur de la République, se retrouve dans d'autres articles du code de procédure pénale, par exemple, l'article 28-1 concernant les agents des douanes, l'article 28-2 concernant les agents des services fiscaux.

Enfin, le procureur dispose d'une mission de surveillance et du pouvoir disciplinaire. La première a été renforcée par différentes lois modifiant les articles 16 et suivants du code de procédure pénale, dont il résulte que les procureurs généraux peuvent suspendre et même retirer l'habilitation à exercer les attributions attachées à la qualité d'officiers de police judiciaire. Ce retrait d'habilitation peut être contesté par l'intéressé sous forme d'un recours gracieux qui doit être exercé dans le délai d'un mois, puis, si la décision est maintenue, par un recours devant une commission spécifique de la Cour de cassation. Concernant le pouvoir disciplinaire, lorsque les officiers de police judiciaire commettent une faute dans l'exercice de leurs fonctions, ils relèvent, à titre disciplinaire, de la chambre de l'instruction qui peut être saisie par le procureur général, par le président de cette chambre ou par la chambre elle-même. La procédure disciplinaire devant cette chambre est contradictoire mais non publique et les sanctions peuvent aller de la simple observation à l'interdiction définitive d'exercer des fonctions de police judiciaire.

La lecture des dispositions du code de procédure pénale conduit à considérer que les rôles sont clairs et les tâches bien partagées : les magistrats du parquet supervisent le travail des policiers, orientent leurs enquêtes et leur demandent de prendre toutes les mesures susceptibles d'aboutir à la vérité judiciaire. Ainsi, en théorie, le parquet peut invalider une enquête de police, demander de la compléter, pour, en fin de compte, prendre la bonne décision. Mais il faut se poser la question de l'efficacité du contrôle du parquet sur la police judiciaire.

**241. En pratique.** Dans la pratique, il est rare qu'un procureur prenne le

contre-pied d'une recherche menée par la police. Le plus souvent, il suit les avis des policiers. Agir autrement impliquerait de disposer d'un temps qu'il ne possède pas et, surtout, reviendrait à mettre en doute le travail des policiers. Il en résulte une relative dépendance du parquet vis-à-vis de la police judiciaire qui est son « fournisseur »<sup>708</sup>. Devant les tribunaux, le procureur est fréquemment totalement convaincu par les constatations et le contenu des procès-verbaux de police qu'il ne contredit que rarement, car la présomption d'innocence demeure parfois, pour le parquet, un concept vague. Ainsi, lors de la mise en œuvre des actes d'enquête, la police judiciaire dispose d'une grande marge de manœuvre.

De plus, la direction de la police judiciaire par le parquet est influencée et parfois directement soumise aux instructions du ministre de la justice, que ce soit au titre des instructions générales ou de celles qui portent sur un dossier particulier, d'autant que, dans les affaires sensibles, le procureur doit constamment et rapidement rendre compte au ministre de l'avancée de l'enquête et de son contenu. Ce pouvoir du ministre est habituellement justifié par la politique pénale. Le premier alinéa de l'article 30 du code de procédure pénale attribue au ministre de la justice la charge non seulement de conduire « *la politique d'action publique déterminée par le gouvernement* », mais, également, veiller « *à la cohérence de son application sur le territoire de la République* ». Ainsi, le gouvernement intervient indirectement mais nécessairement sur l'action de la police judiciaire. Les orientations de la politique pénale déterminée par le gouvernement règlent la force du contrôle du parquet sur certains actes de la police judiciaire.

## B. En Chine

**242. En pratique.** Le contrôle a priori des actes de police judiciaire (sauf la mise en œuvre de l'arrestation) est exercé par le chef de service de la police municipale. Cette forme de contrôle peut être nommée « le contrôle interne ». Dans la pratique judiciaire, il est très rare que le chef de service de la police municipale n'autorise pas l'agent de police judiciaire à mener des actes d'enquête, car ils ont des intérêts communs de lutte contre les délinquances. C'est la raison pour laquelle de nombreux juristes chinois critiquent les abus de pouvoir de la police. Néanmoins, le législateur chinois tient compte de l'arrestation, qui porte atteinte à la liberté de l'individu. À la différence des autres actes d'enquête, l'autorisation préalable du parquet est nécessaire pour mettre en œuvre l'arrestation. De plus, la Constitution et la Loi de Procédure Pénale consacrent clairement que « le parquet est l'organe d'État chargé de la surveillance de l'application des lois »<sup>709</sup>. Ainsi, le contrôle a posteriori est effectué par le parquet. Alors, le contrôle du parquet, est-il effectif en pratique ? Selon une recherche empirique, entre 1995 et 2001, le taux de refus de l'arrestation a atteint plus de 10%, mais moins de 14% ; concernant le contrôle a posteriori des actes de police, en 2005, parmi 21 parquets de la région de C, seuls 6 parquets ont exercé ce contrôle<sup>710</sup>. Ainsi on peut dire que le contrôle a priori de l'arrestation est plus efficace

---

<sup>708</sup> *Ibid.*

<sup>709</sup> L'article 134 de la Constitution chinoise, l'article 8 de la Loi de Procédure Pénale chinoise.

<sup>710</sup> Zuo Weimin (左卫民), Zhao Kainian (赵开年), « L'étude et la réflexion du système du contrôle des actes d'enquête » ( “ 侦查监督制度的考察与反思 ” ), in *Science Juridique Moderne* ( 《 现代法学 》 ), 2006, n° 6, p.

que le contrôle a posteriori des actes de police. Mais cela ne signifie pas que la puissance du contrôle du parquet sur l'arrestation est forte. En effet, l'augmentation du nombre de personnes détenues est toujours débattue.

**243. Nouvelles institutions politiques.** Il est nécessaire de mentionner ici que l'autorité de contrôle de l'application des lois de la part du parquet sera peut-être affaiblie à cause de l'établissement de nouvelles institutions politiques : les Commissions nationales de surveillance. Ces nouvelles commissions sont installées dans chaque districts, villes et provinces. Elles intègrent les anciennes agences de surveillance, de prévention et de contrôle de la corruption à l'intérieur du gouvernement et des parquets. Ce regroupement est intervenu en mars 2018, lors de la session parlementaire annuelle. La loi sur la surveillance a été adoptée le 20 mars 2018. Selon cette loi, les Commissions nationales de surveillance sont en charge de trois fonctions majeures : surveillance, investigation et sanction<sup>711</sup>. Elles peuvent détenir et interroger des membres du Parti communiste ou des services de sécurité – quasiment toute personne travaillant directement ou indirectement pour le gouvernement<sup>712</sup>. Les juges, les universitaires et les employés des entreprises publiques pourraient tous encourir jusqu'à six mois de détention sans inculpation ni procédure légale, sans garantie d'avoir accès à un avocat ni que les familles soient informées. Ce système appelé *Luizhi* (留置, « rétention »), remplace le *Shuanggui* (双规, « double règle »), procédure disciplinaire interne au sein du Parti communiste chinois, très critiquée et largement opaque. Quelques jours avant d'adopter la loi sur la surveillance, l'Assemblée a promulgué un amendement à la Constitution chinoise portant création d'une Commission de surveillance au niveau national. Selon l'article 125 de la Constitution, cette Commission est une instance supérieure à la Cour populaire suprême et au plus haut bureau du procureur.

Il est évident que la création des Commission nationales de surveillance influence fortement le statut du parquet. L'autorité de ces nouvelles commissions est en concurrence avec celle du parquet. Pour certains juristes, cette réforme entraîne le transfert de l'autorité des parquets sur les enquêtes aux nouvelles commissions ; cela revient à « retirer les dents d'un tigre »<sup>713</sup>, expression chinoise que l'on pourrait traduire par « affaiblir la puissance ». En fait, l'établissement de ces commissions de surveillance reflète une tendance à fusionner l'appareil du Parti communiste chinois avec celui de l'État. C'est l'un des maillons de la chaîne de la réforme des structures du pouvoir, engagée par le clan politique de Xi Jinping depuis 2012. Afin de résoudre la question de la concurrence entre l'autorité des parquets et celle des nouvelles commissions, le groupe dirigeant s'est engagé à préparer une modification de la Constitution et de la Loi de Procédure Pénale. Si cette dernière aboutit, la Commission nationale de surveillance deviendrait un supra-organisme de la lutte contre la corruption. Dans ce contexte politique, la force de contrôle du parquet sur la police

---

146-157.

<sup>711</sup> L'article 18 de la loi sur la surveillance.

<sup>712</sup> L'article 15 de la loi sur la surveillance.

<sup>713</sup> Zhu Xiaoqing (朱孝清), « Renforcement et développement du système du parquet après la réforme de la Commission nationale de la surveillance » ( “ 国家监察体制改革后检察制度的巩固与发展 ” ), in *Recherche Juridique* ( 《 法学研究 》 ), 2018, n° 4, p. 3-19.

judiciaire est évidemment affaiblie. Mais cela ne veut pas dire que la police judiciaire est incontrôlée. En fait, les nouvelles commissions agissent peut-être plus efficacement que les parquets en matière de contrôle de des actes de la police.

## § 2. Les causes

**244. La racine politique.** Les causes de la faiblesse du contrôle du parquet sur les actes de la police peuvent être à chercher du côté de la structure de l'organisation des pouvoirs. Nous allons analyser respectivement la situation de la France **(A)** et de la Chine **(B)**.

### A. En France

**245. Séparation des pouvoirs en théorie et en pratique.** Il convient tout d'abord de rappeler la doctrine classique de la « séparation des pouvoirs ». Étant l'un des principes fondamentaux du constitutionnalisme moderne et de l'État de droit, la « séparation des pouvoirs » est indissociable du nom de Montesquieu<sup>714</sup>. Dans la plupart des manuels et traités de droit constitutionnel français, la question de la « séparation des pouvoirs » est présentée de la manière suivante<sup>715</sup>. Dans *De l'esprit des lois*, Montesquieu aurait le premier érigé une théorie selon laquelle, au sein d'un État, et afin que tout despotisme soit écarté, devraient se trouver trois « pouvoirs » confiés à des personnes ou à des corps distincts. Il s'agirait des « pouvoirs » exécutif, législatif et judiciaire. Ces pouvoirs devraient être rigoureusement « séparés » afin que la personne ou le corps qui fasse la loi ne puisse l'exécuter ou rendre la justice et inversement. Sous l'influence de la doctrine de Montesquieu, les révolutionnaires français, dès la Déclaration des droits de l'homme de 1789, vont graver dans le marbre la nécessité de la « séparation des pouvoirs ».

Ici, il faut se demander si la stricte séparation de ces trois pouvoirs existe en France ? À l'époque de l'entre-deux-guerres, les constitutionnalistes ont constaté que la stricte séparation des pouvoirs est en réalité inexistante. À titre exemple, Carré de Malberg rejette la doctrine française selon laquelle le gouvernement parlementaire s'analyserait en un système de dualité des pouvoir. Il rappelle derechef que, aux yeux des constitutionnalistes étrangers, le système de cabinet réalise l'unité de la puissance d'État dans les chambres, si bien que le régime parlementaire exclut l'idée de « séparation des pouvoirs »<sup>716</sup>. Dès 1931, Boris Mirkine-Guetzévitch allègue que la primauté politique de l'exécutif est l'essence du parlementarisme moderne et, deux ans plus tard, il affirme que l'essentiel de ce parlementarisme, c'est le gouvernement de la majorité<sup>717</sup>. En 1934, René Capitant expose dans « la réforme du parlementarisme » que « le régime parlementaire est le contrepied de la séparation

---

<sup>714</sup> « De la constitution d'Angleterre », le chapitre 6 du livre XI de *L'Esprit des lois*. V. Michel Troper, *La Séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, Paris, LGDJ, 1980.

<sup>715</sup> Jean-Philippe Feldman, « La séparation des pouvoirs et le constitutionnalisme. Mythes et réalités d'une doctrine et de ses critiques », in *Revue française de droit constitutionnel* 2010/3, n° 83, p. 483-496.

<sup>716</sup> Raymond Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'État spécialement d'après les données fournies par le droit constitutionnel français*, Paris, Dalloz, 2004, t. 2, n° 285, p. 47-48.

<sup>717</sup> Boris Mirkine-Guetzévitch, « L'exécutif dans le régime parlementaire », *RPP*, 1931, p. 158 & « La révision constitutionnelle », *loc. cit.*, 1933, p. 347, cités in Stéphane Pinon, « Boris Mirkine-Guetzévitch et la diffusion du droit constitutionnel », *Droits*, n° 46, 2007, p. 206 et 211.

des pouvoirs »<sup>718</sup>. Tous ces auteurs s'appuient sur des données historiques, non seulement pour donner les raisons de l'inadéquation de la théorie aux faits, mais aussi pour donner les causes de l'absorption de la fonction législative dans la fonction exécutive. Pour ces dernières, d'une part, la croissance de l'interventionnisme étatique au XX<sup>e</sup> siècle a provoqué des transferts de compétence du Parlement au Gouvernement, considéré comme mieux à même pour agir dans l'urgence et pour remplir des tâches de plus en plus complexes tout en gardant une vue d'ensemble sur la politique générale à mener<sup>719</sup> ; d'autre part, la croissance du phénomène partisan a permis la création de partis politiques de plus en plus centralisés et ainsi a brouillé la distinction entre le parti majoritaire dans la ou les chambres et le Gouvernement<sup>720</sup>.

Que reste-il dès lors de la théorie de la « séparation des pouvoirs » ? Beaucoup d'auteurs estiment que la seule règle qui subsiste, est le principe d'indépendance du pouvoir judiciaire<sup>721</sup>. La jurisprudence du Conseil constitutionnel peut illustrer ce point de vue. Dans ses décisions n° 89-260 DC du 28 juillet 1989 et n° 2004-294 DC du 2 mars 2004, le Conseil constitutionnel se réfère à la « conception française de la séparation des pouvoirs ». Cette dernière se circonscrit aux rapports entre le « pouvoir exécutif » et la fonction juridictionnelle<sup>722</sup>. Si le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif ont fusionné, le pouvoir judiciaire peut-il fonctionner de manière totalement indépendante ? Lorsque Carré de Malberg a critiqué la théorie classique, il mentionnait que « sans point de contact entre eux, les pouvoirs ne peuvent se faire équilibre, alors que leur équilibre est la condition de la séparation des pouvoirs »<sup>723</sup>. Selon lui, le pouvoir judiciaire doit avoir un point de contact avec le pouvoir exécutif et législatif. Nous sommes d'accord avec ce point de vue. Dans les faits, la magistrature du parquet joue ce rôle de point de contact.

**246. Le statut du parquet.** Le parquet est une institution à la croisée des pouvoirs. Ce point de vue peut être illustré par trois aspects. Tout d'abord, historiquement, le parquet a un lien étroit avec le pouvoir exécutif. Le parquet moderne remonte à la période de Brumaire où Napoléon Bonaparte a créé le ministère public dans le Code d'instruction criminelle (CIC) promulgué le 16 novembre 1808<sup>724</sup>. À l'époque, la magistrature du parquet était chargée non seulement de veiller à l'application des lois, mais aussi à la « pureté » des sentiments patriotiques des juges<sup>725</sup>. Faisant des procureurs généraux de véritable « commissaires politiques »<sup>726</sup>, l'unité du parquet était étroitement dépendante du pouvoir exécutif.

---

<sup>718</sup> René Capitant, « la réforme du parlementarisme », in *id.*, *Écrits d'entre-deux-guerres (1928-1940)*, Paris, Éd. Panthéon-Assas, 2004, p. 327.

<sup>719</sup> Dominique Chagnollaud, *Droit constitutionnel contemporain. Tome 1 : Théorie générale. Les régimes étrangers*, Paris, Dalloz, 5<sup>e</sup> éd., 2007, p. 125 s.

<sup>720</sup> Dominique Chagnollaud, *Droit constitutionnel contemporain. Tome 1 : Théorie générale. Les régimes étrangers*, préc., p. 133.

<sup>721</sup> Elisabeth Zoller, *Droit constitutionnel*, Paris, PUF, 1998, p. 301.

<sup>722</sup> Pierre Pactet, Ferdinand Mélin-Soucranamien, *Droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 26<sup>e</sup> éd., 2007, p. 108.

<sup>723</sup> Raymond Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'État spécialement d'après les données fournies par le droit constitutionnel français*, préc., n° 285, p. 47-48.

<sup>724</sup> G. Levasseur, « Napoléon et l'élaboration des codes répressifs », in *Histoire du droit social*, Mélanges en hommage à Jean Imbert, Paris, PUF, 1989, p. 371.

<sup>725</sup> Farbrice Hourquebie, « L'institution du parquet au sein du pouvoir judiciaire », in Bertrand Mathieu et Michel Verpeaux (dir.), *Le statut constitutionnel du parquet*, Dalloz, 2012, p. 17.

<sup>726</sup> Selon J.-L. Debré, *La justice au XIX<sup>e</sup> siècle*, Paris, 1980.

Ensuite, institutionnellement, malgré la création de l'unité du corps judiciaire au cours de la V<sup>e</sup> République de la France, le parquet ne peut pas se dégager de l'influence du pouvoir exécutif à cause de son lien de subordination hiérarchique. Plus précisément, l'unité du corps judiciaires est consacrée par les articles 64 et 65 de la Constitution du 4 octobre 1958 et l'ordonnance portant loi organique relative au statut de la magistrature : « *le corps judiciaire comprend les magistrats du siège et du parquet de la Cour de cassation, des cours d'appel et des tribunaux de première instance ainsi que les magistrats du cadre de l'administration centrale du ministère de la justice* ». Cependant unité du corps judiciaire ne signifie pas uniformité de statut et unicité de fonction. Le Conseil constitutionnel, dans sa décision du 2 février 1995, a considéré que « *si le membre du parquet appartient à l'autorité judiciaire, s'il possède la qualité de magistrat professionnel, il n'est pas pour autant juge* »<sup>727</sup>, censurant ainsi la disposition d'une loi qui avait conféré au ministère public le pouvoir d'éteindre l'action publique par voie transactionnelle. La différence entre le juge et le parquet est notamment maquée par la subordination hiérarchique dans les organes du parquet. Cette dernière est l'une des caractéristiques fondamentale et historique du parquet. Concernant la hiérarchisation, il existe deux visions : une vision négative qui consiste à dire que le parquet sert de levier au pouvoir exécutif à l'intérieur du champ judiciaire<sup>728</sup> ; une vision positive qui consiste à dire que, parce que le parquet est à l'interface entre la politique, la société civile et la justice, le lien hiérarchique entre le parquet et le ministre doit exister<sup>729</sup>.

Enfin, sur le plan européen, la Cour EDH affirme clairement que le parquet n'est pas une autorité judiciaire. Dans l'arrêt du 29 mars 2010, *Medvedyev contre France*, la Cour EDH a considéré que le ministère public n'est pas une autorité judiciaire qualifiée pour contrôler les gardes à vue (il ne présente pas les garanties d'indépendance suffisantes)<sup>730</sup>. Un peu plus tard, dans un arrêt du 23 novembre 2010, *Moulin contre France*, la Cour EDH a encore précisé : « Du fait de leur statut dépendance à l'autorité hiérarchique d'un membre du pouvoir exécutif ; absence d'inamovibilité ; obligations de prendre des réquisitions écrites conformes aux instructions données, les membres du ministère public ne remplissent pas l'exigence d'indépendance à l'égard de l'exécutif, qui, au même titre que l'impartialité, compte parmi les garanties inhérentes à la notion autonome de magistrats »<sup>731</sup>. Ainsi, selon le propos de M. le Professeur Hourquebie, « le trompe-l'œil d'une indépendance constitutionnelle déduite de l'inclusion du parquet dans l'autorité judiciaire, ne trompe pas, précisément, les juges de Strasbourg... »<sup>732</sup>.

Par conséquent, étant un point de contact entre le pouvoir politique et le pouvoir judiciaire, le parquet est inévitablement influencé par la politique pénale, émanant du gouvernement et exécutée par le garde des Sceaux. Il est donc logique que le contrôle

<sup>727</sup> Cons. const. 2 févr. 1995, n° 95-360 DC, J. Pradel, D. 1995. Chron. 171 ; T. Renoux, RFDC 1995. 405.

<sup>728</sup> J. Commaille et B. Hurel, « La réforme de la justice française. Un enjeu entre instrumentalisation et démocratie », in *Droit et Société* 2011, n° 2, p. 395-396.

<sup>729</sup> Bertrand Mathieu et Michel Verpeaux (dir.), *Le statut constitutionnel du parquet*, préc., p. 1-10.

<sup>730</sup> CEDH, gde ch., 29 mars 2010, *Medvedyev c. France*, n° 3394/03, *Dalloz actualité*, 31 mars 2010, obs. S. Lavric.

<sup>731</sup> CEDH, 23 nov. 2010, *Moulin c. France*, n° 37104/06, *Dalloz actualité*, 24 novembre 2010, obs. S. Lavric.

<sup>732</sup> Farbrice Hourquebie, « L'institution du parquet au sein du pouvoir judiciaire », in Bertrand Mathieu et Michel Verpeaux (dir.), *Le statut constitutionnel du parquet*, préc., p. 22.

du parquet sur les actes de la police judiciaire soit en pratique faible, notamment lorsque la politique pénale vise au renforcement de l'efficacité de la lutte contre les crimes.

## **B. En Chine**

**247. De « la séparation des pouvoirs » à « un régime à parti unique ».** Les chinois ont commencé à apprendre la théorie classique de « la séparation des pouvoirs » entre la fin du XIX<sup>e</sup> siècle et les années 1910. À l'époque, à l'extérieur, les puissances occidentales (y compris le Japon) se sont emparées des intérêts de la Chine ; à l'intérieur, une révolte à Wuchang a provoqué la chute de la dynastie Qing et par conséquent du modèle impérial millénaire. La république de Chine est née en l'année 1911. Sun Zhongshan, le président du gouvernement républicain provisoire, est considéré comme « le père de la Chine moderne ». Après avoir associé la théorie occidentale de « la séparation des pouvoirs » et la pratique traditionnelle chinoise de l'administration, il a proclamé la constitution de cinq pouvoirs (le pouvoir exécutif, le pouvoir législatif, le pouvoir judiciaire, le pouvoir d'examen et le pouvoir de censure) comme base de l'administration. Cependant, ce point de vue n'a pas réussi dans la pratique. Il a conduit à la domination du gouvernement des seigneurs de la guerre et à la sécession de l'État. Vu ces mauvais effets, Sun Zhongshan a abandonnée la constitution des cinq pouvoirs et proposé une nouvelle idéologie : « le régime à parti unique ». En fait, le Kuomintang de Chiang Kaishek (de 1911 à 1949) et le parti communiste chinois (de 1949 à aujourd'hui) sont les praticiens de ce régime. Ainsi, à la différence des pays occidentaux, le noyau de la question de la politique chinoise n'est pas « la séparation des pouvoirs », mais « le rapport entre le parti et l'État ».

**248. Évolution du rapport entre le parti et l'État.** Depuis 1949, année où le parti communiste chinois a pris le pouvoir, le rapport entre le PCC et l'État connaît des vicissitudes. La première étape (la période maoïste) consiste en la confusion de l'autorité du parti et de celle du gouvernement. À l'arrivée de Mao Zedong au pouvoir, le PCC n'a pas transformé son statut de parti révolutionnaire en parti gouvernant. Le PCC s'est donc substitué à l'autorité du gouvernement. Pendant la Révolution culturelle (1966-1976), le gouvernement a été aboli, et par conséquent, tous les pouvoirs ont été concentrés dans le mains d'un seul homme. Cette entreprise extrême a conduit à de nombreuses tragédies et à la crise de la société et de la gouvernance. La deuxième étape (les années 80) a consisté à proposer la séparation du parti et de l'État. Après la mort de Mao, Deng Xiaoping est devenu le dirigeant de la Chine. Le 18 août 1980, dans un discours sur la réforme de la gouvernance, après avoir réfléchi au risque de la confusion entre le parti et le gouvernement, Deng a proposé la séparation du parti et du gouvernement<sup>733</sup>. Néanmoins, de nombreux obstacles se sont trouvés sur le chemin de l'application de cette idée. À la fin des années 80, la collectivité dirigeante a abandonné la proposition de séparation du parti et de l'État. La troisième étape a permis d'arriver au consensus de la séparation des fonctions du parti et de l'État. Au début des années 90, le groupe dirigeant approuve à l'unanimité la nécessité de

---

<sup>733</sup> Zheng Yongnian (郑永年), « Le dix-neuvième congrès national du PCC et le régime du yi dang ling zheng » ( “ 十九大与 ‘以党领政’ 体制的形成 ” ), in *Lian He Zao Bao* ( 《 联合早报 》 ), le 3 octobre 2017.

séparer les fonctions du parti et de l'État malgré l'impossibilité de séparer leurs pouvoirs. Mais comment cette décision peut-elle être appliquée ? Le PCC a toujours essayé toutes les possibilités. Depuis 18<sup>e</sup> congrès national du PCC, ouvert le 8 novembre 2012, le nouveau groupe de dirigeants de la Chine instaure progressivement un art politique nommé « *yi dang ling zheng* » (以党领政, le PCC guide le gouvernement). Plus précisément, cet art politique concerne trois aspects : la décision est prise par le PCC, son exécution est assumée par le gouvernement, la censure est assurée par la Commission nationale de la surveillance. Mais il ne faut pas négliger le fait que le PCC dirige tous les organes d'État, malgré la séparation de leurs fonctions. La formation de cet art politique repose sur un fait : à l'intérieur de tous les organes d'État, il y a des commissions du PCC, c'est-à-dire que le pouvoir du PCC pénètre dans tous les appareils d'État. Puisque l'on ne peut pas ignorer ce fait, la solution rationnelle est la légitimation du statut dirigeant du PCC.

**249. Statut du parquet.** Dans le régime de parti unique, l'indépendance du pouvoir judiciaire n'existe pas en pratique. Les organes judiciaires (la police, le parquet et le tribunal) ont presque le même statut que les organes administratifs. Avant la création de la Commission nationale de la surveillance en 2018, le parquet assumait partiellement le pouvoir de surveillance. Ainsi, il n'est pas surprenant que le contrôle *a priori* des actes de la police judiciaire soit exercé par le chef de service de la police, et que leur contrôle *a posteriori* soit assuré par le parquet. En théorie, le parquet est un organe de surveillance de l'application des lois. Mais en pratique, il ne peut pas accomplir effectivement sa mission. Cette situation est due, tout simplement, au fait que le statut du parquet soit égal à celui des autres organes d'État. En effet, dans le régime de parti unique, il n'y a que les rouages du PCC qui sont supérieures aux organes d'État. Les comités politico-légaux sont les rouages du Parti installés à l'intérieur des organes judiciaires. Les décisions de ces comités influencent donc parfois fortement les travaux des organes judiciaires. Avant 2012, la fonction de chef de service de la police était cumulée avec la fonction de secrétaire générale de comité politico-légal. Ainsi, l'autorité de la police était de fait supérieure à celle du parquet et de la cour. C'est la raison pour laquelle le parquet et la cour, pendant longtemps, n'ont pas pu contrôler effectivement les actes illégaux ou déloyaux de la police. Depuis 2012, sous la pression de l'opinion publique, l'Organisation du comité central exige que le secrétaire générale du Comité politico-légal ne cumule plus sa fonction avec celle de directeur de l'autorité de la Sécurité publique.<sup>734</sup> Autrement dit, les magistrats peuvent désormais occuper ce poste important du PCC. Malgré l'amélioration du statut du magistrat qu'elle apporte, cette réforme ne change pas fondamentalement le statut du parquet et par conséquent son effet sur le contrôle des actes des enquêteurs.

**250. Réforme.** S'inspirant des expériences des pays occidentaux, de nombreux juristes chinois ont proposé de renforcer l'autorité de surveillance du parquet afin d'encadrer les actes de la police judiciaire<sup>735</sup>. Il semble que cette

---

<sup>734</sup> Wu Hongqi (吴洪淇), « L'interprétation de preuves en propos : la structure d'intérêts et la controverse de termes » (《非法言词证据的解释：利益格局与语词之争》), préc., p. 67-79.

<sup>735</sup> Li Jianming (李建明), « L'encadrement et la surveillance des mesures coercitives d'enquête » (《强制性侦查措

proposition soit raisonnable. Mais elle est probablement inadaptée au contexte de la société chinoise. N'oublions pas que la prémisse majeure de cette proposition consiste en l'établissement d'un État de droit et de la démocratie. L'un des caractères de ce dernier est le principe de l'indépendance de la justice. Selon les analyses historiques précédentes, la Chine suit de toute évidence son propre chemin de modèle de l'État-Parti, et non le chemin des États occidentaux. Ainsi, cette prémisse majeure de la proposition précitée n'existe pas en Chine et en conséquence son application serait probablement inefficace. Du fait de la création de la Commission nationale de surveillance, de toute évidence, le groupe dirigeant chinois n'a pas imité les pays occidentaux. Il préfère trouver sa propre solution. Étant un organe mixte, la Commission nationale de surveillance intègre les agences du Parti et de l'État qui sont chargées de la fonction de la surveillance. Malgré l'affaiblissement de l'autorité du parquet, l'effectivité du contrôle des actes de la police judiciaire est probablement renforcée. La raison est toute simple : le statut de la Commission nationale de la surveillance est supérieur à celui de l'organe de la police. Néanmoins, d'une part, nous avons besoin de temps pour observer le fonctionnement réel de cette nouvelle commission ; d'autre part, il y a encore d'autres questions : qui est chargé de surveiller la Commission nationale de surveillance ? quel est le rapport entre cette dernière et le PCC ?

**251. Controverse.** La controverse sur cette réforme consiste à la rationalité ou la légalité de l'ingérence du pouvoir du Parti communiste chinois au sein de l'autorité judiciaire. De nombreux juristes chinois sont opposés à l'intervention du pouvoir politique dans le domaine judiciaire. Ils énumèrent plusieurs exemples concernant l'indépendance du pouvoir judiciaire afin de persuader le groupe dirigeant de réformer la justice selon le modèle des pays occidentaux. Ils espèrent la disparition progressive de l'influence du PCC dans le domaine judiciaire. Les juristes occidentaux peuvent facilement comprendre ce point de vue et la plupart d'entre eux l'approuvent, car cette opinion est basée sur la reconnaissance des valeurs universelles proposées par les États occidentaux. Néanmoins, M. le Professeur Su Li estime que cette opinion, un peu naïve, ne contribue en rien à la réforme de la justice de la Chine. Sa vision est plus pragmatique : puisque l'influence du PCC dans le domaine judiciaire est un fait historique, si l'on a l'intention de réformer efficacement la justice chinoise, il ne faut pas éviter la question du rapport entre le PCC et le système judiciaire<sup>736</sup>. Autrement dit, nous devons essayer de comprendre sa naissance et son évolution. Si nous l'examinons historiquement, nous allons comprendre que le rapport entre le PCC et le système judiciaire s'est progressivement forgé dans le processus historique de la modernisation sociale de la Chine et que, par conséquent, l'intervention du PCC dans l'autorité judiciaire est rationnelle et légale.

---

施的法律规制与法律监督”, in *Recherche de Science Juridique* (《法学研究》) 2011, n° 4 ; Xie Youping (谢佑平), *Étude sur la caractéristique politique et juridique de l'autorité de la surveillance du parquet* (《中国检察监督的政治性与司法性研究》), Presse du Parquet (中国检察出版社), 2010 ; Sun Changyong (孙长永), *La procédure de l'enquête et les droits de l'homme : une étude comparative* (《侦查程序与人权——比较法考察》), Presse de Fang Zheng (中国方正出版社), 2000.

<sup>736</sup> Su Li (苏力), « La parti politique au sein de la justice chinoise » ( “中国司法中的政党” ), in *La loi et science sociologie* (《法律和社会科学》), vol. 1, Presse de la loi (法律出版社), 2006.

**252. Notre avis.** Défini par Max Weber, le concept de « neutralité axiologique » signifie que l'activité scientifique n'est elle-même orientée par aucune valeur, à l'exception de celle de la vérité<sup>737</sup>. En ce sens, nous sommes d'accord avec le point de vue de M. le Professeur Su Li. Chaque pays a sa propre histoire, culture et tradition. On peut s'inspirer de quelques expériences étrangères, mais il n'existe pas de référence ou de critère absolu. Au cours de l'histoire contemporaine, la Chine a, dans un premier temps, perdu son identité propre face à l'agression étrangère ; puis, elle a été confrontée à une guerre civile ; après 1949, elle s'est efforcée de restaurer l'économie, l'industrie, le commerce et l'agriculture ; ces dernières décennies, elle a retrouvé son identité propre. Ce dernier pas est très important. Désormais, la Chine essaye de se connaître elle-même, sans l'influence d'autrui. Ainsi, afin de résoudre les problèmes de la justice chinoise, les juristes chinois préfèrent trouver leur propre solution, et non emprunter directement aux expériences étrangères. Cette position est plus raisonnable et objective. En fait, au fur et à mesure de l'approfondissement de la connaissance des systèmes judiciaires des pays occidentaux, on constate qu'il existe également des problèmes similaires dans les systèmes judiciaires de ces pays, même si l'indépendance de la justice est un principe reconnu par la Constitution de ces États de droit et de démocratie. De plus, l'indépendance de la justice dans ces pays est tout relative. La puissance des partis politiques influence également la justice. Deux exemples méritent d'être cités. Le premier concerne la nomination des juges à la Cour Suprême des États-Unis. On peut la diviser en deux temps principaux : en premier lieu la nomination par le président et en second lieu la confirmation par le Sénat. En 1987, Robert Bork est nommé à la Cour suprême. Mais cette nomination s'est heurtée à l'opposition de l'Union américaine pour les libertés civiles. Du point de vue de Bork, l'ingérence du parti politique au sein de la justice est inappropriée<sup>738</sup>. À l'inverse, si cette nomination avait été confirmée par la majorité du Sénat, du point de vue des sénateurs opposés, ne ce serait-il pas agi d'une ingérence du parti politique au sein de la justice ? En bref, l'intérêt politique est un facteur nécessairement pris en compte lors de la nomination et de la confirmation des juges à la Cour suprême des États-Unis<sup>739</sup>. Le second concerne l'indépendance de la justice en France. Selon l'article 64 de la Constitution française du 4 octobre 1958, « le président de la République est garant de l'indépendance de l'autorité judiciaire. Il est assisté par le Conseil supérieur de la magistrature ». Comment le chef de l'État peut-il assurer ce rôle alors que c'est l'exécutif qui peut, dans certains cas, vouloir influencer sur le cours de la justice ? L'idéologie du parti politique à lequel le chef de l'État appartient, influence-t-elle les décisions du chef de l'État ? Ainsi, dans une certaine mesure, le parti politique permet de conserver en fait l'indépendance de l'autorité judiciaire en France. Ces exemples illustrent que l'indépendance de la justice n'est pas absolue et que l'influence du parti politique au sein de la justice n'est pas un phénomène apparu

---

<sup>737</sup> Max Weber, « Essai sur le sens de la « neutralité axiologique » dans les sciences sociologiques et économiques », 1917, in *Essais sur la théorie de la science*, 1922, trad. franç., Paris, Plon, 1965 ; rééd. Presses Pocket, « Agora », 1992, p. 422.

<sup>738</sup> Robert H. Bork, *The tempting of America : the political seduction of the law*, Simon&Schuster, 1990.

<sup>739</sup> John R. Lott, Jr., "The judicial confirmation process: The difficulty with being smart", in *Journal of empirical legal studies*, 2005/2, p. 443-444.

uniquement en Chine. Mais nous reconnaissons en même temps que cette influence est plus forte en Chine que celle dans les États de droit.

## Conclusion du Chapitre II

**253. Lois communes.** D'après les analyses précédentes, il existe deux éléments communs dans l'encadrement de la liberté de la preuve dans la recherche des preuves en droit français et chinois. Le premier est à la recherche d'un point d'équilibre dans la procédure pénale. Les exemples de l'interrogatoire et de l'écoute judiciaire peuvent illustrer ce premier élément, comme nous l'avons mentionné dans le titre I. Afin d'éviter la répétition, nous ne continuons pas la description de ce phénomène, mais essayons de l'expliquer. Les raisons pour lesquelles les deux pays attachent de l'importance aux procédés de recueil des aveux consistent en leur système inquisitorial traditionnel et en culture traditionnelle. Plus précisément, la culture de l'aveu a un lien étroit avec le catholicisme en France et avec le légisme en Chine. Le second élément commun concerne la faiblesse du contrôle des actes des enquêteurs. Dans les deux pays, le statut du parquet est discutable. Dans une certaine mesure, le parquet ne peut pas contrôler effectivement la légalité des actes des enquêteurs au cours de l'enquête de police. Nous étudions également les causes de ce phénomène, notamment la naissance et l'évolution du concept de la séparation des pouvoirs en droit français et le régime à parti unique en politique chinoise. Nous estimons qu'aucun pouvoir juridique ne peut éviter l'influence de la politique, bien que la puissance de cette dernière diffère dans des pays ayant des régimes politiques différentes. Ainsi, les éléments historiques, culturelles, politiques et sociaux sont cachés derrière les apparences. Les ressemblances étudiées dans ce chapitre ne sont pas aléatoires. Elles se basent sur une tradition commune (le système inquisitorial) et une orientation analogue de l'évolution de procédure pénale (un système mixte).



## Conclusion du Titre II

**254. Objectif des analyses comparées.** L'étude des dissemblances et des ressemblances permet d'approfondir notre compréhension des régimes d'encadrement de la liberté de la preuve dans les deux pays. Dans la phase de recueil des preuves, les différences dans les modalités de la restriction de la liberté en droit chinois et français sont évidentes. Dans l'ensemble, les solutions et les niveaux concernés sont différents. En détail, les différences consistent en la qualité des lois et en la qualité de la personne. Cependant, citer ces dissemblances ne suffit pas et il est nécessaire d'en analyser aussi les causes. En effet, ces différences s'expliquent par des raisons historiques, sociales, culturelles et politiques. Dans cette partie, nous avons étudié les raisons étroitement liées à ces différences. Autrement dit, nous n'avons pas analysé exhaustivement les causes. Sur la base des analyses de causalité, il nous semble nécessaire, et possible, que le droit chinois s'inspire de certaines expériences françaises : le développement de la jurisprudence, l'amélioration de la qualité des lois à travers le perfectionnement des techniques législatives, la précision de la question sur l'admissibilité des preuves rapportées par un particulier. Au-delà des dissemblances évidentes, il existe également des ressemblances : la recherche d'un équilibre procédural et la faiblesse du contrôle des actes des enquêteurs. Ces similitudes ne sont pas aléatoires, mais proviennent notamment de la tradition du système inquisitorial, de la culture traditionnelle et du régime politique.



# CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE

**255. Objectif de l'étude.** L'objectif de l'étude de l'encadrement de la liberté de la preuve au cours du recueil des preuves en France et en Chine était de démontrer que l'encadrement de la liberté de la preuve contribue à la recherche d'un point d'équilibre en procédure pénale. Les mesures encadrant la liberté de la preuve dans la phase de la recherche des preuves, bien que différant en droit français et en droit chinois, elles permettent de trouver un point d'équilibre en procédure pénale.

**256. Légalité et loyauté de la preuve.** En droit français, la légalité et la loyauté de la preuve sont les deux mécanismes régulateurs. Pour le premier, les dispositions encadrant les procédés de recueil des preuves s'accroissent, et en même temps, les cas dérogatoires prévus par la loi se multiplient. Ces derniers permettent de réduire la rigidité de la loi concernant la restriction de la liberté de la preuve, malgré l'intention législative de renforcement de l'encadrement. Pour le second, c'est-à-dire le principe de loyauté de la preuve, la jurisprudence montre que les magistrats veulent l'appliquer strictement, notamment dans les cas où un agent de l'autorité publique utilise de manière déloyale des procédés de recueil des preuves. Cependant, les magistrats admettent les preuves obtenues de façon déloyale par un particulier. C'est-à-dire que les cas où les parties privées emploient des mesures déloyales pour réunir des preuves sont une exception dans l'application de la loyauté de la preuve.

**257. Règle d'exclusion des preuves illégales.** En droit chinois, l'introduction de la règle d'exclusion des preuves illégales a pour objet la restriction de la liberté de la preuve. Les dispositions concernant la preuve pénale s'accroissent dans la Loi de Procédure Pénale de 2012. En même temps, le législateur a modifié les dispositions concernant les procédés de recueil des preuves. Néanmoins, l'imprécision des mots conduit à des difficultés dans l'application des lois. De plus, les facteurs politiques, culturels, sociaux sont dans une certaine mesure des obstacles dans l'application de la règle d'exclusion des preuves illégales.

**258. Conclusion.** Étant donné que les mécanismes d'encadrement de la liberté de la preuve au cours du recueil des preuves ont leur dualité dans les pays, on peut constater qu'ils sont les éléments régulateurs permettant de mettre en balance les différents intérêts en procédure pénale.



# SECONDE PARTIE. L'ENCADREMENT DE LA LIBERTÉ DE LA PREUVE LORS DE L'APPRÉCIATION DE L'ADMISSIBILITÉ DE LA PREUVE EN FRANCE ET EN CHINE

**259. Admissibilité de la preuve et son appréciation.** À la suite du recueil des preuves pénales, le magistrat doit apprécier l'admissibilité des preuves apportées par les enquêteurs ou les individus. Le mot « admissibilité », pour un mode de preuve, signifie « vocation à être prise en considération comme élément de preuve »<sup>740</sup>. En doctrine et dans les codes, son synonyme est la « recevabilité ». Certains auteurs français ont montré que l'usage de ces deux terminologies était aléatoire<sup>741</sup>. Il y a peu d'intérêt juridique à distinguer l'admissibilité de la recevabilité. Le sujet de l'admissibilité ou de la recevabilité concerne exclusivement la régularité procédurale de la preuve, mais non la force probante de la preuve. Autrement dit, il ne s'agit pas ici du fond de l'affaire, qui relève du Code pénal, mais des garanties fondamentales d'une bonne justice, qui sont protégées par le Code de procédure pénale.

À la différence de la phase de recueil des preuves (exercée par l'enquêteur), le juge répressif est acteur dans la phase de l'appréciation de l'admissibilité de la preuve. Concernant l'appréciation du juge, dès la Révolution française, l'intime conviction était établie dans la justice pénale. Nous parlons également du système de la preuve libre, qui est le contraire du système de la preuve légale dans l'Ancien Régime. Selon l'article 427 du Code de procédure pénale, « hors les cas où la loi en dispose autrement, les infractions peuvent être établies par tout mode de preuve et le juge décide d'après son intime conviction ». Évidemment, le principe est la liberté de la preuve. Cette logique s'applique également lorsque le juge apprécie l'admissibilité de la preuve. Dans ce dernier cas, la sanction procédurale des preuves illégales incarne l'encadrement de la liberté de la preuve (**titre I**). Les dénominations à l'égard de cette sanction procédurale sont différentes en France et en Chine. Mais cela ne nous empêche pas de les comparer, leurs fonctions étant similaires (**titre II**). L'étude comparée des régimes concernant la sanction procédurale est destinée à démontrer que l'encadrement de la liberté de la preuve favorise la manifestation de la vérité.

---

<sup>740</sup> Gérard Cornu, *Vocabulaire juridique*, préc., p. 36.

<sup>741</sup> G. François, *La réception de la preuve biologique, Étude comparative de droit civil et droit pénal*, thèse Paris I, 2004, p. 491 ; G. Vial, *La preuve en droit extrapatrimonial de la famille*, Dalloz, 2008, n° 26, cité par Etienne Vergès, « Éléments pour un renouvellement de la théorie de la preuve en droit privé », in *Mélanges J.-H Robert*, Lexisnexis 2012, p. 887.



## **Titre I. La sanction procédurale**

**260. Deux dénominations.** Les preuves recueillies par des actes irréguliers peuvent être écartées du dossier de la procédure. Cela est la conséquence de la sanction procédurale de ces preuves. Nous appelons cela l'exclusion des preuves. En France, la nullité est un régime spécifique servant à cette sanction (**chapitre I**). En fait, la nullité sanctionne tous les actes irréguliers tout au long de la procédure, comprenant l'enquête de police, l'instruction préparatoire, la poursuite et le jugement. Puisque la recherche de preuve a lieu uniquement dans la phase de l'enquête de police et de l'instruction préparatoire, nous allons étudier exclusivement la nullité de l'enquête et de l'instruction. En Chine, la règle de l'exclusion des preuves illégales joue le rôle de sanction procédurale (**chapitre II**). Nous avons évoqué dans la première partie cette règle, notamment dans le chapitre du recueil de la preuve. Nous allons ici accentuer son contenu sur l'exclusion des preuves.



# Chapitre I. L'exclusion des preuves à l'aide de la nullité de l'enquête et de l'instruction en France

**261. Notion de nullité et son évolution.** La nullité désigne « la sanction encourue par un acte juridique entaché d'un vice de forme (inobservation d'une formalité requise) ou d'une irrégularité de fond (ex. défaut de capacité d'ester en justice pour un acte de procédure), qui consiste dans l'anéantissement de l'acte »<sup>742</sup>. Le système des nullités de procédure pénale est né dans la jurisprudence. L'un de ses buts est le renforcement des droits de l'inculpé à travers l'exigence de l'observation des formalités. Avec une évolution de plus d'un siècle, malgré son instabilité, le système des nullités de procédure pénale arrive à sa maturité. En fait, cette incertitude complexifie l'étude de ce système. Certains auteurs français ont estimé que « les nullités de procédure pénale sont à l'image d'un labyrinthe »<sup>743</sup>. Il est donc difficile de dessiner les grandes lignes de son orientation. En revanche, sa fluctuation illustre la vitalité des nullités de procédure pénale. De ce fait, l'évolution des nullités mérite d'être observée notamment par les comparatistes. Nous allons étudier tout d'abord l'évolution concernant les cas de nullités dans l'enquête et l'instruction (**section I**), et ensuite l'évolution concernant leur mise en œuvre (**section II**).

## Section I. L'évolution concernant les cas de nullités de l'enquête et de l'instruction

**262. Deux périodes.** Il est suffisant de remonter au début du droit pénal français contemporain pour étudier les cas de nullités. Les deux codes napoléoniens – le Code de l'instruction criminelle et le Code pénal – adoptés respectivement en 1808 et 1810, appartiennent à ce qu'il est convenu d'appeler « les masses de granit » qui constituent les fondations de la France contemporaine<sup>744</sup>. Au premier code a succédé, en 1959, le Code de procédure pénale. Ainsi, lorsque l'on veut observer l'un des régimes dans la procédure pénale, il est logique de distinguer deux périodes : l'une s'étendant de 1808 à 1959 (**§1**), l'autre ayant débutée en 1959 (**§2**).

### § 1. Le problème des cas de nullités de 1808 à 1959

**263. Séparation.** Le développement du problème des nullités était parallèle à l'évolution des droits de la défense dans l'instruction préparatoire. La loi du 8 décembre 1897 réalisa une évolution très poussée de la procédure d'instruction. Elle atténua le caractère inquisitoire de la procédure grâce au principe contradictoire et attacha la nullité aux formalités essentielles. On peut dire que cette loi avait institué « un système de nullité organisé et cohérent »<sup>745</sup>. Avant la promulgation de la loi du 8 décembre 1897, la question de la nullité s'est présentée exclusivement en

<sup>742</sup> Gérard Cornu, *Vocabulaire juridique*, préc., p. 696.

<sup>743</sup> Alexandre Gallois, « Les nullités de procédure pénale », *Gazette du Palais*, 2017, p.35.

<sup>744</sup> Jean-Marie Carbasse, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, 3<sup>e</sup> éd., PUF, 2014.

<sup>745</sup> Lenoir, dans son commentaire publié à la *France Judiciaire*, 1898, p. 4, 18, 58.

jurisprudence et en doctrine. Il convient donc de diviser la première période en deux : de 1808 à 1897 (A), et de 1897 à 1959 (B).

## A. Le problème des cas de nullités jusqu'à la loi du 8 décembre 1897

**264. Silence du Code d'instruction criminelle de 1808.** Le Code d'instruction criminelle de 1808 ne permettait pas à l'avocat d'intervenir à l'instruction préparatoire. Cette dernière était donc laissée à la diligence du juge d'instruction. Mais cela ne veut pas dire qu'il n'y a aucun contrôle exercé sur l'observation des formalités légales. Cependant le Code d'instruction criminelle de 1808 ne précise pas les sanctions que pouvait comporter la violation de ces formalités. Seuls les articles 407 et suivants abordaient le problème des cas de nullités. Mais ces dispositions traitaient uniquement des nullités de la procédure à l'audience et du jugement. L'article 408 alinéa 1 exprimait la règle « pas de nullité sans texte »<sup>746</sup>, déjà consacrée par la procédure civile<sup>747</sup>. L'article 408 alinéa 2 corrigeait cette règle en permettant l'annulation d'actes dont la nullité n'était pas expressément prévue par un texte<sup>748</sup>. Compte tenu de la place qu'elles tenaient dans le code, ces dispositions ne visaient en réalité que la procédure devant les juridictions de jugement. D'ailleurs, la Cour de cassation n'autorisait pas leur extension aux nullités de l'instruction, lorsqu'elle fit l'interprétation. De ce fait, les rédacteurs du Code d'instruction criminelle de 1808, par oubli ou intention, n'avaient pas estimé nécessaire de prévoir les nullités de l'instruction et n'avaient assuré une réelle défense du prévenu qu'à partir du moment où celui-ci comparait devant la juridiction du jugement. Malgré la carence législative, les nullités de l'instruction préparatoire furent invoquées en doctrine (1) et en jurisprudence (2).

### 1. Les nullités de l'instruction en doctrine

**265. Enjeu du respect des formalités.** En doctrine, la question des nullités est liée à la raison d'être des formalités imposées par les règles de la procédure pénale, et l'intérêt qui s'attache par conséquent au respect de ces formalités. Selon les termes du Professeur Levasseur, « ces formalités ne sont pas établies seulement pour la protection de la liberté individuelle et la bonne organisation de la défense, mais aussi parce que l'exactitude et le prestige de la justice ainsi que l'autorité qui s'attache à la chose jugée en matière pénale sont à ce prix »<sup>749</sup>. Autrement dit, la valeur du respect de ces formalités s'attache à l'intérêt d'ensemble de la procédure pénale. Les grands auteurs pénalistes ont donc admis largement les nullités de l'instruction. On se contente ici d'invoquer deux auteurs.

---

<sup>746</sup> L'article 408 alinéa 1 prévoyait que « lorsque l'accusé aura subi une condamnation, et que, soit dans l'arrêt de la cour impériale qui aura ordonné son renvoi devant une cour d'assises, soit dans l'instruction et la procédure qui auront été faites devant cette dernière cour, soit dans l'arrêt même de condamnation, il aura eu violation ou omission de quelques-unes des formalités que le présent Code prescrit sous peine de nullité, cette omission ou violation donnera lieu, sur la poursuite de la partie condamnée ou du ministère public, à l'annulation de l'arrêt de condamnation et de ce qui l'a précédé, à partir du plus ancien acte nul ».

<sup>747</sup> L'article 1030 du Code de procédure civile.

<sup>748</sup> L'article 408 alinéa 2 prévoyait la cassation « bien que la peine de nullité ne fut pas textuellement attachée à l'absence de la formalité dont l'exécution aura été demandée ou requise ».

<sup>749</sup> Georges Levasseur, « Les nullités de l'instruction préparatoire », in *La Chambre criminelle et sa jurisprudence. Recueil d'études en hommage à la mémoire de Maurice Patin*, Paris, Cujas, 1966, p. 474.

**266. Témoignage de Faustin-Hélie.** L'un est le vénérable Faustin-Hélie. Lorsqu'il exposa la nécessité d'admettre largement les nullités de l'instruction, il énonça en suivant : « *Ce principe est fondé sur la plus saine raison, car il est impossible d'admettre que la loi n'ait voulu donner aucune sanction aux règles fondamentales de la procédure, que toutes les garanties qu'elle a posées dans l'instruction doivent être livrées à la discrétion du juge, et qu'il soit interdit de relever les infractions qui auraient privé l'accusation ou la défense de l'exercice d'un droit légal ou de la protection d'une forme tutélaire. Nous savons que l'esprit de notre Code, qui a réagi en cela, et trop vivement peut-être, contre la législation antérieure, a été de dégager la procédure des nullités que le Code du 3 brumaire an IV avait attachées à tous ses pas. Mais ne serait-ce pas aller d'un excès à un autre excès que de remplacer les nullités trop multiples de ce Code par un système qui n'en reconnaîtrait aucune ? N'y a-t-il pas, dans toutes les procédures, des règles qui ne sauraient être impunément violées parce que l'instruction ne peut conduire à la vérité, parce que la justice pénale ne peut conserver son nom, qu'à la condition de les observer ?* »<sup>750</sup>.

**267. Témoignage de R. Garraud.** L'autre est le Professeur R. Garraud, qui exprimait le même sentiment quelque cinquante ans plus tard. « *Qu'on veuille bien le remarquer, la forme, en matière pénale, est la garantie nécessaire d'une justice exacte, éclairée et impartie. Elle est surtout adaptée à la défense de l'intérêt individuel en lutte avec l'intérêt social. Il ne faut pas oublier, en effet, que l'État, si l'on tient compte des conceptions modernes, remplit deux rôles bien distincts dans la procédure répressive dont il concentre et monopolise tous les rouages. En qualité de puissance publique il recherche les infractions et fait exécuter les condamnations ; mais tant que l'individu soupçonné n'est pas définitivement condamné, l'État est simplement partie au procès ; c'est un plaideur au regard d'un autre plaideur : l'accusé. Et les formes du procès sont précisément organisée en vue de garantir le droit individuel dans un intérêt collectif, là précisément où le résultat du procès implique le sacrifice du droit individuel au droit social. On comprend donc que la plus efficace des sanctions, la nullité des actes de procédure, soit souvent prononcée, et que cette garantie de l'inobservation des formes ait donné lieu à moins de critiques dans la procédure pénale que dans la procédure civile* »<sup>751</sup>.

En conséquence, les plus hautes autorités doctrinales sont d'accord pour admettre que le respect des formes doit être poussé suffisamment loin en matière pénale et que la nullité doit être attachée à l'inobservation d'un bon nombre des formalités imposées par la loi.

## **2. Les nullités de l'instruction en jurisprudence**

**268. Fondement juridique et choix des solutions.** Quand une règle de forme est essentielle à la procédure, il est concevable que son omission ou sa violation vicie l'acte et en entraîne l'annulation. Cette solution était déjà admise sous le régime de l'ordonnance de 1670, bien avant l'entrée en vigueur du Code d'instruction criminelle de 1808. Elle permettait aux juges de suppléer aux lacunes de la loi afin de combattre

---

<sup>750</sup> Faustin-Hélie, *Traité de l'instruction criminelle*, préc., § 445, p. 493.

<sup>751</sup> R. Garraud, *Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale*, Librairie de la Société du Recueil J.-B. Sirey & du Journal du Palais, 1912, n° 1099.

les manquements les plus caractérisés et garantir la protection des droits de la défense considérés comme fondamentaux<sup>752</sup>.

Le mutisme du Code d'instruction criminelle laissait en fait le choix entre quatre solutions : prononcer la nullité pour toute inobservation des formes prescrites par la loi, ne la prononcer au contraire que dans les cas où la loi avait spécialement attaché cette sanction à l'inobservation de la formalité (application de la règle civiliste « pas de nullité sans texte »), la prononcer seulement lorsque l'irrégularité a causé préjudice à la partie qui s'en plaint (application de la règle civiliste « pas de nullité sans grief »), enfin s'en remettre, dans chaque cas d'espèce, à l'appréciation des tribunaux (« mais ce système laisserait trop de place à l'arbitraire des juges, particulièrement dangereux dans la procédure pénale »)<sup>753</sup>.

**269. Cas d'annulation des actes d'instructions.** Dans ce contexte, la Chambre criminelle de la Cour de cassation commença à faire application des nullités de l'instruction dans quelques cas. Ceux-ci sont assez rares, par exemple en annulant la procédure d'instruction menée sans interrogatoire de l'inculpé<sup>754</sup>, la prestation de serment de l'inculpé lors de son interrogatoire<sup>755</sup>, ou l'expertise diligentée sans que l'expert eût prêté serment<sup>756</sup>, ou encore la saisie de la correspondance échangée entre le conseil et l'inculpé<sup>757</sup>. Il fut également admis qu'en matière d'interrogatoire, le juge d'instruction dirige celui-ci comme il l'entend, sous réserve de ne pas user de moyens déloyaux et notamment d'user de contraintes physiques ou morales. Les moyens contraires à la loyauté, les feintes, les ruses, les surprises, les ordalies, la torture, le combat judiciaire, la violence, les traitements inhumains, les brutalités, les interrogatoires épuisants ou pratiqués dans des conditions particulièrement pénibles, qui seraient propres à faire découvrir la vérité dans l'instruction relative à un crime ou à un délit, devaient également être répudiés et blâmés<sup>758</sup>. D'une autre manière, la chambre criminelle fut amenée à annuler les actes rendus par un magistrat incompetent<sup>759</sup> et le non respect de l'inviolabilité du domicile la nuit<sup>760</sup>.

Ainsi, il semble que la jurisprudence avant la promulgation de la loi du 8 décembre 1897, adoptait la troisième solution – « pas de nullité sans grief ». La notion de nullité substantielle est apparue dans cette jurisprudence. La construction jurisprudentielle de cette notion devait avoir un certain succès puisque, depuis lors, elle ne fut plus jamais abandonnée<sup>761</sup>. D'ailleurs très rapidement, et aujourd'hui encore, des définitions de la nullité substantielle n'ont pas manqué d'être proposées, même si la plupart d'entre elles constituent « des pétitions de principe difficilement exploitables »<sup>762</sup>.

<sup>752</sup> P. Bouzat, *Traité théorique et pratique de Droit pénal*, Dalloz, 1951, n° 1165.

<sup>753</sup> R. Garradu, *Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale*, préc., n° 1096.

<sup>754</sup> Crim. 12 févr. 1835, *Bull. crim.* n° 54, S. 1835. 1. 459 ; Crim. 22 déc. 1910, *Bull. crim.* n° 660 ; Paris 11 oct. 1912, D.P.1913.5.4.

<sup>755</sup> Crim. 6 janv. 1923, *Bull. crim.* n° 7, D.P.1924, I, 175.

<sup>756</sup> Crim. 27 nov. 1828, *Bull. crim.* n° 311 ; Crim. 1<sup>er</sup> juin 1883, *Bull. crim.* n° 133.

<sup>757</sup> Crim. 12 mars 1886, *Bull. crim.* n° 106, D. 1886, I, 345.

<sup>758</sup> Hélène Conchon, *L'évolution des nullités de l'instruction préparatoire*, l'Harmattan, 2002, p. 85-86.

<sup>759</sup> Crim. 7 juill. 1851, *Bull. crim.* n° 327.

<sup>760</sup> Jean-André Roux, *Cours de droit criminel*, t. II, L. Tenin, 1927, § 82, p. 320.

<sup>761</sup> P. Chambon, « Les nullités substantielles ont-elles leur place dans l'instruction préparatoire ? », *J. C. P.*, I, 1170.

<sup>762</sup> Di Marino, *Les nullités de l'instruction préparatoire*, 1977, thèse, Aix-en-provence, p. 238 *in fine*.

Grâce à la préparation en doctrine et en jurisprudence, la France est arrivée à une législation des nullités de l'instruction. La loi du 8 décembre 1897 constitue le point de départ de l'activité législative de ce domaine.

## **B. Les cas de nullités depuis la loi du 8 décembre 1897**

**270. Nullités textuelles et nullités substantielles.** La loi du 8 décembre 1897 mit en place la réforme de l'instruction préparatoire. Elle introduisait l'avocat dans la phase de l'information, lui donnant le contrôle des actes de la procédure et la possibilité de vérifier leur régularité. Elle attachait expressément la sanction de la nullité à la plupart des formalités qu'elle imposait et précisa que ces nullités emporteraient annulation de la procédure subséquente. On a pu dire que cette loi permettait de faire apparaître des nullités textuelles. L'instruction préparatoire était désormais pourvue d'un nombre important de nullités textuelles **(1)**, mais doctrine et jurisprudence furent d'accord pour admettre que le nombre des nullités substantielles se trouvait, lui aussi, augmenté **(2)**. Cela amène à distinguer les nullités textuelles des nullités substantielles. Par opposition aux nullités textuelles, les nullités substantielles sont les cas d'inobservation de formalités substantielles qui ne sont pas expressément prévues à peine de nullité.

### **1. Les nullités textuelles**

**271. Apparition des nullités textuelles.** Les débats parlementaires nourris par une succession de projets et de contre-projets avaient retardé la réalisation d'une réforme ébauchée dès 1878<sup>763</sup>. Craignant que la réforme s'enlisât, un sénateur, Monsieur Constans, appuyé par plusieurs de ses collègues saisit le Sénat d'un projet. Ce dernier l'admit malgré l'avis hostile de la Cour de cassation<sup>764</sup> et le dépôt de projets concurrents. Légèrement remaniée, la proposition Constans allait devenir la loi du 8 décembre 1897<sup>765</sup> qui réalisa une évolution très poussée de la procédure d'instruction.

L'article 12 de cette loi a instauré le système des nullités textuelles. Cet article disposait : « seront observées, à peine de nullité de l'acte et de la procédure ultérieure, les dispositions prescrites par les articles 1<sup>er</sup>, 3 paragraphe 2, 9 paragraphe 2 et 10 ». Il en résultait qu'étaient prévues à peine de nullité, d'un côté les procédures où par violation de l'article 1<sup>er</sup>, un magistrat avait jugé une affaire qu'il avait instruite et d'autre côté, certains actes d'instruction accomplis au mépris des dispositions suivantes :

- Article 3 paragraphe 2 faisant obligation pour le juge d'instruction lors de la première comparution, d'avertir l'inculpé de sa liberté de ne pas faire de déclaration et de faire mention de cet avertissement au procès verbal de première comparution ;

---

<sup>763</sup> Sur les travaux préparatoires de la loi du 8 décembre 1897, v. Milhaud et Monteux, *L'instruction criminelle : La loi du 8 déc. 1897 sur l'instruction préalable*, Paris, 1898, n° 1 à 20, p. 1 à 24 ; Dominique Poncet, *L'instruction contradictoire dans le système de la procédure pénale Genevoise et en droit français*, thèse Genève 1867, n° 7, p. 11 à 14.

<sup>764</sup> Rapport du Conseiller Falcimaigne, publié in J. Ollier, *La réforme de l'instruction préparatoire*, p. 87 à 133.

<sup>765</sup> Loi du 8 décembre 1897, Loi « ayant pour objet de modifier certaines règles de l'instruction préalable », D. P. 97. IV. 113.

- Article 9 paragraphe 2 faisant obligation au juge de procéder à l'interrogatoire ou à la confrontation de l'inculpé en la présence de ses conseils, ou ceux dûment appelés, sauf renonciation expresse de leur part ;
- Art. 10 faisant obligation de mettre la procédure à la disposition des conseils, la veille de l'interrogatoire de l'inculpé et de donner immédiatement aux conseils connaissance de toute ordonnance rendue.

Ces dispositions permettent de comprendre le point de vue du législateur : l'intérêt de l'inculpé ne permettait aucune concession. Plus précisément, la forme étant violée, l'acte qui avait pu entraîner la découverte de certaines charges devait être annulé.

**272. Extension des nullités textuelles.** Près d'un quart de siècle après l'entrée en vigueur de la loi de 8 décembre 1897, le législateur par une loi du 22 mars 1921 aligna le sort de la partie civile sur celui de l'inculpé. Les nullités textuelles de l'instruction préparatoire connurent ainsi une certaine extension. Ce décalage entre 1897 et 1921 s'explique par deux aspects. D'une part, les juges d'instruction étaient hostiles à l'admission d'un avocat de l'inculpé dans les bureaux du juge d'instruction. D'autre part, la victime n'a acquis ses lettres de noblesse qu'après 1897, notamment avec l'arrêt de la Chambre criminelle du 8 décembre 1906<sup>766</sup> permettant à la victime de mettre en mouvement l'action publique malgré le silence du parquet. Il en résulte que le législateur, en 1921, conféra à la partie civile les mêmes droits qu'au délinquant, en ce qui concerne les droits de la défense, au sens de la loi du 8 décembre 1897 sur l'instruction préparatoire<sup>767</sup>.

En outre, les nullités textuelles conquirent d'autres domaines à savoir les perquisitions et les saisies. À la suite d'une réforme opérée par la loi du 7 février 1933, et maintenue par la loi du 25 mars 1935, ce sont les formalités prévues aux articles 37, 38 et 39 du Code d'instruction criminelle, relatives aux saisies et aux perquisitions en cas de flagrance qui sont prescrites à peine de nullité textuelle. Quoique ces dispositions portent sur la réglementation des perquisitions et saisies en matière d'infraction flagrante, elles devaient, selon la doctrine, s'étendre à l'instruction préparatoire<sup>768</sup>.

**273. Application des nullités textuelles.** Il appartient à la Chambre des mises en accusation et à la Cour de cassation de reconnaître les nullités textuelles et de prononcer la nullité avec toute la rigueur voulue par la loi. La chambre criminelle a souvent été amenée à prononcer la nullité de certains actes d'instruction, en application de ces textes formels. Cependant on peut déceler dans sa jurisprudence le souci de n'en faire qu'un usage modéré.

À titre d'exemple, la nullité textuelle résultant de l'absence de notification des ordonnances au conseil fut limitée au cas des ordonnances juridictionnelles. La chambre criminelle fut amenée à distinguer deux catégories parmi les ordonnances

<sup>766</sup> Affaire Laurent Atthalin, D. 1907, 1, 207.

<sup>767</sup> V. l'exposé des motifs, D. 1921, IV, 7, 1<sup>ère</sup> colonne.

<sup>768</sup> Donnedieu de Vabres, *Traité de droit criminel et de législation pénale comparée*, Librairie du Recueil Sirey, 1947, n° 1336 ; Vidal et Magnol, *Cours de droit criminel et de sciences pénitentiaires*, t. II, 9<sup>ème</sup> éd., Paris, Rousseau et Cie, 1949, n° 835-2.

de soit-communicé : les unes à caractère juridictionnel<sup>769</sup>, les autres à caractère administratif. Ces dernières sont les plus nombreuses, et incluent les communications au ministère public en vue d'un réquisitoire supplétif, l'ordonnance donnant mainlevée du mandat de dépôt<sup>770</sup>, ou même l'ordonnance de jonction des procédures<sup>771</sup>.

On peut également souligner la nullité textuelle concernant les perquisitions ou les saisies. D'une part, elle fut restreinte dans les cas où les perquisitions ou saisies avaient lieu au domicile du prévenu et non chez un tiers ou dans une voiture circulant sur la voie publique<sup>772</sup> et dans le cas où la saisie irrégulière opérée par le juge d'instruction ne doublait pas une saisie déjà faite régulièrement sur commission rogatoire<sup>773</sup>. D'autre part, même lorsque la nullité était prononcée, les tribunaux en limitaient généralement les effets au procès-verbal de perquisition ou de saisie, et s'efforçaient de justifier toute condamnation en s'appuyant sur d'autres éléments de preuve<sup>774</sup>. Cependant il existe un revirement de la jurisprudence. L'arrêt du 6 juillet 1955 annula des poursuites engagées sur le vu de simples déclarations du prévenu ou de documents irrégulièrement saisis sur sa personne ou à son domicile<sup>775</sup>. Une solution analogue fut admise par l'arrêt du 12 février 1957 qui estime que les éléments de preuve qui procèdent d'une perquisition irrégulière doivent être écartés au même titre que celle-ci<sup>776</sup>. Mais quelques années plus tard, cette solution a été abandonnée par la chambre criminelle<sup>777</sup>.

**274. Bilan.** Dans cette période, le législateur voulut déterminer les cas susceptibles d'encourir l'annulation. Cependant, la jurisprudence s'orienta vers une interprétation stricte des textes existants dans un souci d'user modérément des nullités formelles. Il restait encore des questions à résoudre : *quid* des autres formalités non visées par les textes à peine de nullité ? Les nullités de l'article 12 de la loi du 8 décembre 1897 étaient-elles limitatives ou simplement indicatives ? Ces questions démontraient le laconisme ou l'insuffisance de ces articles. Cela allait permettre à la Cour de cassation de jouer un rôle important quant à la détermination du domaine et de la portée des nullités de l'instruction. Ainsi, les nullités substantielles construites par la jurisprudence avant la promulgation de la loi du 8 décembre 1897 n'allaient pas perdre leur utilité, car il fallait bien suppléer les lacunes de la loi<sup>778</sup>.

---

<sup>769</sup> Il s'agit des ordonnances « préliminaires à une décision en vue de laquelle la défense doit être mise à même de présenter les observations qui lui paraissent nécessaires », voir Crim., 4 juin 1957, B. 483, par exemple préliminaires à l'ordonnance de clôture, v. Chambon, *L'instruction contradictoire et la jurisprudence*, Paris, Librairie techniques, libraires de la Cour de cassation, 1953, n° 134 et 135.

<sup>770</sup> Crim., 23 février 1934, B. 42.

<sup>771</sup> Crim., 18 janvier 1956, B. 70.

<sup>772</sup> Crim., 11 septembre 1933, B. 191 ; 5 août 1952, B. 224.

<sup>773</sup> Crim., 22 juillet 1954, B. 270, arrêt Dominici rendu sur le rapport de M. Patin.

<sup>774</sup> Crim., 27 décembre 1935, B. 148 ; 2 janvier 1936, B. 3 ; 17 février 1942, B. 75 ; 11 juin 1949, B. 210.

<sup>775</sup> Crim., 6 juillet 1955, B. 339.

<sup>776</sup> Crim., 12 février 1957, B. 137.

<sup>777</sup> Dans l'affaire jugée le 14 décembre 1961, la chambre criminelle affirme que la fouille irrégulière n'a pas porté atteinte aux droits de la défense « alors que les documents saisis ont été librement débattus ». Crim., 14 avril 1961, B. 299 ; 14 décembre 1961, B. 528.

<sup>778</sup> Hélène Conchon, *L'évolution des nullités de l'instruction préparatoire*, préc., p. 90.

## 2. Les nullités substantielles

**275. Un point acquis.** La constitution des nullités textuelles de l'instruction ne ralentit aucunement le développement de la jurisprudence sur les nullités substantielles encourues en ce domaine. Quoique les lois du 8 décembre 1897, du 22 mars 1921, du 7 février 1933 et du 25 mars 1935 n'aient pas prévu expressément cette sanction, la Cour de cassation a attaché la nullité à l'inobservation de certaines formalités substantielles. Dès 1898, on peut lire dans les arrêts de la Chambre criminelle « qu'il importe peu que la nullité n'ait pas été attachée expressément à l'inobservation de ce paragraphe puisque les formalités qui font partie substantielle du droit de défense sont de rigueur et que leur omission constitue de plein droit et par elle-même une nullité radicale »<sup>779</sup>. Ainsi, on pourrait déduire que chaque fois que le juge d'instruction omettait une formalité essentielle à la défense de l'inculpé, la nullité était encourue de plein droit, alors même qu'elle n'était pas formellement édictée par la loi.

**276. Développement des cas de nullités substantielles.** Au fur et à mesure, les juges de la Cour de cassation ont appliqué les nullités substantielles à toutes les dispositions de la loi de 1897 non visées à l'article 12, considérée en effet comme substantielle par la Cour de cassation. Par exemple, si, contrairement aux dispositions de l'article 8 de la loi de 1897, le juge d'instruction refusait de laisser communiquer l'inculpé avec son défenseur, les juges de la Cour de cassation décidaient qu'il y avait nullité<sup>780</sup>. Constituait également une formalité substantielle, l'avertissement donné à l'inculpé de son droit à l'assistance d'un conseil<sup>781</sup>, ou la mention au procès-verbal d'interrogatoire de la convocation du conseil et de la mise à sa disposition du dossier à sa disposition<sup>782</sup>. Les juges de la Cour de cassation censuraient également au nom de l'ordre public le fait d'entendre l'inculpé sous serment<sup>783</sup>, l'absence de serment de l'expert<sup>784</sup>, un réquisitoire introductif non signé<sup>785</sup>, une commission rogatoire générale<sup>786</sup>, l'emploi de stratagèmes déloyaux par un officier de police judiciaire<sup>787</sup>, les actes faits par un magistrat non assisté d'un greffier<sup>788</sup> ou assisté d'un greffier intérimaire qui n'avait pas prêté serment<sup>789</sup>, l'omission dans la première comparution de donner connaissance au prévenu de la nature de l'inculpation de l'avertir de son droit d'être assisté d'un conseil et d'en faire mention au procès-verbal<sup>790</sup>, le défaut d'interrogatoire<sup>791</sup>, l'avis simultanément donné au conseil de l'ordonnance de soit-communié et de l'ordonnance de clôture de l'information, de telle sorte que le

<sup>779</sup> Crim., 4 févr. 1898, *Journal des parquets* 1898. 2. 34, *Bull. Crim.*, n° 43.

<sup>780</sup> Le Poittevin, Étude sur la loi du 8 déc. 1897, *France judiciaire*, 1901. 1. 193.

<sup>781</sup> Crim. 30 déc. 1927, *D.P.* 1929. 1. 55.

<sup>782</sup> Crim. 17 oct. 1901, *Bull. Crim.*, n° 255 ; Crim. 11 août 1904, *Bull. crim.* n°384 ; Crim. 24 déc. 1909, *Bull. crim.* n° 631 ; Crim. 4 janvier 1934, *D.P.* 1934. 1. 121.

<sup>783</sup> Crim. 6 janv. 1923, *D.P.* 1924. 1. 175, S. 1923, 1, p. 185, note Roux.

<sup>784</sup> Crim. 2 fév. 1907, *Bull. Crim.*, n° 62.

<sup>785</sup> Crim. 4 déc. 1952, *J.C.P.* 1953, éd. G, II, 7625, note Chambon.

<sup>786</sup> Crim. 22 janv. 1953, *J.C.P.* 1953, éd. G, II, 7456.

<sup>787</sup> Crim. 12 juin 1952, *J.C.P.* 1952, éd. G, II, 7241, note J. Brouchet.

<sup>788</sup> Crim. 12 mars 1909, *Bull. crim.* n° 160.

<sup>789</sup> Crim. 3 févr. 1922, *Bull. crim.* n° 54 ; Crim. 31 oct. 1935, *Bull. crim.* n° 119.

<sup>790</sup> Crim. 30 déc. 1927, *Bull. crim.* n° 337.

<sup>791</sup> Crim. 24 juin 1922, *D.P.* 1924. 1. 58.

conseil n'ait pas la possibilité de prendre communication de la procédure et de fournir éventuellement un mémoire au juge d'instruction<sup>792</sup>. Il y avait également nullité si l'inculpé était interrogé alors que la désignation d'un avocat d'office, sous sa demande, avait été omise<sup>793</sup>.

Vu les cas précités, certaines formalités substantielles concernent la bonne administration de la justice, alors que la majeure partie des formalités substantielles intéressent sérieusement les droits de la défense. Ainsi, les nullités substantielles nées dans la jurisprudence avaient permis d'élever la notion des droits de la défense et du principe de loyauté au rang de principes généraux de droit<sup>794</sup>. Le relais de la jurisprudence dans le cas des nullités substantielles fit l'objet d'une appréciation favorable de la part de la doctrine<sup>795</sup>. Cette œuvre jurisprudentielle a été consacrée par les rédacteurs du code de procédure pénale de 1959.

## § 2. Les cas de nullités depuis 1959

**277. Deux aspects.** Depuis la promulgation du Code de procédure pénale de 1959, le système de la nullité d'instruction a été retouché à plusieurs reprises. Il convient d'étudier tout d'abord les changements introduits par le législateur du Code de procédure pénale de 1959 **(A)**, et puis ses fluctuations depuis 1959 **(B)**.

### A. Le régime du Code de procédure pénale de 1959

**278. Nouveautés.** Le législateur du Code de procédure pénale de 1959 n'a guère modifié le contenu du système de nullités de l'instruction établi par la loi du 8 décembre 1897. Les nouveautés que le Code de procédure pénale a apportées concernent deux aspects : l'un est la multiplication des nullités textuelles existant antérieurement **(1)** ; l'autre est la confirmation des nullités substantielles par une disposition **(2)**.

#### 1. La multiplication des nullités textuelles

**279. Reprise des cas existants.** Dans la section X du premier chapitre du titre III (livre I) relative au juge d'instruction, le Code de procédure pénale de 1959 était expressément consacré aux nullités de l'information (article 170 à 174 anciens du CPP). Pour les nullités textuelles, il a conservé les solutions admises avant 1959. Mais les nullités textuelles sont visées dans deux groupes de textes.

En premier lieu, la nullité sanctionnait l'observation des formalités relative à l'interrogatoire de première comparution, la convocation de l'avocat l'avant-veille de chaque interrogatoire, l'audition ou la confrontation de son client, et la communication du dossier à l'avocat la veille de chacune de ces opérations (articles 114 à 118 ancien du CPP). L'article 170 alinéa 1 ancien du CPP reprenait en substance des nullités textuelles consacrées par la loi du 8 décembre 1897 et modifiée par la loi du 22 mars 1921. Toutefois, un cas d'exception concernait la notification des ordonnances juridictionnelles. Mais elle pouvait toujours consister en une violation

<sup>792</sup> Crim. 4 janv. 1913, *Bull. crim.* n° 9 ; Crim. 10 févr. 1923, *Bull. crim.* n° 62 ; Crim. 30 avr. 1925, *Bull. crim.* n° 138.

<sup>793</sup> Crim. 29 janv. 1914, *Bull. crim.* n° 59.

<sup>794</sup> J. Leauté, « Les principes généraux relatifs aux droits de la défense », in *R.S.C.* 1953, p. 47.

<sup>795</sup> Georges Levasseur, « Les nullités de l'instruction préparatoire », in *La Chambre criminelle et sa jurisprudence. Recueil d'études en hommage à la mémoire de Maurice Patin*, Paris, Cujas, 1966, p. 490.

des droits de la défense sanctionnée par l'article 172 ancien du CPP et entraîner la nullité de l'ordonnance de la procédure subséquente.

En second lieu, la nullité sanctionnait l'inobservation des règles sur les perquisitions et saisies (article 59 alinéa 3 et 96 alinéa 2 anciens du CPP). C'est vrai que les rédacteurs du CPP n'avaient guère apporté d'innovation en matière d'enquête policière. Mais toutes les règles édictées à la fois dans l'intérêt de la recherche de la vérité et de la protection des domiciles privés étaient prévues à peine de nullité. Plus précisément, la nullité couvrait le temps des perquisitions, les modalités d'accomplissement de ces dernières, notamment en cas de violation du secret professionnel ou des droits de la défense, d'absence de l'intéressé ou lorsque l'opération est effectuée de nuit (articles 56, 57, 59, 76, 95 et 96 anciens du CPP).

**280. Création des nouveaux cas.** Au-delà d'une simple reprise des cas existants, le CPP de 1959 crée de nouveaux cas des nullités textuelles. Ces derniers étaient prévus dans les articles 30, 105 et 107 du CPP. Tout d'abord, dans l'article 30 du CPP, le législateur envisageait la possibilité pour les préfets des départements et pour le Préfet de Police dans le Département de la Seine, en cas d'urgence, de réaliser tous les actes nécessaires à l'effet de constater les crimes et délits contre la sûreté intérieure ou extérieure de l'État, ou de requérir les officiers de police judiciaire compétents, et leur imposait, dans cette hypothèse, l'obligation d'en aviser le Procureur de la République et de transférer l'affaire dans les 24 heures à l'autorité judiciaire. Afin d'endiguer les pouvoirs de police judiciaire de ce fonctionnaire administratif, et de montrer le caractère exceptionnel du texte en cause, le législateur avait institué une nullité textuelle à l'article 30 du CPP<sup>796</sup>. Ensuite, dans l'article 105, le législateur frappait de nullité les actes du juge d'instruction ou de personnes agissant sur commission rogatoire qui auraient entendu comme témoins des personnes contre lesquelles il existe des indices graves et concordants de culpabilité lorsque cette audition avait pour effet d'éluider les garanties de la défense<sup>797</sup>. Enfin, l'article 107 disposait non avenus les procès-verbaux non signés et leurs ratures ou renvois non approuvés.

Ainsi, le législateur du CPP de 1959 avait multiplié les cas de nullités textuelles et mieux précisé leur régime. En outre, il avait écrit expressément les nullités substantielles dans le code.

## **2. La confirmation des nullités substantielles**

**281. Disposition.** On a déjà dit que la notion de nullité substantielle est apparue dans la jurisprudence au début de XIX<sup>ème</sup> siècle. Mais avant le CPP de 1959, aucun article n'a consacré officiellement ce sort de nullités. L'article 172 du CPP reconnut enfin expressément les nullités substantielles<sup>798</sup>. Cet article disposait que la violation des dispositions substantielles rendait possible la nullité, citant notamment le cas d'une violation « des droits de la défense ». La rédaction du texte laissait donc une place à des nullités substantielles qui pourraient être encourues sans qu'il y ait

---

<sup>796</sup> B. Bouloc, *L'acte d'instruction*, préc., n° 874.

<sup>797</sup> Cet article reprenait la jurisprudence instaurée sur la base de la loi du 8 décembre 1897. V. l'arrêt Fesch, Crim., 16 juin 1955, *J.C.P.* 1955, 8851.

<sup>798</sup> Article 172 ancien du CPP : « Il y a également nullité en cas de violation des dispositions substantielles, autres que celles visées à l'article 170, et notamment en cas de violation des droits de la défense ».

une quelconque atteinte aux droits de la défense. Pour la jurisprudence et la doctrine, l'article 172 a constitué le fondement d'une distinction entre deux catégories de nullités : celles qui sanctionnent la violation d'une disposition substantielle d'intérêt privé, et qui ne sont encourues qu'en cas de violation effective des droits de la défense ; et celles qui sanctionnent la méconnaissance d'une disposition d'ordre public et qui doivent être prononcées même si les droits de la défense n'ont pas été atteints<sup>799</sup>.

**282. Absence de définition de la notion de « disposition substantielle ».** Bien que consacrée par le législateur, la notion de nullité substantielle souffrait d'une absence de définition rigoureuse. La détermination des cas de violation des droits de la défense était donc laissée à l'appréciation du juge et l'interprétation du principe à la doctrine. On peut dire que le législateur s'abstint volontairement de préciser la notion de « disposition substantielle » et a entendu confier au juge le soin de le faire à sa place. Cette déduction peut être contestée par deux points. D'une part, comme le faisait très justement remarquer le Professeur Bouloc, il n'existait pas dans la jurisprudence antérieure de « *fil conducteur parmi les différents cas de violation des droits de la défense* »<sup>800</sup>. Il était donc impossible de dresser un catalogue des formalités de l'instruction présentant un caractère substantiel. Pour éviter cette difficulté, le législateur avait évité de définir précisément la notion de « disposition substantielle ». D'autre part, les annotateurs l'ont souligné dans leur commentaire de l'article 172 ancien du CPP : « *Ce que le législateur a entendu dire, en employant cette formule imprécise de l'article 172, c'est qu'en dehors de quelques prescriptions impératives, qui ne peuvent être que celles que la jurisprudence considérait déjà, en l'absence de texte, antérieurement au code de procédure pénale, comme substantielles, les dispositions de la loi, en matière d'information préalable, sont essentiellement indicatives, et que leur omission ou même leur violation ne devient une cause de nullité, que si en fait et compte tenu des circonstances de la cause, elle a porté atteinte aux droits de la défense (...)* Il ne faut donc pas s'attacher à la lettre même de l'article 172, qui d'ailleurs, si on en analyse de trop près les termes, devient obscur, mais en considérer seulement les sens généraux »<sup>801</sup>. Cette situation est compréhensible si l'on admet que la fonction du juge consiste effectivement à continuer d'une certaine façon le travail du législateur, et que c'est à lui qu'il incombe de compléter la loi quand le besoin s'en fait sentir. En interprétant la loi, le juge l'enrichit nécessairement. C'est-à-dire qu'il fait œuvre de législateur ou de créateur de droit.

Ainsi, le Code de procédure pénale de 1959, pour assurer un juste équilibre, a officiellement consacré les deux catégories des nullités précédemment admises : les nullités textuelles et les nullités substantielles. De même, l'article 172 ancien du CPP fait apparaître deux autres catégories de nullités : les nullités d'intérêt privé et les nullités d'ordre public.

---

<sup>799</sup> Hélène Conchon, *L'évolution des nullités de l'instruction préparatoire*, préc. p. 96.

<sup>800</sup> B. Bouloc, *L'acte d'instruction*, préc., n° 883.

<sup>801</sup> V. note M.R.M.P. sous Crim. 3 mars, 24 nov. 27 déc. 1961, D. 1961, 170.

## B. L'évolution depuis la promulgation du CPP de 1959

**283. Fluctuation de l'évolution.** Depuis la promulgation du CPP de 1959, l'évolution des nullités de l'instruction est fluctuante. Il est important d'évoquer trois réformes de la loi dans ce domaine. La première est la loi du 6 août 1975 **(1)**. Elle instaura une autre distinction entre les nullités d'intérêt privé et les nullités d'ordre public. À travers l'insertion d'un nouvel article 802 dans le CPP, les nullités substantielles et les nullités d'intérêt privé étaient accentuées. En fait, dans cette période, on laisse le champ d'application des nullités à la discrétion du juge répressif. Pour encadrer ce pouvoir large du juge, une deuxième réforme a vu le jour : la loi du 4 janvier 1993 **(2)**. Le législateur a énuméré un nombre impressionnant de nullités textuelles sanctionnées automatiquement. Celles-ci étaient assimilées à des nullités d'ordre public. Ainsi, les nullités textuelles et les nullités d'ordre public étaient en plein essor dans la loi du 4 janvier 1993. Cependant, ce système est trop rigide en raison de l'automatisme des nullités textuelles fort nombreuses. Par conséquent, le législateur de la loi du 24 août 1993 a supprimé la liste des nullités consacrée par la loi 4 janvier 1993. De ce fait, la loi du 24 août 1993 est donc revenue en arrière, et a restauré l'article 802 du CPP **(3)**. Il convient de rappeler qu'une tendance moderne de plus forte intégration de la phase policière au procès pénal s'est fait sentir à partir de 1987. Ainsi, désormais, les nullités destinées à assurer le respect du formalisme procédural au cours de l'instruction ont été étendue à la phase policière du procès pénal.

### 1. La loi du 6 août 1975

**284. Projet de la loi.** Le projet de loi du Garde des Sceaux prévoyait que le prononcé de la nullité était subordonné à l'existence d'une atteinte aux intérêts de la partie concernée « en cas de violation des formes prescrites par la loi à peine de nullité ou d'inobservation des formalités substantielle ou d'ordre public »<sup>802</sup>. Ce texte avait une portée générale et visait toutes les nullités, quelles que fussent leur nature, leur origine et la juridiction saisie. Les auteurs du projet de loi tranchaient ainsi avec la situation antérieure en imposant l'atteinte aux droits de la défense comme unique critère du prononcé des nullités, en soumettant le prononcé de toutes les nullités sans exception à l'exigence d'un grief. Cependant, le rapporteur du projet de loi à l'Assemblée nationale et à la Commission des lois, observant « qu'un juste équilibre devait être trouvé entre les garanties traditionnelles des droits de la défense et les exigences du fonctionnement normal de la justice »<sup>803</sup>, avaient proposé un amendement tendant à remplacer les termes « ou d'ordre public » par les termes « à l'exception toutefois de celles prévues par l'article 105 »<sup>804</sup>. Cet amendement visait non seulement à maintenir les nullités d'ordre public, mais aussi à ne pas porter atteinte à l'article 105 dont la violation constitue une des plus graves atteintes aux droits de la défense<sup>805</sup>. Il fut suivi par l'Assemblée, le Garde des Sceaux ayant admis lors de la discussion en première lecture que les nullités d'ordre public continueraient

<sup>802</sup> J.O.A.N. séance, 24 avril 1975, p. 2171.

<sup>803</sup> J.O.A.N. séance, préc., p. 2086.

<sup>804</sup> J.O.A.N. séance, préc., p. 2081 et 2171.

<sup>805</sup> J.O.A.N. séance, préc., p. 2172.

de bénéficier du statut particulier tenant à leur nature même<sup>806</sup>. Seule la nullité née de la violation de l'article 105 devait être expressément mentionnée dans l'ancien article 802 du CPP. Ici, on voit bien que la notion de nullités d'ordre public a rebondi dans les travaux parlementaires ayant précédé l'adoption de la loi du 6 août 1975. La distinction entre les nullités d'ordre public et les nullités d'ordre privé a été expressément évoquée dans le projet de loi du 6 août 1975.

**285. Ancien article 802 du CPP et son interprétation.** À partir de la promulgation de la loi du 6 août 1975 où les nullités d'ordre privé ont commencé à prendre de l'importance et où cet essor s'est accéléré, on pu constater une dévalorisation des nullités d'ordre public. Littéralement, la notion des nullité d'ordre public n'apparaît pas dans l'ancien article 802 du CPP : « *En cas de violation des formes prévues par la loi à peine de nullités ou d'inobservation des formalités substantielles, à l'exception toutefois de celles prévues à l'article 105, toute juridiction, y compris la Cour de cassation, qui est saisie d'une demande d'annulation ou qui relève d'office une telle irrégularité ne peut prononcer la nullité que lorsque celle-ci a eu pour effet de porter atteinte aux intérêts de la partie qu'elle concerne* ». Faute d'une distinction claire entre les deux types de nullité, il convenait tout naturellement de s'interroger sur le fait de savoir si cette disposition s'appliquait ou non aux nullités d'ordre public. Par conséquent l'enjeu représenté par l'interprétation de l'article 802 était d'une importance certaine : soit on considérait que les nullités d'ordre public étaient mises au pas des nullités d'ordre privé, soit on considérait que les nullités d'ordre public conservaient leurs caractères traditionnels, continuant de mener une existence en marge des nullités d'ordre privé.

Il semble que l'interprétation littérale de l'article 802 du CPP postule que celui-ci porterait exclusivement sur les nullités d'ordre privé. Certains auteurs sont également d'accord avec ce point de vue<sup>807</sup>. Pour eux, si le texte est muet sur la violation des règles d'ordre public, c'est justement pour mieux les exclure de son champ d'application : l'article 802 précisant que la nullité ne peut être prononcée « que lorsque celle-ci a eu pour effet de porter atteinte aux intérêts de la partie qu'elle concerne », marquait bien qu'il ne peut s'appliquer qu'aux nullités d'intérêt privé, à l'exclusion des nullités d'ordre public, sanctionnant le respect des formalités édictées dans l'intérêt général. Et c'est dans ce sens que la jurisprudence et principalement la Chambre criminelle de la Cour de cassation ont fait application de l'article 802 : celle-ci, en se référant à la volonté du législateur, a restreint sa portée en excluant la violation des règles d'ordre public<sup>808</sup> ainsi que celle des règles dont elle considérait qu'elles constituaient en elles-mêmes une atteinte aux droits de la défense. Sont donc notamment exclues de l'article 802 les nullités qui touchent à l'organisation judiciaire, l'ordre et la composition des juridictions, les règles de compétence, le serment des

<sup>806</sup> Déclaration de M. Lecanuet, Garde des Sceaux, Assemblée nationale, Débats, 24-25 avril 1975, p. 2087.

<sup>807</sup> P. Couvrat, « Les méandres de la procédure pénale : commentaire de la loi n° 75. 701 du 6 août 1975 », in *D.* 1976, chron. p. 43 ; J. Robert, « Les lois du 11 juillet et du 6 août 1975 en matière pénale », in *J.C.P.* 1975, I, 2729, n°133-134 ; M. Hersant, « Réflexions sur l'article 802 du code de procédure pénale, loi n° 75. 701 du 6 août 1975 art. 19 », in *D.* 1976, chron. 117 ; Bouzat et Pinatel, *Traité de droit pénal et de criminologie*, 1979, p. 223, n° 1304 à 1309.

<sup>808</sup> Crim. 24 janv., 3 avril et 26 juin 1979, *Bull. crim.* n° 39, 135 et 230 ; crim. 21 janv. 1980, *Bull. crim.*, n° 288.

témoins et des experts, la règle du double degré de juridiction, l'autorité de la chose jugée, la prescription, les formes et délais des voies de recours.

**286. Facteur décisif du prononcé de la nullité : effectivité du grief.** Le législateur a en effet introduit à l'article 802 du CPP la règle fondamentale « pas de nullité sans grief ». Cette règle n'est en réalité qu'un prolongement de la théorie des nullités substantielles. Autrement dit, le prononcé des nullités de l'instruction est laissé à la discrétion du juge répressif. Mais le juge répressif doit mettre en œuvre la règle « pas de nullité sans grief » *in concreto* et non plus seulement *in abstracto*. Plus précisément, non seulement si la règle méconnue est essentielle à la protection des droits de la défense, mais encore si la méconnaissance de la règle a effectivement porté atteinte aux droits de la défense dans le cas d'espèce, le juge répressif peut prononcer la nullité. Ainsi, le grief devient un facteur décisif lorsque le juge prononce la nullité.

Mais quelle est la nature du grief ? De nombreux auteurs rattachent les nullités d'ordre privé à l'inobservation des règles qui garantissent la libre défense du prévenu<sup>809</sup>. C'est-à-dire que lorsqu'il y a atteinte aux droits de la défense, il y a grief. Mais il est difficile de donner un contenu tangible à la notion de droits de la défense. Donc tant la notion de grief que la notion de l'atteinte aux droits de la défense sont vagues. Dans la pratique, c'est le juge répressif qui définit les conditions d'application de l'article 802 et l'existence d'une atteinte portée aux intérêts de la partie concernée en fonction des éléments de fait propres à chaque cas d'espèce<sup>810</sup>. En effet, la nullité ne devrait être prononcée que si l'irrégularité a eu pour résultat effectif de nuire à la défense d'une partie. Ainsi, l'enjeu du prononcé des nullités est l'effectivité du grief ou le résultat de la violation des formalités substantielles.

**287. Réactions de la doctrine.** Ce mode d'appréciation du grief permet de formuler deux observations. Pour certains auteurs, il constitue une source d'incertitude prolongée et d'arbitraire excessif des juges, estimant ainsi qu'il est souvent hasardeux, pour combler des lacunes, de faire référence à un principe général dont la raison d'être reste en définitive la seule volonté de la Cour de cassation<sup>811</sup>. Pour d'autres, à l'inverse, ce mode est nécessaire pour permettre d'évaluer plus nettement la nature et surtout les conséquences réelles de l'atteinte au déroulement de l'information et d'éviter l'annulation d'une procédure pour certains vices de forme sans importance véritable<sup>812</sup>.

**288. Effet dans la pratique judiciaire.** D'un point de vue pratique, cette rigueur jurisprudentielle de principe sur l'appréciation *in concreto* et l'exigence de la preuve véritable d'un préjudice particulier rend exceptionnelle l'annulation d'actes ayant pourtant contrevenu aux prescriptions légales dont certaines prévoient expressément la sanction de la nullité. La nécessité pour le demandeur d'établir

---

<sup>809</sup> R. Garradu, *Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale*, préc., n° 1102 ; Donnedieu de Vabres, *Traité de droit criminel et de législation pénale comparée*, préc., n° 1335 ; Merle et Vitu, *Traité du droit criminel*, tome II, préc., n° 476 à 481 ; Pradel et Varinard, *Les grands arrêts du droit criminel*, Tome II, 1998, n° 18, p. 179.

<sup>810</sup> Crim., 2 mai 1968, *Bull. crim.* n° 136.

<sup>811</sup> Maurice Alléhaut, « Les droits de la défense », in *Recueil en hommage à Maurice Patin*, 1965.

<sup>812</sup> Hélène Conchon, *L'évolution des nullités de l'instruction préparatoire*, préc., p. 129.

l'existence d'un préjudice subi effectivement fait souvent obstacle au prononcé de la nullité, ce qui permet parfois la violation en toute impunité des règles de procédures prévues par la loi. Ainsi, les nullités substantielles, loin d'être automatiques, ne jouaient que comme simple menace dont la mise en œuvre était abandonnée à la discrétion du juge. Le défaut d'une telle pratique reposait sur le fait que l'issue du procès dépendait de la libre appréciation du juge. Cette pratique a provoqué des abus de pouvoir du juge. C'est dans ce contexte qu'est apparu la loi du 4 janvier 1993.

## **2. La loi du 4 janvier 1993**

**289. Augmentation des nullités textuelles.** Compte tenu de la rareté des cas de prononcé de la nullité, la loi du 4 janvier 1993 a tenté de corriger ce défaut par l'augmentation des nullités textuelles. Dans un article 171 qui supprimait l'ancien article 170 du CPP, la loi du 4 janvier 1993 énumérait des dispositions protectrices des libertés individuelles dont la violation devait être automatiquement sanctionnée par la nullité. Avec cette loi, les nullités textuelles sont revenues à l'honneur. Les différentes hypothèses de nullité regroupées dans un seul et même article étaient les suivantes :

- Articles 18, 21-1, 52 : règles de compétences territoriale des officiers de police judiciaire, des agents de police judiciaire ainsi que du juge d'instruction ;
- Article 51 : saisine du juge d'instruction, conditions d'ouverture d'une information ;
- Article 53 : définition du crime et du délit flagrant ;
- Articles 56, 56-1, 57 et 59 : règles procédurales relatives aux perquisitions et saisies en cas de crime ou délit flagrant ;
- Articles 63 et 63-1 : règles procédurales de la garde à vue en cas de crime ou délit flagrant ;
- Articles 76 : perquisitions et saisie lors d'une enquête préliminaire ;
- Article 77 : garde à vue lors d'une enquête préliminaire ;
- Article 78-3 : rétention pour vérification d'identité ;
- Article 100, 100-2, 100-7 : interception de correspondances émises par voie de télécommunications ;
- Article 104 : audition comme témoin d'une personne visée par une plainte assortie d'une constitution de partie civile ;
- Article 152 : interdiction d'entendre une personne visée par une plainte assortie d'une constitution de partie civile ;
- Article 154 : garde à vue dans le cadre d'une commission rogatoire.

Par rapport à l'ancien article 170 du CPP qui n'avait retenu que les articles 114 et 118 du CPP comme cas de nullités textuelles, l'article 171 de la loi du 4 janvier 1993 a fait des progrès. D'une part, les formalités relatives aux interrogatoires et convocation de l'avocat ne sont plus assorties d'une nullité textuelle, par conséquent l'omission de ces formalités entre dans le régime des nullités substantielles. D'autre part, toutes les nullités textuelles étaient regroupées sous un seul et même article.

Quant aux autres irrégularités, « il y a nullité lorsque la méconnaissance d'une formalité substantielle prévue par une disposition du présent code ou toute autre disposition de procédure pénale a porté atteinte aux intérêts de la partie qu'elle

concerne » (article 172 du CPP).

**290. Réactions de la doctrine.** Face à la loi du 4 janvier 1993, la doctrine signala ses imperfections. Tout d'abord, certains auteurs soulignent le choix arbitraire des cas de nullité et l'extrême rigidité de la loi<sup>813</sup>. Ensuite, d'autres auteurs critiquent le caractère non exhaustif de la liste de l'article 171<sup>814</sup>. Ils estimaient que cette liste oubliait, malgré son caractère novateur, certaines règles qui méritaient d'être sanctionnées par la nullité comme les règles relatives au serment des différents intervenants ou les formalités qui permettent de dire qu'un acte existe, comme par exemple, l'absence de date, de signature ou de désignation du magistrat dans une ordonnance. Enfin, les cas de nullité énumérés dans l'article 171 sont considérés comme suffisamment graves, c'est la raison pour laquelle le législateur les attache à la nullité automatique, c'est-à-dire sans nécessité de vérifier si un préjudice effectif aux droits de l'individu concerné a été effectivement causé. Mais certains auteurs dénonçaient l'absence d'originalité de cette loi, qui prenait en compte des textes existants ou des solutions bien ancrées en jurisprudence<sup>815</sup>. Ainsi, la loi du 4 janvier 1993 fut critiquée par la doctrine, puis réformée par une loi du 24 août 1993.

### 3. La loi du 24 août 1993

**291. Naissance de la loi du 24 août 1993.** Le 3 février 1993, une proposition tendant à supprimer l'article 171 du CPP issu de la loi du 4 janvier 1993 avait été déposé par M. Larché, sénateur<sup>816</sup>. Dès avril, la Chancellerie créa un groupe de travail composé de magistrats et présidé par le professeur Bouloc. Cet organisme considérait que le formalisme excessif édicté par la loi du 4 janvier 1993 pouvait conduire à une paralysie des services judiciaires, et estimait ce système trop rigide en raison de l'automatisme de nullités textuelles fort nombreuses. Aussi proposait-il de revenir quelque peu sur les causes de nullité textuelle. Ainsi, en sens inverse, la loi du 24 août 1993 limitait les cas de nullité prévus par la loi du 4 janvier 1993 et ne conservait que quelques cas de nullités textuelles.

**292. Contenu de la réforme.** Modifiée par la loi du 24 août 1993, l'article 171 ne vise plus aucune nullité textuelle et reprend les dispositions de l'article 172, selon lesquelles « *il y a nullité lorsque la méconnaissance d'une formalité substantielle a porté atteinte aux intérêts de la partie qu'elle concerne* ». Cela ne signifie pas qu'il n'y a plus de nullités textuelles. Ces dernières se trouvent, éparses, dans le CPP. Cette réforme est demeurée jusqu'à présent. Dans le Code de procédure pénale actuel, l'expression « à peine de nullités » apparaît dans les articles suivants.

- L'article 28-1 concernant la compétence des agents de l'administration des douanes, l'article 28-2 concernant la compétence des agents fiscaux ;

---

<sup>813</sup> Le Guénéhec, « La loi du 24 août 1993 : un rééquilibrage de la procédure pénale », in *J.C.P.* 1993, I, 3720 ; Coutant, *Essai d'une théorie sur les nullités en procédure pénale, administrative et civile*, thèse Aix-Marseille, 1996.

<sup>814</sup> Rassat, « Premiers regards sur la réforme du code de procédure pénale », in *La vie judiciaire* du 4 au 10 janvier 1993, p. 7 ; Le Guénéhec, « La loi du 24 août 1993 : un rééquilibrage de la procédure pénale », *préc.*, 3720.

<sup>815</sup> Bouloc, « L'instruction par le juge d'instruction après la loi du 24 août 1993 », in *Revue pénitentiaire et de Droit pénal*, 1994, p. 100.

<sup>816</sup> Proposition de la loi tendant à modifier la loi n° 93-2 du 4 janvier 1993, *J.O.* 5 janvier, p. 215, portant réforme de la procédure pénale en vue de faciliter la conduite des enquêtes judiciaires et de l'instruction ainsi que le déroulement des audiences pénales.

- L'article 29 relative au délai d'envoi au procureur de la République des procès-verbaux de gardes particuliers assermentés ;
- L'article 41-1-1 relative à l'exécution de la convention judiciaire d'intérêt public ;
- L'article 49 relative à la participation des magistrats au jugement des affaires qui sont déjà connues dans une autre fonction ;
- Les articles 56-1 alinéa 1, 56-2, 56-4, 56-5 et 59 concernant les perquisitions ;
- L'article 60-1 relative à la violation de l'article 2 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse ;
- L'article 76 relative à la décision du JLD d'autoriser une perquisition sans l'assentiment de la personne ;
- Les articles 78-3 et 78-3-1 concernant la rétention et la vérification d'identité ;
- L'article 80-1 relative aux conditions de forme et de fond de la mise en examen ;
- L'article 82-1 disposant la demande d'acte d'une partie auprès du juge d'instruction ;
- L'article 100-5 concernant la transcription des correspondances avec un avocat relevant de l'exercice des droits de la défense et de celles avec un journaliste permettant d'identifier une source en violation de l'article 2 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse ;
- L'article 100-7 relative à l'écoute téléphonique ;
- L'article 181 et l'article 215 concernant l'ordonnance ou l'arrêt de mise en accusation ;
- L'article 393 relative au déferrement devant le procureur de la République ;
- L'article 495-14 concernant les formalités accomplies en matière de CRPC ;
- L'article 669 concernant la récusation d'un juge ;
- L'article 694-3 concernant l'exécution des demandes d'entraide étrangère ;
- L'article 694-36 relative à l'enquête européenne ;
- Les articles 695-27 et 696-10 concernant l'appréhension d'une personne en exécution d'un mandat d'arrêt européen ou d'une demande d'extradition ;
- L'article 696-26 concernant l'information de la personne en voie d'extradition ;
- L'article 698-1 concernant la dénonciation ou l'avis du ministre chargé de la défense ou de l'autorité militaire habilitée par lui ;
- Les articles 706-2-2, 706-2-3, 706-32, 706-35-1, 706-47-3, 706-81, 706-87-1 concernant la provocation à l'infraction des enquêteurs ;
- Les articles 706-28 et 706-35 concernant l'objet des perquisitions nocturnes ;
- Les articles 706-32, 706-83, 706-92, 706-106 relatives à l'autorisation d'un magistrat pour mettre en œuvre des techniques d'enquêtes intrusives ;
- L'article 706-102-3 concernant l'autorisation d'un juge pour mettre en place un dispositif de captation de données informatiques.

On constate qu'en abrogeant l'article 171 du CPP de la loi du 4 janvier 1993, la loi du 24 août 1993 a rétabli les nullités textuelles existant précédemment et redonné toute sa vigueur à la jurisprudence antérieure. Dès lors qu'une formalité substantielle

éditée dans l'intérêt des parties aura été méconnue, la nullité sera encourue sur le fondement des articles 171 et 802 lorsque cette violation porte atteinte aux intérêts de la partie qui l'invoque. Désormais, le régime des nullités textuelles ne diffère guère de celui des nullités substantielles.

**293. Attitudes de la doctrine.** Face à ce retour en arrière, certains estimaient que l'ensemble du dispositif instauré par la loi du 4 janvier 1993 ne devait pas être abrogé car l'idée de départ en elle-même était intéressante. Les imperfections de cette loi devaient être corrigées mais sans que cette dernière soit pour autant écartée<sup>817</sup>. Il appartenait au législateur de remanier et de compléter l'œuvre commencée en janvier 1993. Ainsi, un auteur regrette que le législateur n'ait pas assorti d'une nullité textuelle les textes se référant à la durée des auditions et au temps de repos en matière de garde à vue, ainsi que la méconnaissance des différents droits définis aux articles 63-2, 63-3 et 63-4, même si la loi du 4 janvier 1993 n'avait pas édicté une telle sanction<sup>818</sup>. Au contraire, M. Le Gunéhec se félicite que la loi du 24 août 1993 soit revenue aux principes antérieurs, en rétablissant dans les articles 171 et 802 du code de procédure pénale la règle selon laquelle la nullité ne sanctionne la violation d'une formalité substantielle que lorsque cette violation a porté atteinte aux intérêts de la personne qu'elle concerne<sup>819</sup>. Ce système qui présente l'avantage de confier au juge l'appréciation au cas par cas s'il y a eu ou non violation des droits de la défense réjouit Monsieur Casorla<sup>820</sup>. Quoi qu'il en soit, ce retour en arrière allait indubitablement favoriser le développement des nullités substantielles.

## **Section II. L'évolution concernant la mise en œuvre des nullités de l'enquête et de l'instruction**

**294. Quatre questions.** La mise en œuvre des nullités de l'enquête et de l'instruction permet de se poser quatre questions. Qui peut invoquer les nullités de l'enquête et de l'instruction ? Qui a la compétence pour connaître les demandes des nullités de l'enquête et de l'instruction ? Quand les personnes peuvent-elles formuler ces demandes ? Quels sont les effets des nullités de l'enquête et de l'instruction ? Les deux premières questions concernent les personnes ou les organes impliqués dans la mise en œuvre des nullités de l'enquête et de l'instruction (**§1**). Les deux dernières questions concernent l'exigence technique imposée aux requérants des nullités et les conséquences des nullités (**§2**). Nous allons y répondre dans une perspective historique.

---

<sup>817</sup> Pour Madame M-L Rassat, *Procédure pénale*, 2<sup>ème</sup> éd., 1995, n° 419, p. 659 et s, c'était à l'évidence la bonne méthode, même si la réalisation prêtait à discussion. C'est ainsi que pour elle, l'article 802 qui n'ajoutait plus rien, dans sa nouvelle rédaction, aux dispositions initiales sur les nullités aurait pu être supprimé.

<sup>818</sup> H. Matsopoulou, *Les enquêtes de police*, préc., n° 1030, p. 823.

<sup>819</sup> Le Gunéhec, « La loi du 24 août 1993 : un rééquilibrage de la procédure pénale », préc., 3720.

<sup>820</sup> Casorla Francis, « La célérité du procès pénal en droit français », in *R.I.D.P.*, p. 521 et s.

## § 1. Les personnes ou les organes impliqués dans la mise en œuvre des nullités de l'enquête et de l'instruction

**295. Deux aspects.** Qui peut invoquer les nullités ? **(A)** C'est la première question à laquelle nous devons répondre. Une fois cette question résolue, nous nous demanderons également devant quelles juridictions ces nullités pourront être invoquées et quels seront les pouvoirs des magistrats de ces juridictions **(B)**.

### A. Les personnes habilitées à invoquer les nullités de l'enquête et de l'instruction

**296. Ligne de démarcation.** La loi du 4 janvier 1993 se présente comme une ligne de démarcation. Avant cette loi, les requêtes de nullités de l'enquête et de l'instruction étaient réservées exclusivement aux autorités judiciaires **(1)**. Depuis cette loi, les parties privées peuvent également demander des nullités de l'enquête et de l'instruction **(2)**.

#### 1. Privilège des autorités judiciaires antérieur à la loi du 4 janvier 1993

**297. Prérogative du ministère public jusqu'en 1959.** On a évoqué que le législateur avait introduit pour la première fois les cas des nullités dans l'article 12 de la loi du 8 décembre 1897. Mais cette loi restait muette sur les conditions de mise en œuvre des nullités à cause de la grande précipitation dans le vote de la loi<sup>821</sup>. Les lois ne consacraient pas comment et quelles parties pouvaient se prévaloir des nullités de l'instruction en cours d'information. Cette carence législative fut comblée par la doctrine et la jurisprudence. Elles désignèrent unanimement la chambre d'accusation comme la juridiction compétente pour prononcer les nullités. Selon l'article 135 du Code de l'instruction criminelle, le procureur de la République avait un droit absolu de former opposition à toute ordonnance du juge d'instruction<sup>822</sup>. Une loi de 1856 avait reconnu la même possibilité au Procureur Général<sup>823</sup>. Il convient de souligner ici que le ministère public pouvait s'exercer uniquement contre des ordonnances. Autrement dit, ce recours ne permettait ni au procureur de la République, ni au procureur général de déférer à la juridiction supérieure des actes isolés d'instruction<sup>824</sup>.

Certains auteurs avaient proposé d'étendre le champ d'application de l'article 135 du Code de l'instruction criminelle, autorisant ainsi l'inculpé à saisir par voie d'appel la chambre d'accusation des nullités de procédure. À titre d'exemple, G. Le Poittevin a proposé que le prévenu ou le ministre public aient la possibilité de saisir, par voie de requête, la chambre d'accusation pour qu'elle annule les actes viciés et

---

<sup>821</sup> J. Pradel, *L'instruction préparatoire*, préc., n° 761, p. 787.

<sup>822</sup> C'était le terme officiel jusqu'à la loi du 7 février 1933 pour désigner, à l'époque, l'appel contre les ordonnances du juge d'instruction.

<sup>823</sup> Le délai pour former opposition était de 24 heures à compter du jour de l'ordonnance pour le procureur de la République et de 10 jours à compter du jour de l'ordonnance pour le procureur général. Si le ministère public ne faisait pas opposition dans le délai, il était forclo, et l'opposition qui intervenait plus tard devrait être déclarée non recevable.

<sup>824</sup> Crim. 14 avril 1899, *Bull. crim.* n° 81, S. 1901, 1, 153, note Roux.

ordonne que la procédure soit reprise à partir du plus ancien acte nul<sup>825</sup>. Mais la Chambre criminelle de la Cour de cassation était hostile à l'extension des cas d'appel et a ainsi rejeté cette proposition. Selon ses termes, « *attendu dit-elle, que la loi du 8 décembre 1897, tout en créant de nombreuses nullités, n'a pas changé, ni modifié les voies de recours ouvertes par l'article 135 du Code de l'instruction criminelle contre les ordonnances du juge d'instruction, ni accordé soit au Procureur de la République, soit au Procureur général, le droit de déférer à la juridiction supérieure des actes isolés d'instruction, tels les interrogatoires des prévenus* »<sup>826</sup>.

Pour sortir de l'impasse, la Cour de cassation « se fit législateur en décrivant le procédé de régularisation des procédures »<sup>827</sup> et fixa, par un arrêt rendu après délibération en chambre du conseil le 8 décembre 1899<sup>828</sup>, les règles de procédure. Il en résultait que le juge d'instruction devait d'abord s'assurer que l'inculpé entende se prévaloir de la nullité ; le cas échéant, l'instruction se trouvait régularisée et pouvait se poursuivre. À l'inverse, dans le cas où l'inculpé ne renonçait pas à se prévaloir de la nullité, l'instruction ne pouvait plus être continuée utilement : tous les actes qui interviendraient seraient nuls ; le juge d'instruction devait alors communiquer sa procédure au Procureur de la République à l'effet de saisir par voie d'opposition à l'ordonnance de soit-communié<sup>829</sup>, la chambre des mises en accusation, à qui il appartenait de statuer et d'ordonner la suppression du dossier des actes déclarés nuls et de la procédure qui avait suivi<sup>830</sup>. Ainsi, le juge d'instruction n'avait pas le droit de saisir lui-même la chambre d'accusation afin que celle-ci puisse apurer la procédure.

Cette solution jurisprudentielle avait confirmé le monopole du ministère public, mais générait apparemment une situation pour le moins paradoxale. En effet, l'accusation avait, seule, le privilège d'apprécier la réalité d'une prétendue violation des droits de la défense. Certes, le ministère public est un magistrat chargé « de pouvoir à la défense de la loi »<sup>831</sup>, mais avait-il la sérénité requise à l'exercice de ces fonctions alors qu'il était d'autre part agent du pouvoir exécutif, « un fonctionnaire d'autorité »<sup>832</sup> certainement préoccupé de la sauvegarde de l'intérêt social aux dépens de l'individu poursuivi ? Cette procédure de constatation des nullités, contraire à l'esprit de la loi de 8 décembre 1897, demeura en vigueur aussi longtemps que le code d'instruction criminelle<sup>833</sup>.

**298. Extension de la prérogative au juge d'instruction en 1959.** S'inspirant du point de vue de G. Le Poittevin, les rédacteurs du Code de procédure pénale de 1959 confèrent le droit d'agir par voie de requête au procureur de la République et au juge d'instruction, mais en le refusant aux parties privées. Le CPP prévoyait la

<sup>825</sup> G. Le Poittevin, *L'instruction criminelle, questions relatives à l'application de la loi du 8 décembre 1897*, n° 44, p. 71.

<sup>826</sup> Crim. 14 avril 1899, *Bull. crim.* n° 81, S. 1901, 1, 153, note Roux ; Crim. 17 nov. 1900, *Bull. crim.* n° 340 ; Crim. 29 nov. 1900, *Bull. crim.* n° 352, S. 1903, 1, 492.

<sup>827</sup> B. Bouloc, *L'acte d'instruction*, préc., n° 914.

<sup>828</sup> Crim. 8 décembre 1899, D.P. 1900, 1, 31, *Bull. Crim.* n° 355, S. et P. 1901, 1, 153.

<sup>829</sup> C'est l'acte par lequel le juge déclare qu'à ses yeux l'instruction est terminée et qu'il est prêt à rendre son ordonnance définitive, dès qu'il aura reçu les réquisitions du ministère public.

<sup>830</sup> Crim. 25 janvier 1917, D. 1918, 1, 97, note Leloir.

<sup>831</sup> M-L. Rassat, *Le ministère public entre son passé et son avenir*, thèse, LGDJ, 1967, n° 214.

<sup>832</sup> Donnedieu de Vabres, « La réforme de l'instruction préparatoire », in *RSC*, 1949, p. 499.

<sup>833</sup> Crim. 8 mars 1951, J.C.P. 1951, II, 6327, note Brouchet.

possibilité pour le procureur de la République, estimant qu'une nullité avait été commise, et sauf renonciation de l'intéressé dans le cas où cette renonciation était possible, de requérir du juge d'instruction communication de la procédure en vue de sa transmission à la chambre d'accusation, de présenter requête aux fins d'annulation à cette chambre et d'en informer les parties (article 171 alinéa 2 ancien du CPP).

Si l'on interprète littéralement cette disposition, il nous semble que le procureur de la République disposait d'un pouvoir propre devant la chambre d'accusation, sans intervention directe du procureur général. Or ce texte ne dispensait pas le parquet général de prendre lui-même des réquisitions sur le bien-fondé de la requête en annulation. Si au contraire l'initiative venait du juge d'instruction, il devait s'enquérir de l'opinion du ministère public et aviser les parties. Sans doute, le juge d'instruction espérait obtenir l'abandon de la part des parties. Si cet espoir était déçu, il saisissait la Chambre d'accusation aux fins d'annulation (article 171 alinéa 1 ancien du CPP).

Par conséquent, ces dispositions consacraient la prérogative du procureur de la République exercée depuis longtemps dans la jurisprudence. Par rapport au régime antérieur, la seule différence concernait désormais le fait de saisir par voie de requête et non en provoquant une ordonnance de soit communiqué dont il interjetait appel. En outre, contrairement au système précédent, le procureur de la République partageait ce droit de requête avec le juge d'instruction qui pouvait dorénavant saisir directement la chambre d'accusation sans être lié par l'avis du procureur de la République quant à l'opportunité de cette saisine. On mesure l'importance de cette innovation car le magistrat instructeur, chargé d'instruire tant à charge qu'à décharge, est normalement qualifié pour veiller au respect des droits des parties et tenir compte de leurs observations relatives à la régularité de tel ou tel acte. De plus, cette loi confère une véritable indépendance au juge d'instruction qui n'est pas tenu d'attendre l'action du ministère public.

Toutefois, ce droit de requête était toujours refusé aux parties privées. Ainsi, le Code de procédure pénale n'avait en aucune manière amélioré la situation des parties. M. Chambon estimait qu'« il l'aurait plutôt aggravé car l'exclusion de l'inculpé de toute voie de recours résulte aujourd'hui de la volonté manifeste et délibérée du législateur »<sup>834</sup>. À cause de la fermeture du droit de requête aux parties privées, on peut dire que la saisine de la Chambre d'accusation est loin d'être un mode ordinaire. C'est aussi la raison pour laquelle une irrégularité grave et non réparée aurait été condamnée à la stérilité.

## **2. Ouverture aux parties privées depuis la loi du 4 janvier 1993**

**299. Innovation de la loi du 4 janvier 1993.** Faisant écho aux propositions de la commission Delmas-Marty<sup>835</sup>, le projet a bien identifié le problème et la loi nouvelle du 4 janvier 1993 constitue une nette amélioration. Cette loi a ouvert aux parties privées le droit d'agir en nullité. L'article 173, alinéa 3 du CPP, issue de l'article 7 de la loi du 4 janvier 1993, indique que si l'une des parties estime qu'une nullité a été commise, elle peut saisir la chambre d'accusation par requête motivée dont elle adresse copie au juge d'instruction qui transmet le dossier de la procédure au

<sup>834</sup> Crim. 16 mai 1962, *J.C.P.* 62, II, 12808, note Chambon.

<sup>835</sup> Rapport Delmas-Marty sur la mise en état des affaires pénales, Documentation française, Paris, 1991.

président de la chambre d'accusation. Cette innovation a été maintenue par la loi du 24 août 1993. Grâce à cette loi, les parties privées deviennent des assistants, des collaborateurs assidus du juge d'instruction et du procureur dans la découverte des nullités, et leurs rôles, loin de s'opposer, se complètent.

**300. Notion de partie privée.** Jusque dans les années soixante, les parties au procès pénal étaient clairement identifiées. Il s'agissait de l'auteur présumé des faits auquel le magistrat instructeur avait notifié sa mise en examen et de la victime qui, en se constituant partie civile, bénéficiait des mêmes avantages que l'inculpé. Avec l'apparition des témoins assistés, la notion de partie privée s'est élargie. Mais jusqu'à la promulgation de la loi du 15 juin 2000, l'habilitation du témoin assisté à demander des nullités était contestable. Aux termes de l'article 105 alinéa 3 ancien du CPP, le témoin assisté bénéficie de tous les droits reconnus aux personnes mises en examen<sup>836</sup>, notamment celui d'agir en nullité. En revanche, selon l'article 104 ancien du CPP, le témoin assisté, qui bénéficie de certains des droits reconnus à la personne mise en examen, n'est pas partie à la procédure et n'a pas qualité pour exercer les voies de recours<sup>837</sup>. La loi du 15 juin 2000 a abrogé ces dispositions en vue d'étendre les possibilités de recours à la procédure du témoin assisté. Cette modification permet de dissiper les disputes en confirmant le droit d'agir en nullité du témoin assisté. Les droits du témoin assisté sont désormais mieux précisés : outre le droit d'agir en nullité, le témoin assisté a le droit à l'assistance d'un avocat et à la communication du dossier ; n'étant pas tenu de prêter serment, il peut demander à être confronté aux personnes qui le mettent en cause<sup>838</sup>. Aujourd'hui, il est clair que la personne mise en examen, la partie civile et le témoin assisté sont habilités à demander les nullités par requête.

**301. Fondement et effets de l'innovation.** Concernant le fondement de cette innovation, le législateur a mis en exergue le principe de l'égalité des armes. Tout d'abord, le principe de l'égalité des armes, tel qu'il résulte de l'exigence d'un procès équitable au sens de l'article 6 de la Convention européenne, imposait que les parties au procès pénal disposent des mêmes droits, en particulier concernant le droit à l'exercice des voies de recours. Ce même principe avait amené la commission Delmas-Marty à poser le problème d'une extension à l'inculpé des droits jusqu'ici dévolus au juge d'instruction et au Procureur de la République. Selon le point de vue de la commission, cette modification présentait l'avantage de ne pas retarder jusqu'à la comparution devant la juridiction de jugement, une appréciation de la nullité aux conséquences graves, dans le cas où l'acte annulé tardivement permettait à l'inculpé d'exciper la prescription de l'action publique<sup>839</sup>. Ensuite, le principe de l'égalité des armes est directement lié au principe du contradictoire. La contradiction a pénétré dans la phase d'instruction du premier degré, en permettant aux parties de mettre en

---

<sup>836</sup> Article 105 alinéa 3 ancien du CPP : « Toutefois, lorsque le juge d'instruction estime ne pas devoir mettre en examen une personne nommément visée par le réquisitoire du procureur de la République, il peut l'entendre comme témoin après lui avoir donné connaissance de ce réquisitoire. Cette personne bénéficie des droits reconnus aux personnes mises en examen (...) ».

<sup>837</sup> Article 104 ancien du CPP : « Toute personne nommément visée par une plainte avec constitution de partie civile peut, sur sa demande, lorsqu'elle est entendue comme témoin bénéficier des droits reconnus aux personnes mises en examen par les articles 114, 115 et 120. (...) ».

<sup>838</sup> Article 113-3 du CPP.

<sup>839</sup> Rapport Delmas-Marty sur la mise en état des affaires pénales, Documentation française, Paris, 1991.

œuvre la procédure de contrôle de la régularité de l'instruction. Et la possibilité pour la défense de saisir la chambre d'accusation de nullités accentue ce caractère contradictoire.

L'intérêt pratique de cette innovation est manifeste. La reconnaissance du droit aux parties de soulever les nullités au cours de l'instruction permet d'augmenter la facilité et la rapidité du procès pénal, et également de renforcer l'efficacité des droits reconnus à la défense. La loi du 4 janvier 1993 pouvait donc être considérée comme une avancée pour les droits de la défense. Il n'est pas surprenant que l'entrée en vigueur des nouvelles dispositions ait rapidement suscité un engouement de la part des parties privées désireuses de mettre à profit leurs nouvelles prérogatives. C'est la raison pour laquelle la requête en nullités obéit à un certain nombre de conditions.

**302. Conditions de recevabilité de la requête en nullité : la qualité pour agir et l'intérêt pour agir.** Aux termes des articles 171 et 802 du Code de procédure pénale, on retrouve bien les deux conditions de recevabilité de toute demande en justice : la qualité pour agir (il faut être partie) et l'intérêt pour agir (il faut être concerné par l'irrégularité de procédure). La première condition ne pose aucune difficulté particulière, car les dispositions sont claires sur ce point. En cas d'une nullité d'ordre public, le juge d'instruction, le procureur de la République et toute partie au procès a qualité à demander la nullité. En cas de nullité d'ordre privé, seule la partie ou le témoin assisté « *concerné par la nullité* » a qualité pour invoquer celle-ci (art. 171 et 802 du CPP). Cependant, la seconde condition pose certaines difficultés. En effet, la notion d'intérêt pour agir subit l'influence de « la subjectivisation du contentieux de la nullité »<sup>840</sup>. En exigeant que le demandeur à la nullité se prévale de l'atteinte à un droit qui lui est propre, la Cour de cassation exige non seulement la preuve d'un intérêt mais aussi et surtout la démonstration d'un intérêt personnel et direct à l'obtention de la nullité<sup>841</sup>. En pratique, la question de l'intérêt pour agir se pose fréquemment dans le cas d'un acte de procédure subi par un coincepé ou un tiers.

La Cour de cassation a traditionnellement adopté une acception restrictive de l'intérêt à agir. Par exemple, en matière de contrôle d'identité, un prévenu ne peut soulever la nullité du contrôle d'identité pratiqué à l'égard de l'un de ses co-prévenus<sup>842</sup>, de même un chef d'entreprise poursuivi pour travail clandestin ne saurait demander l'annulation du contrôle d'identité opéré à l'encontre d'un de ses salariés, dès lors que ce contrôle est totalement indépendant de la poursuite dont il est l'objet<sup>843</sup>. En matière d'écoutes téléphoniques, la Chambre criminelle jugeait que seul le titulaire de la ligne avait qualité pour contester la régularité d'une écoute téléphonique alors que les propos d'un tiers mis en examen avaient pu être interceptés<sup>844</sup>.

Néanmoins, la Cour de cassation a opéré un revirement de jurisprudence,

---

<sup>840</sup> La formule est utilisée par O. Décima, « Du droit à la nullité en procédure pénale », note sous Cass. crim. 7 juin 2016, n° 15-87.755, Bull. crim., n° 174 ; JCP G 2016, 1176 note O. Décima.

<sup>841</sup> Yannick Cardepon, « La nullité d'une écoute téléphonique réalisée sur la ligne d'un tiers », in *Droit pénal*, 2017, n° 12, p. 13-18.

<sup>842</sup> Crim. 20 mars 1995, n° 94-80.251. D. ; Crim. 16 janvier 1996, *J.C.P.* 96, IV, 1020.

<sup>843</sup> Crim. 16 janvier 1996, *Bull. crim.* n° 24, *Dr. pénal* 1996, comm. 114, note A. Maron.

<sup>844</sup> Crim. 10 mars 1993, n° 106.

élargissant sensiblement la recevabilité des demandes de nullité. Ce revirement est apparu après la condamnation par la Cour EDH. Tout d'abord, s'agissant de la titularité de la ligne écoutée, la Cour EDH a condamné la position de la Cour de cassation, estimant que l'article 8 de la Convention est violé lorsque la personne dont les propos ont été écoutés n'est pas recevable à solliciter l'annulation de l'acte<sup>845</sup>. Dès 2003, la Cour de cassation prend acte de la solution européenne et se montre dès lors indifférente à la titularité de la ligne, considérant que la demande doit être jugée recevable dès lors que les propos du demandeur à la nullité ont été enregistrés et retranscrits<sup>846</sup>. Ensuite, s'agissant des écoutes d'une procédure distincte, la Cour de cassation jugeait que lorsque l'écoute avait été ordonnée dans une procédure antérieure et avait conduit à la découverte incidente d'une autre infraction, la personne poursuivie pour celle-ci dans le cadre d'une procédure ultérieure n'était pas recevable à solliciter l'annulation de l'écoute transmise d'une procédure à une autre<sup>847</sup>. Mais suite à la condamnation par la Cour EDH dans l'arrêt Matheron c/ France<sup>848</sup>, la Cour de cassation juge désormais recevable la demande de nullité d'une écoute téléphonique réalisée dans une procédure distincte<sup>849</sup>. Enfin, concernant le contrôle d'identité irrégulier subi par un tiers, dans un arrêt rendu le 6 septembre 2006, la Cour de cassation avait jugé qu'une personne poursuivie était recevable à solliciter l'annulation d'un contrôle d'identité irrégulier subi par un tiers et qui avait conduit ce dernier à tenir des propos incriminant à l'endroit du demandeur à la nullité<sup>850</sup>. Dans cette décision la Cour de cassation va affirmer que toute personne poursuivie peut demander l'annulation d'un acte de procédure subi par un tiers dès lors qu'il en résulte une atteinte à ses intérêts<sup>851</sup>. En bref, la Chambre criminelle apparaît opter pour une appréciation extensive de « l'atteinte aux intérêts de la partie qu'elle concerne ».

Toutefois, il nous semble que la Cour de cassation a procédé à un autre revirement dans l'arrêt du 14 février 2012<sup>852</sup>, adoptant une position radicalement différente. En fait, cet arrêt apporte une modification importante au régime des nullités en procédure pénale. En espèce, deux hommes sont poursuivis respectivement pour vol avec effraction en récidive et recel. Le prévenu arrêté pour le recel avait, au cours de sa garde à vue, incriminé la personne ensuite poursuivie

---

<sup>845</sup> CEDH, 24 août 1998, Lambert c/ France.

<sup>846</sup> Crim. 15 janv. 2003, n° 02-87341.

<sup>847</sup> Crim. 16 mai 2000, Bull. crim. n° 190 ; crim. 27 juin 2001, n° 01-82578 ; crim. 15 janv. 2003, n° 02-87341.

<sup>848</sup> CEDH, 29 mars 2005, Matheron c/ France, n° 57752/00. Dans cette affaire, un individu était poursuivi sur la base d'une écoute téléphonique réalisée sur la ligne d'un tiers et jointe au dossier de la nouvelle procédure. Appliquant sa jurisprudence de l'époque, la Cour de cassation approuva l'irrecevabilité de la demande de nullité ce qui entraîna une saisine de la Cour européenne. Cette dernière condamne la France au motif que le droit au respect de la vie privée subit une atteinte excessive lorsque l'individu irrégulièrement écouté ne peut solliciter l'annulation de la mesure décidée dans le cadre d'une procédure antérieure.

<sup>849</sup> Crim. 7 déc. 2005, n° 05-85876 ; crim. 8 juin 2006, Bull. crim., n° 166.

<sup>850</sup> Cass. crim., 6 sept. 2006, Bull. crim., n° 208 ; JCP G 2007, II, 10081 note H. Matsopoulou ; D. 2007, 973, note J. Pradel.

<sup>851</sup> H. Matsopoulou, « Un revirement jurisprudentiel favorable à l'admission des nullités », JCP 2007. II. 10081 ; J. Pradel, « Invocation par un mis en examen d'une nullité concernant un tiers », D. 2007. Pan. 973.

<sup>852</sup> N° 11-84.694, Bull. crim. n° 43 ; D. 2012. 779, note H. Matsopoulou, 775, concl. D. Boccon-Gibod, et 2118, obs. J. Pradel ; AJ pénal 2012. 159, note C. Guéry ; RSC 2012. 394, obs. D. Boccon-Gibod ; V. déjà, en ce sens, Crim. 24 nov. 2010, n° 10-86.713, D. 2011. 780, obs. E. Dreyer.

pour le vol. Les deux hommes sont condamnés par le tribunal correctionnel et seul celui condamné pour le vol fait appel. Le prévenu appelant soulève la nullité de la garde à vue de son compagnon en excipant de l'absence de notification du droit au silence et du fait qu'il n'avait pas bénéficié de l'assistance d'un avocat. La Cour de cassation a refusé la recevabilité de cette nullité au motif que le demandeur n'allègue aucune atteinte à un droit dont il est personnellement titulaire. Elle affirmait désormais que « *la méconnaissance des formalités substantielles auxquelles est subordonné un acte ne peut être invoquée à l'appui d'une demande d'annulation d'acte ou de pièce de procédure que par la partie qu'elle concerne* », le demandeur étant alors « *sans qualité pour se prévaloir de la méconnaissance d'un droit qui appartient en propre à une autre personne* »<sup>853</sup>. Il apparaît que la Cour de cassation a reculé, dans cet arrêt, vers la position traditionnelle, interprétant strictement l'intérêt pour agir, ou plus précisément « l'atteinte aux intérêts de la partie qu'elle concerne ». Cette solution rendue par la Cour de cassation dans l'arrêt du 14 février 2012 a été confirmée à maintes reprises<sup>854</sup>. Mais elle semble être nuancée par l'arrêt du 21 octobre 2015<sup>855</sup>. Pour bien comprendre cette décision de la Cour de cassation, il est nécessaire de revenir brièvement sur la procédure.

Dans une première procédure, une personne avait fait l'objet d'une garde à vue. Cette personne mise en examen a obtenu le 25 juin 2013 l'annulation de sa garde à vue. Cependant, un procès-verbal d'investigation, reprenant les déclarations du gardé à vue qui incriminaient le demandeur à la nullité dans le présent arrêt, avait été dressé auparavant, le 4 juin 2013, et versé dans une procédure distincte. Par la suite, dans cette deuxième procédure, un procès-verbal de synthèse a été dressé le 5 mars 2014, lequel reprenait également ces déclarations. Les deux procédures ont été jointes le 19 mars 2014 et, le 13 mai de la même année, le demandeur à la nullité était mis en examen. Ces deux procès-verbaux l'incriminant, et faisant de surcroît référence à une pièce annulée, dans une procédure à l'origine distincte, mais désormais jointe, il en demande la nullité. La Chambre d'instruction a déclaré l'irrecevabilité de cette demande de nullité, considérant qu'il n'incombait qu'à l'auteur des déclarations qui, interrogé ultérieurement à la rédaction des deux procès-verbaux dans le cadre de la procédure née de la jonction, avait la possibilité d'en connaître l'existence, de remettre en cause leur validité, le requérant ne pouvant se substituer à lui « *dès lors que le motif d'annulation invoqué ne concernait pas la violation de ses droits* »<sup>856</sup>. Cette solution est conforme à celle de la jurisprudence actuelle de la Cour de cassation. Cependant, la Chambre criminelle de la Cour de cassation a annulé la solution de la Chambre d'instruction ayant rejeté les demandes d'annulation d'actes de la

---

<sup>853</sup> E. Allain, « Régime des nullités de procédure : précision ou revirement ? », in *Dalloz actualité*, 16 février 2012.

<sup>854</sup> Pour des gardes à vue, V. Crim. 7 mars 2012, n° 11-88.118, Bull. crim. n° 64 ; D. 2012. 818, et 2118, obs. J. Pradel ; AJ pénal 2012. 346, obs. L. Ascensi ; 13 mars 2012, n° 11-88.737, Bull. crim. n° 67 ; D. 2012. 948 ; 10 mai 2012, n° 11-87.328, Bull. crim. n° 116 ; D. 2012. 1485 ; pour des interrogatoires, V. Crim. 11 déc. 2013, n° 12-83.296, Bull. crim. n° 254 ; RTD civ. 2014. 122, obs. P. Jourdain ; pour une audition libre, V. Crim. 11 févr. 2014, n° 13-86.878, Bull. crim. n° 38 ; D. 2014. 486 ; AJ pénal 2014. 369, obs. G. Royer.

<sup>855</sup> Sébastien Fucini, « Annulation d'actes se référant à des pièces annulées dans une procédure distincte », in *Dalloz actualité*, 04 novembre 2015.

<sup>856</sup> G. Beaussonie et P. Cazalbou, « L'intérêt à bénéficier de l'annulation d'un acte subi par autrui », in *Recueil Dalloz* 2016, p. 47 et s.

procédure. Au visa des articles 174 du code de procédure pénale et 6, §1 de la Convention européenne des droit de l'homme, elle considère que « *la personne mise en examen est recevable à proposer des moyens de nullité visant des actes de l'information se référant à des pièces annulées, fût-ce dans une procédure à l'origine distincte, dès lors qu'il en résulte une atteinte à ses intérêts* »<sup>857</sup>.

Si l'on considère cette décision de la haute juridiction, il semble qu'elle soit revenue à sa position antérieure à l'arrêt du 14 février 2012. Mais si l'on observe ses motifs, il est évident que la Chambre criminelle n'a pas touché à la jurisprudence consécutive à l'arrêt du 14 février 2012. Plus précisément, dans l'arrêt du 21 octobre 2015, elle prononce la recevabilité de la demande de la nullité sur le fondement de l'article 174 du code de procédure pénale, prévoyant qu'« il est interdit de tirer des actes et des pièces ou parties d'actes ou de pièces annulées aucun renseignement contre les parties ». Certes, cet arrêt audacieux constitue un infléchissement de la jurisprudence actuellement très restrictive en matière de réception de l'action en nullité d'un tiers à l'acte irrégulier<sup>858</sup>. Mais l'on ne peut pas le considérer comme un revirement de jurisprudence.

Il faut ajouter que la requête en nullité du juge et du procureur de la République n'est pas subordonnée aux conditions de recevabilité enserrant les demandes présentées par les parties.

**303. Forme de la requête en nullités.** L'article 173 du Code de procédure pénale prévoit la forme de la requête en nullité. Quand l'une des parties privées ou le témoin assisté estime qu'une nullité a été commise, elle saisit la chambre d'instruction par requête motivée, dont elle adresse copie au juge d'instruction qui transmet le dossier de procédure au président de la chambre d'instruction. On remarquera que si le procureur saisit la chambre d'instruction, il n'a pas à aviser le juge d'instruction du contenu de sa requête alors que les parties privées ou les témoins assistés doivent communiquer la leur au juge d'instruction. Les demandes doivent être formulées de manière formelle. Plus précisément, en principe, les demandes doivent faire l'objet d'une déclaration au greffe, constatée et datée par le greffier qui la signe, ainsi que par le requérant ou son avocat. Si le demandeur ne peut signer, il en est fait mention par le greffier. Mais il existe deux assouplissements. D'une part, lorsque le demandeur ou son avocat ne réside pas dans le ressort de la juridiction compétente, la déclaration au greffe peut être remplacée par une lettre recommandée avec demande d'avis de réception<sup>859</sup>. D'autre part, si la personne est détenue, la déclaration peut être faite auprès du chef de l'établissement pénitentiaire. Ce dernier joue le rôle de greffier et signe la déclaration, qui est également signée par le requérant. Si celui-ci ne peut signer, il en est fait mention par le chef de l'établissement. Ce document est adressé sans délai, en original ou en copie et par tout moyen, au greffe de la chambre d'accusation.

Lorsque l'initiative de la demande en nullité vient du juge d'instruction ou procureur de la République, le législateur n'impose aucune forme particulière à ces

---

<sup>857</sup> Crim. 21oct. 2015, *Bull. crim.*, n° 15-83395.

<sup>858</sup> G. Beaussonie et P. Cazalbou, « L'intérêt à bénéficier de l'annulation d'un acte subi par autrui », préc., p. 47 et s.

<sup>859</sup> C.A., ch. acc. Montpellier, 16 mai 1995, *Juris-Data* n° 044210.

magistrats. Quand le juge d'instruction estime qu'une nullité a pu être commise, il communique sa procédure au procureur de la République pour prendre son avis, puis il saisit directement la chambre d'instruction, après en avoir informé les parties. En pratique, le juge d'instruction découvre l'irrégularité soit par son examen personnel, soit par une dénonciation des parties privées quand celles-ci décident de ne pas former de recours<sup>860</sup>. Malgré le silence de la loi, le juge d'instruction peut procéder par voie d'ordonnance motivée<sup>861</sup>, ou par simple transmission du dossier avec une simple lettre explicative<sup>862</sup>. Dans tous les cas, l'acte de saisine doit préciser quels sont les actes annulables. Quand le procureur de la République s'aperçoit qu'une nullité a pu vicier un acte d'instruction, il transmet le dossier qui lui a été communiqué par le juge d'instruction à la chambre d'instruction, en assortissant cette transmission d'une requête aux fins d'annulation et il informe les parties. En pratique, le parquetier découvre l'existence de la nullité soit à un moment quelconque de l'information (par exemple lorsqu'il est présent à une audition ou un interrogatoire), soit lors du règlement de l'information. Il reste à préciser que la faculté de présenter une requête à la chambre d'accusation n'est donnée qu'au procureur de la République<sup>863</sup> ; le procureur général n'a pas le pouvoir de lui déférer des actes d'information aux fins d'annulation<sup>864</sup>. Le procureur général peut seulement invoquer la nullité d'une procédure lorsque la chambre d'instruction est saisie de la totalité du dossier ; il n'utilise pas la procédure de l'article 173, mais agit par voie de réquisitions conformément à l'article 194 du code de procédure pénale<sup>865</sup>.

## **B. Les organes habilités à connaître les demandes des nullités de l'enquête et de l'instruction**

**304. Deux organes.** Les demandes des nullités de l'enquête et de l'instruction pouvaient être présentées soit à la chambre de l'instruction<sup>866</sup>, soit aux juridictions. Lorsqu'une information a été ouverte, la chambre d'instruction est en principe seule compétente pour connaître les demandes d'annulation d'actes de la procédure. Depuis la loi du 4 janvier 1993, la compétence exclusive de la chambre de l'instruction est confirmée grâce à l'effet de purge. Dans les cas exceptionnels où l'effet de purge ne peut opérer, les juridictions des jugements sont compétentes. Lorsqu'il n'y a pas d'information préalable, la régularité des actes d'enquête peut être contestée devant les juridictions des jugements (juridiction de proximité, tribunal de police et tribunal correctionnel). Du point de vue historique, la compétence de la chambre d'instruction a été progressivement élargie dans le domaine des nullités de l'enquête et de

<sup>860</sup> Hélène Conchon, *L'évolution des nullités de l'instruction préparatoire*, préc., p. 165.

<sup>861</sup> Crim. 10 déc. 1968, *Bull. crim.*, n° 333 ; Crim. 4 juin 1969, *J.C.P.* 1970, II, 16187, note Chambon.

<sup>862</sup> P. Escande, *Juris-Classeur Procédure pénale*, article 170 à 174, n° 166.

<sup>863</sup> Crim. 22 nov. 1988, *Bull. crim.* n° 395, D. 1990, p. 17, note P. Chambon.

<sup>864</sup> V. les conclusions de M. Emile Robert, avocat général, sous Ass. Plén. 24 novembre 1989, *J.C.P.* 1990, II, 21418.

<sup>865</sup> L'art. 194 du CPP prévoit que « le procureur général met l'affaire en état dans les quarante-huit heures de la réception des pièces en matière de détention provisoire et dans les dix jours en toute autre matière ; il la soumet, avec son réquisitoire, à la chambre de l'instruction.

<sup>866</sup> Avec le Code de l'instruction criminelle, cet organe a été dénommé « la chambre des mises en accusation ». Les rédacteurs du Code de procédure pénale ont changé son appellation, contractant en « chambre d'accusation ». Depuis la loi 15 juin 2000, le législateur a changé son nom à « chambre de l'instruction ».

l'instruction (1) ; au contraire, celle des juridictions de jugements a été restreinte (2).

### 1. L'élargissement de la compétence de la chambre de l'instruction

**305. Principe jurisprudentiel.** Puisque le Code d'instruction criminelle gardait le silence sur les organes habilités à connaître les demandes des nullités, on s'était demandé si le juge d'instruction qui constatait qu'il avait commis une irrégularité ne pouvait pas refaire l'acte, ce qui aurait eu l'avantage de la rapidité et de la simplicité. En premier lieu, en cas d'irrégularité commise par le juge d'instruction lui-même, il n'a pas qualité pour annuler et refaire lui-même ses propres actes irréguliers, qu'il soit saisi par une requête ou qu'il agisse de sa propre initiative. Cette solution est traditionnelle, ayant déjà été affirmée par un arrêt du 8 décembre 1899. La chambre d'accusation est donc en principe compétente en sa qualité de juridiction du second degré pour constater les nullités<sup>867</sup>. Cette solution se fonde sur le principe selon lequel l'auteur d'un acte nul est sans qualité pour en prononcer l'annulation et le recommencer. En d'autres termes, l'organe appréciant la validité d'un acte ne doit pas procéder à la confection de l'acte, ni participer à sa substance par le contrôle de la régularité des actes impliqués<sup>868</sup>. En outre, de manière plus subjective, il n'est pas certain que le juge d'instruction reconnaisse la nullité par lui commise. Comme le démontre le professeur Bouloc, « ce magistrat aurait eu tendance à considérer son œuvre comme parfaite ». De ce fait, la nullité ne pourrait jamais être sanctionnée.

En second lieu, en cas d'irrégularité commise par d'autres, la Chambre criminelle de la Cour de cassation a opéré un revirement de jurisprudence. Elle avait d'abord admis que le juge d'instruction pouvait annuler, puis refaire lui-même des actes irrégulièrement accomplis avant l'ouverture d'une instruction ou sur commission rogatoire. Un arrêt de la Cour de cassation en date du 28 juillet 1899 estimait que « *par une conséquence nécessaire de l'objet de leurs fonctions et par suite d'ailleurs du paragraphe 2 de l'article 60 du CIC, les juges d'instruction ont le droit de refaire par eux-mêmes ou par des délégations nouvelles les actes des officiers de police judiciaire qui ont agi sans leur concours, dans les affaires dont l'instruction leur est ensuite dévolue, lorsque ces actes leur paraissent incomplets ou entachés de vices qui ne permettraient pas de les employer comme éléments d'une procédure régulière ; aucune disposition de loi n'interdit aux juges d'instruction de charger les officiers de police judiciaire délégués par eux, qui auraient fait des actes de procédure incomplets ou irréguliers de refaire eux-mêmes les actes* »<sup>869</sup>. La position adoptée par la Chambre criminelle conférait au juge d'instruction le droit de déclarer nuls les actes exposés à une nullité, dans le cadre d'une commission rogatoire exécutée par un officier de police judiciaire, et d'ordonner qu'ils soient recommencés<sup>870</sup>. Le fondement juridique de cette solution était en effet l'article 60 §2 du CIC, permettant au juge d'instruction de recommencer les actes de police judiciaire incomplets ou irréguliers au cours de l'enquête de flagrant délit. La Chambre criminelle faisait là une application extensive

<sup>867</sup> Arrêt du 8 décembre 1899 (arrêt Paimparé), v. Crim. 8 déc. 1899, S. 1901, 1, 153, note Roux, Bull. crim. n° 355, S. 1901, 1, 153 ; Sirey 1901 ; D. 1900. 1. 31.

<sup>868</sup> W. J., *La juridiction d'instruction du second degré*, thèse Nancy, 1982, p. 104.

<sup>869</sup> Crim. 28 juill. 1899 (arrêt Huteau), Bull. crim., n° 232, S. 1902, 1, 60.

<sup>870</sup> À l'inverse, dans le cadre d'une commission rogatoire exécutée par un autre juge d'instruction, le juge d'instruction ne pouvait annuler et recommencer ses actes irréguliers.

de cette disposition, dans le sens où ce texte permettait au juge d'annuler et de refaire les actes d'un officier de police judiciaire, mais seulement lorsqu'il s'agissait d'actes que celui-ci avait fait en vertu de ses pouvoirs propres en cas de flagrant délit. Néanmoins, la Chambre criminelle a ensuite jugé, dans l'arrêt du 8 décembre 1899, que le juge d'instruction était totalement incompétent pour annuler les actes accomplis avant l'ouverture d'une information ou sur commission rogatoire<sup>871</sup>. Désormais, l'inhabilité du juge d'instruction s'étend aux cas d'irrégularité commis par lui-même ou par l'un de ses délégués. Cette solution est admise en jurisprudence et demeure incontestée.

**306. Confirmation législative.** Les rédacteurs du Code de procédure pénale de 1959 ont donné compétence exclusive pour statuer sur les nullités à la chambre d'accusation. Aux termes de l'article 206 du CPP, « *la chambre d'accusation examine la régularité de la procédure qui lui est soumise. Si elle découvre une cause de nullité, elle prononce la nullité de l'acte qui en est entaché et, s'il y échet, celle de tout ou partie de la procédure ultérieure* ».

De nombreux auteurs avaient estimé que ce texte était impératif et que dans tous les cas où elle était saisie d'une procédure, et quelle que soit la cause de cette saisine, la chambre d'accusation sur le fondement de l'article 206 du CPP devait examiner la régularité d'une procédure et prononcer la nullité des actes irréguliers qu'elle pouvait découvrir<sup>872</sup> : « la chambre d'accusation est tenue d'examiner, même d'office, la régularité de toute procédure et la légalité des actes qu'elle contient. L'article 206, qui prescrit cet examen, présente désormais un caractère général et impératif. Sur ce point, la loi nouvelle n'a pas suivi la jurisprudence interprétative du code d'instruction criminelle »<sup>873</sup>. Messieurs Besson, Vouin et Arpaillange partageaient le point de vue de M. Brouchet : « en appelant la juridiction à examiner, même d'office, la régularité de toutes les procédures d'instruction qui lui sont régulièrement soumises, le code de procédure pénale n'apporte aucune dérogation à ce pouvoir, qui consacre lui-même une exception au principe de l'effet dévolutif de l'appel »<sup>874</sup>. Ainsi tous s'accordaient à dénoncer l'opposition entre la jurisprudence établie par la Cour de cassation<sup>875</sup> et la volonté des auteurs du code de procédure pénale<sup>876</sup>. Procédant à l'examen critique de cette jurisprudence, Messieurs Merle et Vitu estimaient que « le point de vue s'accorde mal avec la lettre de l'article 206 alinéa 1 beaucoup plus large et avec le rôle de cour régulatrice des instructions de son ressort conféré à la Chambre d'accusation » en ajoutant que « par son interprétation restrictive, la Cour de cassation a enlevé de son efficacité et de sa rapidité au pouvoir

---

<sup>871</sup> Depuis, cette jurisprudence est constante : ex : Crim. 3 novembre 1965, D. 1966, p. 86 ; Crim. 4 nov. 1986, Bull. crim. n° 326, J.C.P. 1987. IV. 18, Gaz. Pal. 1987, 1, Somm, 197, 2<sup>ème</sup> arrêt.

<sup>872</sup> Stéfani, Levasseur, Bouloc, *Procédure pénale*, préc., n° 751.

<sup>873</sup> Brouchet, *Analyse et commentaire du code de procédure pénale*, Paris 1960, n° 97 et 11.

<sup>874</sup> Besson, Arpaillange et Vouin, *Code de procédure pénale annoté*, Paris 1959, sous art. 171 et 206.

<sup>875</sup> Avant 1993, à défaut de moyens directs pour l'inculpé ou la partie civile de soumettre pendant le cours de l'instruction le contrôle de la régularité d'un acte par la chambre d'accusation, il existait une voie détournée qui consistait, directement ou à l'occasion d'un appel porté devant la cour, à demander principalement ou accessoirement aux magistrats de se prononcer sur diverses nullités viciant la procédure. Mais la Cour de cassation n'avait pas accueilli favorablement ces prétentions.

<sup>876</sup> Georges Levasseur, « Les nullités de l'instruction préparatoire », préc., n° 35, p. 513.

qui revenait normalement à la juridiction d'appel »<sup>877</sup>. D'autant plus que « l'attitude de la Chambre criminelle avait pour résultat de retarder jusqu'au pourvoi en cassation l'examen des nullités puisque le droit que les juridictions du fond ont constaté n'était qu'exceptionnel. On retarde donc la solution du procès davantage encore que si l'on accordait aux parties privées le droit de soulever une nullité elles-mêmes pendant l'instruction »<sup>878</sup>. Pour M. Guyenot, en matière correctionnelle, « le pouvoir révisoire de la Cour, limité par les conditions restrictives de la jurisprudence, ne répond plus aux dispositions générales de l'article 206 »<sup>879</sup>.

Face à ces nombreuses critiques, certaines chambres d'accusation avaient accepté d'examiner les nullités invoquées à l'occasion d'un appel. Mais la chambre criminelle, en pareil cas, cassait sans renvoi l'arrêt attaqué. Les annotateurs M.R.M.P. expliquaient comme suit la position de la Cour de cassation : « Il ne faut pas, disaient-ils, prêter à cet article 206 une portée si générale. Ce serait en effet donner aux parties par voie détournée, le moyen que la loi leur a refusé de saisir la Chambre d'accusation des griefs qu'elles ont à formuler contre l'œuvre du juge d'instruction. Il leur suffirait de provoquer une ordonnance quelconque du juge d'instruction et d'en relever aussitôt appel. L'article 206, à la vérité, est essentiellement et avant tout le corollaire des dispositions des articles 171 et 172 in fine, qui permettent au juge d'instruction et au procureur de la République seuls de saisir la Chambre d'accusation en vue de l'annulation d'une procédure irrégulière. Il ne rétablit pas au profit des parties une faculté qui leur est refusée par les articles 171 et 172 »<sup>880</sup>. Bref, le privilège de la demande de la nullité de l'instruction était, à l'époque, réservé aux magistrats (juge d'instruction et procureur de la République). La chambre d'accusation n'acceptait aucune demande de nullités de la part des inculpés ou des parties privées, peu importe qu'elle soit formulée de manière directe ou détournée.

**307. Changement depuis 1993.** La loi du 4 janvier 1993 a ouvert le droit de requête en nullité aux parties privées (art. 173 du CPP). Désormais, la chambre d'accusation peut accepter les contentieux des nullités demandées directement par les parties privées. Deux autres réformes ont fortement restreint le champ de l'article 206. Premièrement, la loi du 15 juin 2000 a réduit les cas dans lesquels la chambre de l'instruction est saisie du règlement de la procédure, en supprimant le double degré obligatoire d'instruction en matière criminelle. En matière correctionnelle, les saisines ont toujours été limitées, la personne mise en examen ne pouvant interjeter appel de l'ordonnance de renvoi, sauf rares exceptions. Deuxièmement, la loi du 9 mars 2004 a limité de façon radicale la recevabilité des moyens de nullité présentés devant la chambre de l'instruction, saisie du règlement de la procédure. Les causes de forclusion et la fin de non-recevoir sont opposables aux demandes des parties formulées sur le fondement de l'article 206.

En effet, le dernier alinéa de l'article 173 du CPP prévoit le filtrage du président de la chambre de l'instruction. Ce filtrage ne s'applique qu'aux requêtes émanant des

---

<sup>877</sup> R. Merle et A. Vitu, *Traité de procédure pénale*, préc., n° 482, p. 559.

<sup>878</sup> J. Pradel, *L'instruction préparatoire*, préc., n° 765, p. 793.

<sup>879</sup> Guyenot, « Le pouvoir de révision et le droit d'évocation de la chambre d'accusation », in *RSC*, 1964, P. 559 et spécialement p. 588 à 590.

<sup>880</sup> M.R.M.R., note D. 1961, p. 581 ; W. Jeandidier, *La juridiction du second degré*, 1982, n° 71, p. 67.

parties privées ou du témoin assisté et non à celles du juge d'instruction ou du procureur. Plus précisément, dans les 8 jours suivant la réception du dossier par la chambre de l'instruction, le président peut, par une ordonnance non susceptible de recours, constater l'irrecevabilité de la requête, lorsqu'elle ne respecte pas les formes prévues par la loi ou n'est pas motivée, lorsqu'elle est dirigée contre un acte susceptible d'appel, lorsqu'elle se heurte à la forclusion prévue par les articles 173-1 et 175 ou à la fin de non-recevoir prévue par l'article 174. En principe, l'ordonnance du président constatant l'irrecevabilité de la requête est insusceptible de recours. Si un pourvoi en cassation est formé, le président de la Chambre criminelle peut le déclarer non admis selon l'article 567-1 du CPP sauf en cas d'excès de pouvoir. Le président de la chambre de l'instruction ne peut être autorisé à écarter la requête hors les cas où la loi lui confère expressément ce pouvoir. Si la Chambre criminelle de la Cour de cassation constate l'excès de pouvoir, elle casse l'ordonnance attaquée et ordonne le retour de la procédure, non au président, mais à la chambre de l'instruction appelée à statuer sur la requête en nullité. Les cas d'excès de pouvoir sont les suivants : lorsque le président de la chambre de l'instruction écarte une requête comme mal fondée<sup>881</sup>, ou lorsqu'il relève une cause d'irrecevabilité n'entrant pas dans les prévisions du dernier alinéa de l'article 173<sup>882</sup>.

## **2. Le resserrement de la compétence des juridictions de jugement**

**308. La compétence limitée sous l'empire de la loi de 1897.** Avant la loi du 8 décembre 1897, la question des nullités retenait assez peu l'attention. Bien que la loi de 1897 ne précisait pas quelle devait être la juridiction compétente pour constater les nullités, la Cour de cassation avait délégué ce rôle au tribunal correctionnel et au tribunal de police auxquels une ordonnance du juge d'instruction ou un arrêt de renvoi de la chambre d'accusation était déféré, pour apprécier l'exception de nullité opposée par les parties publiques ou privées devant eux, spécialement quand la demande d'annulation de l'ordonnance du juge d'instruction était fondée sur l'omission d'une formalité prescrite à peine de nullité par la loi du 8 décembre 1897. Toutefois, le pouvoir d'annulation des juridictions de jugement n'était pas très étendu. De fait, il était limité aux cas exceptionnels prévus par l'article 12 de la loi de 1897, à savoir les nullités textuelles, à l'exclusion de la violation des dispositions substantielles.

**309. La compétence étendue dans le Code de procédure pénale de 1959.** Dans le Code de procédure pénale de 1959, le pouvoir d'annulation des juridictions de jugement était étendu, car elles pouvaient connaître tant les nullités textuelles que les nullités substantielles. Selon son article 174, « *la juridiction correctionnelle ou de police peut, le ministère public et les parties entendues, prononcer l'annulation des actes qu'elle estime atteints de nullités et décider si l'annulation doit s'étendre à tout*

---

<sup>881</sup> Crim. 13 déc. 1994, B. n° 403 ; crim. 4 avr. 2006, B. n° 101.

<sup>882</sup> Les cas sont suivants : défaut d'envoi d'une copie de la requête au juge d'instruction (crim. 14 janv. 1994, B. n° 33) ; incompétence prétendue de la chambre de l'instruction pour connaître de la requête (crim. 29 oct. 1996, B. n° 377 ; crim. 17 déc. 1996, B. n° 468) ; existence du précédent arrêt de la chambre de l'instruction rendu en matière de contrôle judiciaire (ord. Pdt crim. 5 mai 1997, B. n° 160) ; substitution de l'avocat par un autre (crim. 13 oct. 1998, B. n° 253) ; absence de signature de la requête par l'avocat, qui a cependant singé le procès-verbal de dépôt (crim. 17 févr. 1998, B. n° 61) ; expiration du délai de l'article 175 CPP dans un cas où la requête contestait la régularité de pièces versées au dossier et d'actes de la procédure réalisée postérieurement à l'avis prévu par ledit article, devenu caduc (crim. 5 mai 1998, B. n° 152).

ou partie de la procédure. Lorsqu'elle annule certains actes seulement, elle doit les écarter expressément du débat. Au cas, où la nullité entraîne la nullité de toute la procédure ultérieure, elle ordonne un supplément d'information si la nullité est réparable ou, s'il échet, elle renvoie le ministre public à se pourvoir ». En effet, cet article attribuait aux juridictions de jugement un droit général de censure sur la procédure d'instruction, mais d'une certaine manière, il provoquait la défense à élever, devant la juridiction de jugement, un débat préalable sur la régularité de l'instruction et à user des moyens dilatoires tant redoutés. Les alinéas 2 et 3 de ce texte distinguaient de leur côté suivant que la nullité atteignait certains actes seulement ou toute la procédure. Il suffisait en principe dans le premier cas d'écarter les actes annulés des débats ; toutefois si la nullité ne laissait subsister que des éléments d'information qui paraissaient insuffisants pour statuer au fond, un supplément d'information s'imposait au tribunal. L'alinéa 3 stipulait au contraire que l'annulation de toute la procédure avait pour effet de rendre nulle la décision de renvoi devant cette juridiction : il ne lui restait plus qu'à renvoyer le dossier au ministère public, n'étant plus valablement saisie<sup>883</sup>.

### **310. La compétence restrictive instituée par l'ordonnance du 4 juin 1960.**

L'ordonnance du 4 juin 1960, tout en conservant le principe du droit de contrôle des juridictions de jugement, avait considérablement remanié les articles 174 et 218 anciens du CPP, afin d'éviter les abus que pouvait autoriser le système antérieur, en raison de termes très généraux. Elle avait réduit la portée de ce contrôle en posant deux limites importantes. La première concerne l'étendue de la compétence. L'article 174 ancien alinéa 1 du CPP précisait que seules pouvaient être constatées par les juridictions correctionnelles et de police les nullités résultant de la violation des articles 114 et 118 (concernant les formalités de l'interrogatoire de première comparution, le droit à l'assistance d'un avocat pendant l'interrogatoire et les confrontations ainsi que l'obligation de mettre la procédure à la disposition du conseil, préalablement aux interrogatoires), celles expressément visées à l'article 170 ancien alinéa 1, ainsi que celles découlant de l'article 183 alinéa 1 (prescrivant de donner avis de toutes les ordonnances juridictionnelles aux conseils de l'inculpé et de la partie civile dans les 24 heures) dans la mesure où elles étaient soulevées *in limine litis*, sinon elles étaient irrecevables<sup>884</sup>. Les juridictions correctionnelles ne relèvent donc pas d'autres nullités que celles mentionnées par les articles 114, 118 et 183 : ainsi elles n'avaient pas le pouvoir de prononcer l'annulation d'une fouille à corps<sup>885</sup>, d'une perquisition<sup>886</sup>, d'une visite domiciliaire<sup>887</sup>, ou d'une saisie<sup>888</sup>. L'incompétence des juridictions de jugement sur ce point était certaine<sup>889</sup>, la Cour de cassation se fondant sur l'absence de préjudice, du seul fait que la défense pouvait s'exprimer librement et critiquer les preuves recueillies lors de l'audience. D'une part, cette solution était

<sup>883</sup> Besson, Arpaillange et Vouin, *Code de procédure pénale annoté, préc.*, p. 195 et 196.

<sup>884</sup> Crim. 5 avril 1965, Bull. crim. n° 110 ; Crim. 27 juin 1967, Bull. crim. n° 192.

<sup>885</sup> Crim. 14 avril 1961, Bull. crim. n° 199.

<sup>886</sup> Crim. 11 janv. 1967, Bull. crim. n° 22.

<sup>887</sup> Crim. 1<sup>er</sup> février. 1962, Bull. crim. n° 75.

<sup>888</sup> Crim. 14 déc. 1961, Bull. crim. n° 528.

<sup>889</sup> Di. Marino. Les nullités de l'instruction, préc., p. 361 ; MM. Patin et Rousselet, note, D. 1961, p. 289, in fine, J.-M. Robert, « Nullités de procédure pénale et bonne administration de la justice », D. 1971, p. 15.

assez ingénieuse car de ce fait, les diverses exceptions aux dispositions de l'article 174 du CPP ne produisait pas les effets fâcheux que l'on aurait pu craindre. Il n'est en effet pas inutile de rappeler que la Chambre criminelle adoptait à cette époque, une acception restrictive de la notion d'ordre public. D'autre part, le prévenu devait produire les nullités d'ordre privé *in limine litis*, devant les tribunaux correctionnels ou de police – même si ceux-ci se déclaraient à juste titre incompétents – afin de pouvoir les invoquer ultérieurement devant la Chambre criminelle de la Cour de cassation.

La deuxième limite concerne le mode de saisine. L'article 174 ancien alinéa 2 du CPP interdisait aux juridictions correctionnelles et de police de prononcer la nullité des procédures d'instruction lorsqu'il s'agissait de procédures qui avaient été renvoyées devant elles par la chambre d'accusation, après qu'elle en ait vérifié la régularité. L'arrêt de renvoi de la chambre d'accusation quant aux nullités de l'instruction, avait alors un caractère définitif à l'égard du tribunal correctionnel ou de police, lequel ne pouvait plus, en ce cas, prononcer l'annulation des procédures d'instruction<sup>890</sup>. Et pour mieux préciser la pensée du législateur, toute référence à l'article 174 dans l'article 218 avait été supprimée et un second alinéa répétant l'interdiction précédente prescrivait que la régularité des arrêts des chambres d'accusation et celle de la procédure antérieure, lorsque cette chambre a statué sur le règlement d'une procédure, relevait du seul contrôle de la Cour de cassation, que le pourvoi soit immédiatement recevable ou qu'il ne puisse être examiné qu'avec l'arrêt sur le fond.

**311. Rétrécissement poursuivi depuis 1993.** Les lois de 1993 ont mis fin à toute compétence des juridictions de jugement en matière de constatation d'éventuelles nullités, en étendant la solution existant pour les arrêts de renvoi de la chambre d'accusation aux ordonnances de renvoi du juge d'Instruction. La loi du 4 janvier 1993 a abrogé les dispositions de l'ancien article 174 qui permettait aux juridictions correctionnelles ou de police de constater certaines nullités de la procédure d'instruction, lorsqu'elles ont été saisies par le juge d'instruction : les ordonnances de renvoi devant le tribunal de police (art. 178 alinéa 1 du CPP) et devant le tribunal correctionnel (art. 179 alinéa 5 du CPP) couvrent, lorsqu'elles sont devenues définitives, les vices de procédure s'il en existe. Il faut rechercher la cause de cette incompétence dans le délai accordé aux parties après l'avis de fin d'information pour présenter une éventuelle requête en nullité devant la chambre d'accusation et de manière plus générale dans leur droit de présenter une demande en nullité au stade de l'instruction. Bien qu'on leur reconnaisse le droit de dénier toute valeur probante à un acte qui leur paraît accompli dans des conditions irrégulières, elles ne peuvent en revanche faire annuler ni cet acte ni la procédure ultérieure. Ces prescriptions s'appliquent également au ministère public. En d'autres termes, depuis la loi du 4 janvier 1993, le contentieux des nullités, tant en matière criminelle qu'en matière correctionnelle ou de police et, quelles que soient les parties présentes, se plaide au stade de l'instruction. Désormais, seules les nullités des procédures d'enquête de police peuvent être constatées par les tribunaux, à la condition qu'ils soient saisis par une procédure où une information n'avait pas été ouverte, c'est-à-

---

<sup>890</sup> Crim. 24 mai 1971, Bull. crim. n° 168 ; Crim. 13 juin 1972, Bull. crim. n° 197 ; Crim. 24 avril 1975, Bull. crim. n° 107.

dire sur citation directe<sup>891</sup>, comparution immédiate, convocation par officier de police judiciaire ou encore comparution par procès-verbal. La loi du 24 août 1993 a maintenu ce système<sup>892</sup>. Dès lors les juridictions de jugement n'ont plus aucune compétence pour annuler un acte d'instruction : les éventuelles irrégularités pouvant affecter ceux-ci doivent en principe être soumises à la chambre d'accusation, juge supérieur de l'instruction, antérieurement à la phase de jugement<sup>893</sup>.

À cause des deux réformes successives intervenues depuis 1993, la compétence de la chambre de l'instruction sur le fondement de l'article 206 du CPP est devenue quasi résiduelle. Premièrement, la loi du 15 juin 2000 a réduit les cas dans lesquels la chambre de l'instruction est saisie du règlement de la procédure en supprimant le double degré obligatoire d'instruction en matière criminelle. En matière correctionnelle, les saisines ont toujours été limitées, la personne mise en examen ne pouvant interjeter appel de l'ordonnance de renvoi, sauf rares exceptions. Deuxièmement, la loi du 9 mars 2004 a limité de façon radicale la recevabilité des moyens de nullités présentés devant la chambre de l'instruction, saisie du règlement de la procédure. Les causes de forclusion et la fin de non-recevoir sont opposables aux demandes des parties formulées sur le fondement de l'article 206.

## **§ 2. L'exigence technique imposée aux requérants des nullités et les conséquences des nullités**

**312. Deux autres questions.** Après avoir étudié les personnes ou les organes impliqués dans la mise en œuvre des nullités de l'enquête ou de l'instruction, nous allons essayer de répondre aux deux autres questions. La première est l'exigence technique imposée aux requérants des nullités **(A)**. La seconde concerne les conséquences de nullités **(B)**.

### **A. L'exigence technique imposée aux requérants des nullités**

**313. Mécanismes « de purge ».** Pour être efficace, la procédure des nullités doit être limitée dans le temps. Il ne faut pas que la victime laisse planer intentionnellement un doute sur la validité de la procédure subséquente en s'abstenant d'établir son grief et en se réservant ultérieurement d'en saisir la Cour de cassation. Pour ce faire, le législateur a utilisé les techniques dites des mécanismes « de purge » : délais de forclusion (art. 173-1 et 175 du CPP) **(1)** et fin de non-recevoir (art. 174 du CPP) **(2)**. Cet ensemble de dispositions ne s'applique qu'aux parties privées et ne fait pas obstacle au pouvoir du juge d'instruction ou du procureur de la République de saisir la chambre de l'instruction d'une demande d'annulation ou à celui de la chambre de l'instruction de relever d'office un moyen de nullité. Dans un premier temps, le législateur a cherché à empêcher que les contentieux de nullités de l'information entrent dans l'audience du tribunal correctionnel.

---

<sup>891</sup> Crim. 7 déc. 1999, Bull. crim. n° 290.

<sup>892</sup> C.A., ch. acc°, Paris, 25 oct. 1995, Juris-Data n° 023408.

<sup>893</sup> C.A., ch. acc°, Paris, 14 avril 1999, Juris-Data n° 023214.

## 1. Délais de forclusion

**314. Délai prévu par l'article 173-1 du CPP.** L'article 173-1 du CPP, issu de la loi du 15 juin 2000, prévoit un délai de forclusion de six mois à compter de chaque audition ou interrogatoire. En fait, avant la loi du 15 juin 2000, la commission justice pénale et droits de l'homme, présidée par Madame Delmas-Marty, proposait, dans son rapport préliminaire de permettre à la défense de soulever la nullité « dans un certain délai à partir du jour où elle aurait pu avoir connaissance de l'acte vicié »<sup>894</sup>. Certaines juridictions ou textes de loi<sup>895</sup> avaient même proposé des délais : dix jours, quinze jours ou six mois<sup>896</sup>. Mais le législateur a amorcé, dans la loi du 15 juin 2000<sup>897</sup>, une évolution dans ce sens en instaurant une purge des nullités au sixième mois de procédure, résultant de l'impossibilité pour une partie (personne mise en examen ou partie civile) de soulever une nullité concernant un acte accompli avant ou pendant sa première comparution ou audition, plus de six mois après cette comparution ou audition, à condition, bien entendu, qu'elle en ait eu connaissance. Selon l'article 206 du CPP, issue de la loi du 9 mars 2004, l'article 173-1 est applicable, non seulement dans le cas où la chambre de l'instruction est saisie d'une requête en nullité, mais également lorsqu'elle est appelée à examiner la régularité d'une procédure après avoir été saisie de l'entier dossier, le plus souvent par l'appel de l'ordonnance de règlement.

Ce système est séduisant dans le sens où il instaure des petits délais de prescription pour chacun des actes effectués par le juge d'instruction, mais il présente l'inconvénient de « marteler » l'instruction et surtout d'être conditionné par la connaissance du vice, or celle-ci peut avoir lieu à tout moment<sup>898</sup>. C'est la raison pour laquelle, d'une manière générale, nous avons préféré une prescription globale avec l'institution d'un seul et unique délai : celui de l'article 175 du CPP.

**315. Délai prévu par l'article 175 du CPP.** L'article 175 prévoit un autre délai de forclusion d'un ou trois mois à compter de l'avis de fin d'information. En application de ce texte, les parties sont avisées par le juge d'instruction de ce que l'information lui paraît terminée. C'est une étape essentielle dans le règlement de l'information. À la clôture de l'instruction, les parties et le témoin assisté disposent d'un ultime délai pour présenter une requête en nullité. Sous l'empire des textes issus de la loi du 24 août 1993, ce délai était de vingt jours. Il a été porté à trois mois par la loi du 5 mars 2007 et ramené à un mois lorsqu'une personne mise en examen est détenue. Toutefois, consacrant une interprétation retenue par la Chambre criminelle<sup>899</sup>,

<sup>894</sup> Commission justice pénale et droits de l'homme, Rapport préliminaire, nov. 1989, p. 51.

<sup>895</sup> L'article 173-1 de l'avant-projet de loi portant réforme de la procédure criminelle de septembre 1995 et présenté par Monsieur Toubon prévoyait que les requêtes en annulation concernant les actes antérieurs à la première comparution de la personne mise en examen, ou à la première audition de la partie civile, devaient être déposées, à peine d'irrecevabilité, avant l'expiration d'un délai de six mois à compter de cette comparution ou audition, sauf bien évidemment, dans les cas où les parties n'auraient pu les connaître.

<sup>896</sup> Rapport sur la mise en état des affaires pénales, 1990, annexes, n° 36, p. 52.

<sup>897</sup> Article 29 de la loi du 15 juin 2000 : « Après l'article 173 du même code, il est inséré un article 173-1 ainsi rédigé : art. 173-1 : Sous peine d'irrecevabilité, la personne mise en examen doit faire état des moyens pris de la nullité des actes accomplis avant son interrogatoire de première comparution ou de cet interrogatoire lui-même dans un délai de six mois à compter de la notification de sa mise en examen, sauf dans le cas où elle n'aurait pu les connaître. Il en est de même pour la partie civile à compter de sa première audition. ».

<sup>898</sup> Hélène Conchon, *L'évolution des nullités de l'instruction préparatoire*, préc., p. 226.

<sup>899</sup> Crim. 10 juill. 2002, B. n° 152.

l'article 206 précise que l'expiration du délai de l'article 175 s'oppose également à ce que les parties présentent des demandes d'annulation par mémoire devant la chambre de l'instruction, lorsque celle-ci est saisie de l'appel de l'ordonnance de règlement, laquelle est nécessairement rendue après l'expiration du délai de forclusion. L'article 175 est une règle rigoureuse car l'effet de purge prévu par cet article est radical, mais il connaît certaines limites. D'un côté, la forclusion ne joue pas lorsque les irrégularités ont été révélées par des investigations complémentaires effectuées durant le délai ou postérieurement à son expiration<sup>900</sup>. D'un autre côté, la Chambre criminelle a jugé que le délai de forclusion ne pouvait être opposé aux parties n'ayant pas été avisées de la date de l'audience de la chambre de l'instruction au cours de laquelle a été examinée, sur la requête d'une autre partie présentée dans le délai précité, la régularité d'une procédure d'information<sup>901</sup>.

**316. Combinaison des délais.** Lorsqu'une personne demande l'annulation d'actes de la procédure, elle doit respecter tant le délai prévu par l'article 173-1 du CPP que celui prévu par l'article 175 du CPP. Ainsi, lorsque le délai prévu par l'article 173-1 du CPP n'est pas encore expiré, les parties sont irrecevables à demander l'annulation de tels actes, dès lors que le délai prévu par l'article 175 du CPP est arrivé à expiration<sup>902</sup>. La solution inverse s'impose de la même façon, de manière plus évidente : ne peuvent être invoqués durant le délai de trois mois ou un mois ouvert par l'article 175 que les moyens de nullité qui ne seraient pas atteints par la forclusion de l'article 173-1.

## 2. Fin de non-recevoir

**317. Disposition.** Issu de la loi du 4 janvier 1993, l'article 174 alinéa 1 du CPP prévoit que « *lorsque la chambre de l'instruction est saisie sur le fondement de l'article 173 ou de l'article 221-3, tous moyens pris de nullité de la procédure qui lui est transmise doivent, sans préjudice du droit qui lui appartient de les relever d'office, lui être proposés. A défaut, les parties ne sont plus recevables à en faire état, sauf le cas où elles n'auraient pu les connaître* ». Cette disposition instaure en effet un système qualifié de « purge successive des nullités »<sup>903</sup> qui impose, à peine de forclusion, de soulever dans la requête l'ensemble des moyens de nullité existant. En somme, l'arrêt de la chambre de l'instruction, une fois rendu, a pour effet automatique de régulariser tous les actes de la procédure antérieurs à la requête, et non à l'acte critiqué<sup>904</sup>. À titre d'exemple, l'inculpé invoque l'irrégularité de sa garde à vue mais omet de soulever en même temps la nullité d'une perquisition menée au cours de l'enquête préliminaire, il ne sera plus possible d'invoquer cette irrégularité ultérieurement. La décision de la chambre de l'instruction vaut examen de la régularité de tous les actes accomplis jusqu'à la date de sa saisine par voie de requête. Autre exemple, un inculpé est irrecevable à contester la validité des écoutes téléphoniques déclarées régulières par un précédent arrêt de la chambre de l'instruction, saisie sur requête d'un coincepé,

<sup>900</sup> Crim. 19 juin 1995, B. n° 223 ; Crim. 5 mai 1998, B. n° 152.

<sup>901</sup> Crim. 30 nov. 1995, B. n° 365.

<sup>902</sup> Crim. 10 juill. 2002, B. 152.

<sup>903</sup> J. Pradel, « *Les droits de la personne suspecte ou poursuivie depuis la loi du 24 août 1993 modifiant celle du 4 janvier 1993* », D. 1993, chron. p. 306.

<sup>904</sup> Crim. 19 février 1997, Bull. crim. n° 66, D. 1997, I.R., 118.

dès lors que cet arrêt a été rendu au terme d'une procédure contradictoire à son égard et qu'il connaissait antérieurement l'existence des écoutes<sup>905</sup>.

**318. Parties privées visées par l'article 174 alinéa 1 du CPP.** L'irrecevabilité ne touche pas seulement la partie qui avait saisi la chambre de l'instruction par requête. En effet, la doctrine interprète la rédaction du texte comme une extension de cette irrecevabilité à toutes les parties qui se trouvaient dans la procédure au moment de cette saisine. Il faut rappeler à ce sujet qu'en cas de saisine de la chambre de l'instruction, toutes les parties et leurs avocats sont avisés de la date d'audience, convoqués en vertu des dispositions de l'article 197 du CPP à l'audience de la chambre de l'instruction<sup>906</sup>, et admises à faire valoir leurs observations en déposant des mémoires conformément à l'article 198 du CPP<sup>907</sup>. Ainsi, elles ont non seulement la possibilité de soulever tout moyen de nullité mais le devoir de le faire lorsque la chambre de l'instruction est saisie des nullités par quiconque, à peine d'irrecevabilité ultérieure. Toutefois, une question se pose : *quid* des personnes qui acquièrent la qualité de partie postérieurement à la date de convocation devant la chambre de l'instruction, une fois que le dossier est transmis à cette juridiction ?

On pourrait penser en toute logique que l'impossibilité, pour les parties, de faire état de nullités qui auraient figuré dans le dossier soumis à la chambre de l'instruction se limitait aux parties qui figuraient dans la procédure au moment de la saisine de la chambre de l'instruction et non à celles qui le sont devenues après le dépôt de la requête. La circulaire de la Chancellerie explique que les personnes devenues parties après saisine de la chambre de l'instruction pourraient toujours soulever les nullités antérieures à celle-ci. Par conséquent, les personnes devenues parties après le dépôt de la requête en annulation ne seraient pas touchées par cette forclusion et pourraient agir en nullité. Cette solution était affirmée par la Chambre criminelle dans un arrêt du 30 mai 1996<sup>908</sup>. En l'espèce, la Chambre criminelle a décidé que la forclusion jouait également contre les parties qui, non encore dans la procédure au moment de la requête, n'y figurent qu'entre ce moment et l'audience de la chambre d'accusation au cours de laquelle la requête est examinée, audience à laquelle elles sont convoquées. Elle estime que les dispositions de l'article 174 alinéa 1 du CPP s'appliquent à toutes les parties avisées de la date de l'audience où est examinée la régularité d'une procédure d'information, c'est-à-dire non seulement aux parties à la procédure à la date de la requête mais encore celles qui n'étaient pas encore dans la procédure au moment de la requête et qui y sont entrées entre ce moment et l'audience de la chambre de l'instruction.

---

<sup>905</sup> Crim. 19 juill. 1994, Gaz. Pal. 1994, 2. Somm. p. 554, Bull. crim. n° 283, p. 696, Dr. pénal 1994, comm. 222, obs. A. Maron.

<sup>906</sup> L'article 197 alinéa 1 du CPP : « Le procureur général notifie par lettre recommandée à chacune des parties et à son avocat la date à laquelle l'affaire sera appelée à l'audience. La notification est faite à la personne détenue par les soins du chef de l'établissement pénitentiaire qui adresse, sans délai, au procureur général l'original ou la copie du récépissé signé par la personne. La notification à toute personne non détenue, à la partie civile ou au requérant mentionné au cinquième alinéa de l'article 99 est faite à la dernière adresse déclarée tant que le juge d'instruction n'a pas clôturé son information. ».

<sup>907</sup> L'article 198 alinéa 1 du CPP : « Les parties et leurs avocats sont admis jusqu'au jour de l'audience à produire des mémoires qu'ils communiquent au ministère public et aux autres parties. ».

<sup>908</sup> Crim. 30 mai 1996, Bull. crim. n° 226, p. 652, *Droit pénal* 1996, comm. n° 174, note A. Maron, *J.C.P.* 1996, éd. G., IV, 2211.

Un an plus tard, la Chambre criminelle a confirmé encore une fois cette solution par un arrêt du 30 mai 1997<sup>909</sup>. En l'espèce, la haute juridiction approuvait la chambre de l'instruction d'avoir rejeté la demande d'une des parties à l'instruction tendant à déclarer inopposable à son égard un précédent arrêt portant annulation d'actes de la procédure. Le demandeur au pourvoi soutenait en effet que la purge des moyens de nullité ne pouvait opérer à son encontre, dès lors qu'il avait été mis en examen postérieurement au dépôt de la requête en annulation. Autrement dit, il soutenait que l'article 174 alinéa 1 du CPP ne pouvait trouver application au détriment de ceux qui sont devenus parties à l'instruction après la saisine de la chambre de l'instruction aux fins d'annulation. Après avoir constaté que le demandeur au pourvoi avait été avisé de la date d'audience au cours de laquelle a été discutée la requête en annulation, la Cour de cassation souligna à nouveau que les dispositions de l'article 174 précité s'appliquait à toutes les parties privées avisées de la date d'audience où est examinée la régularité d'une procédure d'information.

**319. Dangers créés par l'article 174 alinéa 1 du CPP.** L'article 174 alinéa 1 du CPP amène des dangers : d'une part la surcharge de travail des avocats, et d'autre part les risques de détournement de la procédure. Quant au premier, l'avocat devra à tout instant, et ce même si son cabinet est chargé par d'autres affaires, entamer rapidement la procédure pour éviter que, par le jeu de cette disposition, d'autres actes irréguliers soient implicitement validés<sup>910</sup>. De plus, l'avocat engage sa responsabilité en ce domaine dans la mesure où le juge d'instruction, le parquet, voire une partie privée peuvent saisir la chambre de l'instruction d'une demande de nullité apparemment anodine, mais dont l'examen exclura pour l'avenir toute possibilité de soulever une nullité. C'est la raison pour laquelle le Bâtonnier de Paris, en 1993, estimait que l'avocat qui formait une demande de nullité devait informer sans délai les autres avocats constitués dans le dossier, afin d'éviter des surprises. Par conséquent, les avocats des parties doivent impérativement examiner la régularité de la procédure dès qu'ils ont accès au dossier, de façon à soulever immédiatement la nullité, ou pour ne pas être surpris par une saisine de la chambre de l'instruction.

Quant aux risques de détournement de la procédure, les faits ont montré que ce système de purges successives peut avoir des conséquences perverses<sup>911</sup>. Ainsi si une partie civile veut faire valider un acte décisif, sujet à critique, il lui suffit d'alléguer la nullité d'un autre acte de la procédure, afin d'obtenir la purge de la nullité réelle. Plus grave encore, le système recèle de nombreux pièges imputables à l'imprécision de la rédaction de l'article 174 alinéa 1 in fine du CPP, pour lequel, une requête, même irrecevable, pourrait empêcher la partie qui l'a présentée, ainsi que les autres parties, de soulever ultérieurement des moyens pris de nullité de la procédure transmis à la chambre de l'instruction à l'occasion de l'examen de la requête. Il suffit dans ce cas qu'une partie ne motive pas une requête en annulation, ou ne respecte pas le formalisme afférent à celle-ci pour que la procédure antérieure se trouve purgée et les parties déchues du droit de faire état de nullités antérieures à cette requête. Cette

---

<sup>909</sup> Crim. 30 mai 1997, *Procédures*, nov. 1997, comm. n° 275. V. aussi, Crim. 3 mars 1998, *Procédures* août-septembre 1998, n° 205, p. 21, Bull. crim. n° 79.

<sup>910</sup> A. Maron, *Rev. Droit pénal*, oct. 1994, p. 15, n° 222.

<sup>911</sup> V. obs. A. Maron, *J.C.P.* 1994, éd. G., I, 3738.

solution nous paraît exagérée et il semblerait plus juste de ne faire jouer l'article 174 qu'en cas de requête recevable. Enfin, un autre problème peut surgir pour la partie qui n'aurait pas souhaité ou n'aurait pas eu les dispositions financières pour se faire assister d'un avocat au cours de l'instruction pouvant se consacrer immédiatement à l'examen du dossier. En effet, un avocat a accès à la procédure à tout moment et peut donc en contrôler la régularité si bien qu'au fur et à mesure de son évolution, l'avocat peut soulever les nullités constatées. Mais le prévenu non assisté d'un avocat est défavorisé par rapport à celui qui bénéficie de l'assistance d'un avocat, car il ne peut obtenir copie des pièces du dossier le concernant que lors de la phase du jugement, ce qui l'empêche, par l'effet de purge, d'invoquer au cours de l'instruction la nullité de certains actes de procédure. Dépourvu de connaissances procédurales, il ne s'apercevra sans doute que tardivement, et peut-être jamais, du tort que lui a causé la violation d'une prescription. Mais il faut reconnaître, à cet égard, qu'il revient à l'intéressé de prendre librement la décision d'être ou de ne pas être assisté d'un avocat, au besoin commis d'office.

## **B. Les conséquences des nullités**

**320. Question complexe et importante.** La question des conséquences des nullités des actes d'instruction est complexe : doit-on limiter l'effet de la nullité à l'acte irrégulier ou l'étendre à une partie ou à toute la procédure ultérieure ? C'est certainement une question très importante car elle aura pour résultat, selon la réponse qui y sera apportée, de ne pas retarder la marche de l'action publique ou, au contraire, de l'entraver sérieusement en obligeant à revenir au point de départ de l'instruction. En effet, les conséquences des nullités de l'instruction sont une conquête historique mettant en lumière l'ampleur des pouvoirs dévolus à la Chambre de l'instruction. Cette dernière décide de l'étendue de l'annulation **(1)** et du sort des actes annulés **(2)**.

### **1. L'étendue de l'annulation**

**321. Système extrémiste sous l'empire de la loi du 8 décembre 1897.** En théorie, deux réponses sont concevables pour la question précitée : soit on déclarait que seul l'acte irrégulier était nul, mais que demeuraient intacts les autres actes de la procédure, et spécialement tous les actes postérieurs ; soit on décidait que la nullité affectait l'acte irrégulier et aussi tous les actes ultérieurs de l'instruction. C'était la politique du tout ou rien. Ce système extrémiste était adopté par la loi du 8 décembre 1897. Les nullités prévues par l'article 12 de cette loi entachaient non seulement l'acte irrégulier mais aussi toute la procédure ultérieure. Ainsi en allait-il en cas de méconnaissance des articles 1 (interdiction faite au juge d'instruction de concourir au jugement des affaires qu'il a instruit), 3 §2 (obligation de mentionner au procès-verbal de première comparution, l'avertissement fait à l'inculpé de sa liberté de ne pas faire de déclaration), article 9 §2 (obligation de procéder à l'audition de la partie civile ou à l'interrogatoire ou à la confrontation de l'inculpé, en la présence de leurs conseils, ou eux dûment appelés), article 10 (mise à disposition de la procédure aux conseils des parties et notification des ordonnances au conseil).

Il a été ainsi jugé que le défaut de notification de l'ordonnance de soit-

communiqué entraînait la nullité de cette ordonnance, de l'ordonnance de renvoi et de la citation qui avaient suivi<sup>912</sup>. Il en était de même si cette notification avait eu lieu tardivement, par exemple postérieurement à la citation ou à l'ordonnance de mise en prévention, puisque le conseil n'aurait pas été à même d'intervenir avant la clôture de l'information<sup>913</sup>. De même, une irrégularité commise, par exemple lors de la première comparution de l'inculpé, viciait toute l'instruction jusqu'à l'ordonnance de renvoi. C'est la chambre d'accusation qui était compétente pour déclarer nul le premier acte vicié, ainsi que la procédure ultérieure<sup>914</sup>. Et elle devait obligatoirement et sans alternative possible, annuler l'intégralité de la procédure. Violait donc par défaut d'application de l'article 12 de la loi du 8 décembre 1897, la chambre d'accusation qui s'abstenait de le faire<sup>915</sup>.

Cette solution<sup>916</sup> automatique et radicale, si elle présentait de graves conséquences pour la procédure elle-même, se justifiait néanmoins par le fait que ces formalités étaient le fondement nécessaire de la procédure ultérieure et que, s'ils étaient nuls, tout ce qui s'était construit sur eux devait s'effondrer<sup>917</sup>. Par ailleurs, elle avait l'avantage d'attirer l'attention du juge sur l'importance exceptionnelle attachée par la loi à certaines formalités<sup>918</sup>.

**322. Atténuation du système extrémiste à partir de 1959.** Avec l'entrée en vigueur du code de procédure pénale de 1959, l'ancien système extrémiste était atténué. Le Code de procédure pénale de 1959 distinguait les nullités textuelles visées à l'alinéa 1 de l'article 170 et les nullités substantielles mentionnées à l'alinéa 1 de l'article 172. Selon l'article 170 alinéa 1 du CPP, « les dispositions prescrites aux articles 114 (première comparution) et 118 (convocation du conseil, communication du dossier) doivent être observées à peine de nullité tant de l'acte lui-même que de la procédure ultérieure ». Pour les nullités substantielles et les nullités textuelles non visées par l'article 170, l'article 172 disposait « la Chambre d'accusation décide si l'annulation doit être limitée à l'acte vicié ou s'étendre à tout ou partie de la procédure ultérieure ».

La gravité des premières, c'est-à-dire celles relatives aux formalités imposées lors de la première comparution et celles relatives à la convocation du conseil et à la mise à disposition du dossier, entraînait donc non seulement la nullité de l'acte mais aussi celle de la procédure subséquente<sup>919</sup>. En outre, l'article 174 ancien du CPP indiquait implicitement que l'omission de la formalité de l'alinéa 4 de l'article 183 (avis donné au conseil des ordonnances juridictionnelles) pouvait entraîner la nullité de la

<sup>912</sup> Paris, 7 avri; 1898, D.P. 98, 2, 209 ; Caen, 28 déc. 1897, D.P. 98, 2, 33.

<sup>913</sup> Pau, 22 déc. 1916, Gaz. Trib., 6 mai 1917.

<sup>914</sup> Crim. 17 oct. 1901, S. et P. 1905. I. 478.

<sup>915</sup> Crim. 3 avril 1903, S. et P. 1905. I. 541.

<sup>916</sup> La loi de 1897, a-t-on pu écrire, introduisait dans la procédure d'instruction, jusqu'alors entièrement inquisitoire, des règles d'inspiration accusatoire. La réforme était d'une telle ampleur, que « pour mieux asseoir le droit nouveau, le législateur lui a attaché la sanction de la nullité de tous les actes postérieurs à l'acte irrégulier ». R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel*, préc., p. 562, note 2. On voulait briser d'éventuelles résistances de la part des magistrats.

<sup>917</sup> Les Américains parlent ici des « fruits de l'arbre vénéneux » : une fois constaté le caractère vénéneux de l'arbre, tout ce qu'il a produit est empoisonné.

<sup>918</sup> V. R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel*, préc., n° 485.

<sup>919</sup> Crim. 16 mai 1974, Bull. crim. n° 181, J.C.P. 1975, éd. G, II, 18190, note Mayer-Jack, La nullité d'un interrogatoire doit entraîner la nullité de tout ce qui a suivi.

procédure ultérieure<sup>920</sup>. Il n'en était ainsi qu'autant que cette irrégularité constituait une violation des droits de la défense<sup>921</sup>. Certaines règles suivies sous le régime antérieur avaient donc été maintenues par le Code de procédure pénale et valaient tant à l'égard de la chambre d'accusation que des juridictions de jugement. Mais la solution proposée par le Code de procédure pénale, restreignant les cas d'annulation automatique, était beaucoup moins énergique que celle qui avait été proposée par le législateur de 1897 et qui tendait à généraliser l'annulation automatique de toute la procédure.

L'article 172 alinéa 2 du CPP reconnaissent à la chambre d'accusation le droit d'apprécier souverainement l'étendue des nullités. Ce texte innovant apporte à la chambre d'accusation des prérogatives considérables. Il s'avérait en effet, nécessaire que le juge, au moins dans certaines hypothèses, puisse en toute liberté décider de la solution la plus satisfaisante pour l'intérêt de la justice. Pour les nullités substantielles, la liberté du juge était considérable puisque la chambre d'accusation déterminait à la fois la liste des nullités et les conséquences de celles-ci. Ces conséquences, précisait le professeur Bouloc, devaient être appréciées « en fonction du rapport qui unit l'acte annulé à d'autres actes ou à l'ensemble de la procédure », c'est-à-dire du lien de filiation et il ajoutait « les juges sont tenus de constater l'existence de ce lien pour justifier la décision de l'annulation »<sup>922</sup>. Ainsi, la nullité de l'acte entaché d'irrégularité affecte la procédure d'instruction dans son ensemble ou, tout au moins, dans une partie plus ou moins étendue de son déroulement : il y a des nullités contagieuses et d'autres qui ne le sont pas. En somme, l'appréciation d'une nullité était laissée à la chambre d'accusation selon son rapport aux autres actes ou à l'ensemble de la procédure.

Le seul critère opératoire était l'existence ou l'inexistence d'un « rapport de causalité entre l'acte annulé et l'acte subséquent, en sorte que le second « découle » ou « dérive » du premier<sup>923</sup>. Il ne pourrait être prétendu qu'une partie d'un acte irrégulier puisse subsister, du moment que les opérations qu'il relate sont liées de manière indivisible. Les juges sont tenus de constater l'existence de ce lien pour justifier leur décision d'annulation. Le principe établi par les juges était, d'une part, que l'annulation affectait, non seulement l'acte irrégulier, mais tous ceux qui avaient été placés sous sa dépendance nécessaire (dépendance logique) et d'autre part, que la nullité n'opérait qu'à partir du plus ancien acte nul (dépendance chronologique). De ceci, la jurisprudence avait tiré deux conséquences. En premier lieu, tout ce qui était antérieur à l'acte nul<sup>924</sup> était présumé irréfutablement régulier (l'effet de l'annulation sera donc beaucoup plus destructeur s'il vise un acte accompli au début de l'instruction). La nullité ne peut rétroagir sur des actes antérieurs à l'acte irrégulier. En second lieu, tous les actes postérieurs qui étaient dépendants de l'acte vicié, qui en dériveraient directement ou reposaient sur lui étaient annulés, même s'ils étaient

---

<sup>920</sup> Article 174 ancien du CPP : « pour constater les nullités visées à l'article 170 ainsi que celles qui pourraient résulter de l'inobservation des prescriptions de l'alinéa 4 de l'article 183 ».

<sup>921</sup> Crim. 27 déc. 1960, Bull. crim. n° 624 ; Crim. 27 juin 1983, Bull. crim. n° 237.

<sup>922</sup> Bouloc, *L'acte d'instruction*, préc., n° 920 et s.

<sup>923</sup> H. Angevin, *La pratique de la chambre d'accusation*, traité-formulaire, éd. Litec, 1994, p. 128.

<sup>924</sup> Crim. 30 avril 1996, Bull. crim. n° 182.

intrinsèquement réguliers<sup>925</sup>. Ce critère du lien de causalité apparut satisfaisant car il permettait de sauver des procédures sans étrangler injustement les conséquences d'une irrégularité procédurale. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle il s'applique désormais de façon générale.

**323. Généralisation du système en 1993.** S'inspirant fortement de l'article 172 ancien alinéa 2 du CPP, les rédacteurs de la loi du 4 janvier 1993 créaient l'article 174 alinéa 2 du CPP, aux termes duquel « *la chambre d'accusation décide si l'annulation doit être limitée à tout ou partie des actes ou pièces de la procédure ou s'étendre à tout ou partie de la procédure ultérieure...* ». Ce système se trouve généralisé puisque la loi du 4 janvier 1993 a permis de faire disparaître toutes les distinctions antérieures : la méconnaissance des règles relatives à la première comparution et aux convocations des conseils n'entraîne plus automatiquement la nullité de toute la procédure subséquente. Cette solution ne doit pas surprendre, car elle s'inscrit dans le courant législatif et jurisprudentiel contemporain qui tend à « restreindre au mieux l'effet dévastateur de la nullité »<sup>926</sup>, souvent utilisé à des fins dilatoires « sources d'irritante pertes de temps et d'efficacité »<sup>927</sup> pour la justice pénale. De même, s'il y a nullité, l'acte vicié doit être annulé, mais il peut y avoir nullité partielle. Avant la réforme de 1993, on rappellera que les textes (articles 170 et 172 alinéa 2 du CPP) ne précisait pas si l'annulation de l'acte irrégulier pouvait se limiter à une partie de cet acte. La Cour de cassation avait admis la possibilité pour la chambre d'accusation de ne procéder qu'à une annulation partielle<sup>928</sup>. Désormais la possibilité d'une annulation partielle de l'acte irrégulier est prévue expressément par l'article 174 alinéa 2.

En somme, la nullité peut porter sur un<sup>929</sup> ou plusieurs actes<sup>930</sup> ou sur toute la procédure<sup>931</sup>. Le critère dégagé sous l'empire du code de procédure pénale est donc étendu et ne souffre plus d'aucune exception, notamment en matière de nullité textuelle. On remarquera dans ce dernier cas, que c'est la loi du 4 janvier 1993 qui a posé le système d'appréciation des conséquences de la nullité par la chambre d'accusation comme principe, alors qu'elle reconnaissait en même temps une multitude de nullités textuelles. Ce principe général laisse une grande marge de manœuvre à la chambre d'accusation et montre encore l'importance du pouvoir de la chambre d'accusation sur le contrôle de la régularité de l'instruction préparatoire. Mais la juridiction appelée à statuer en matière de nullité doit indiquer, s'agissant de l'acte vicié, l'étendue qu'elle entend donner à l'annulation prononcée.

Depuis la réforme de 1993, la situation est restée la même, la chambre d'accusation ayant suivi sa jurisprudence restrictive antérieure : ainsi dans un arrêt en

---

<sup>925</sup> Crim. 5 juin 1958, Bull. crim. n° 440 ; Crim. 21 janvier 1960, Bull. crim. n° 38 ; Crim. 24 juillet 1961, Bull. crim. n° 353 ; Crim. 27 oct. 1965, Bull. crim. n° 214 ; Crim. 4 juin 1969, Bull. crim. n° 186, J.C.P. 1970, éd. G., II, 16187, note Chambon.

<sup>926</sup> W. Jeandidier, note sous Crim. 15 avril 1991, J.C.P. 1992, II, 21795.

<sup>927</sup> J. Pradel, *Procédure pénale*, préc., n° 500 et s.

<sup>928</sup> Crim. 11 février 1975, Bull. crim. n° 45.

<sup>929</sup> Crim. 4 oct. 1995, Bull. crim. n° 45.

<sup>930</sup> Crim. 6 février 1996, Juris-Data n° 000288.

<sup>931</sup> Crim. 4 janvier 1996, Droit pénal 1996, comm. 90, obs. A. Maron.

date du 4 octobre 1994<sup>932</sup>, la Chambre criminelle a décidé que la nullité d'une perquisition pratiquée au cours d'une enquête préliminaire sans l'autorisation de la personne intéressée (article 76 du CPP), dans une affaire de viols reprochés au mis en examen, ne doit pas être étendue au réquisitoire introductif dès lors que, comme l'a constaté la chambre d'accusation, ledit réquisitoire n'a pas pour support nécessaire le procès-verbal de perquisition annulé. De cette expression, on peut déduire un critère fondé sur le lien de causalité, ce qui souligne une grande continuité de la jurisprudence et la volonté constante de restreindre les effets dévastateurs des nullités. Ainsi, dans un arrêt du 26 mai 1999, la Chambre criminelle à propos des actes de l'enquête n'apparaissant pas comme le support nécessaire des actes subséquents, décida qu'il ne saurait être reproché à une cour d'appel d'avoir annulé des pièces relatives à la garde à vue d'une personne et d'avoir refusé d'étendre cette annulation aux actes subséquents dès lors qu'aucune déclaration de cette personne n'a été consignée au cours de sa garde à vue. Elle invoquait le fait que le juge d'instruction, pour ordonner sa mise en examen et son placement en détention et pour procéder aux actes subséquents, n'avait pu se fonder que sur les pièces du dossier antérieures à celles annulées. Cette solution fût réaffirmée un mois plus tard dans un arrêt du 23 juin 1999<sup>933</sup> où il faut reprocher à une chambre d'accusation qui, après avoir prononcé l'annulation de la dernière page d'un procès-verbal mentionnant l'heure de fin de la mesure de garde à vue, avait annulé toutes les pièces subséquentes, en retenant que si aucune audition ni aucun autre acte n'avait été effectué au-delà de la quarante-huitième heure, il y avait lieu de constater une violation des dispositions substantielles de l'article 63 du CPP. Cette décision supposait que cette violation portait nécessairement atteinte aux intérêts de la partie concernée, alors que la mise en examen de l'intéressé, son placement en détention provisoire et les actes subséquents accomplis par le juge d'instruction, n'avaient pas comme support nécessaire la dernière page du procès-verbal de garde à vue annulée. Depuis cette jurisprudence ne devait plus être démentie<sup>934</sup>.

La Chambre criminelle évoquait dans ces arrêts la notion de « support nécessaire ». Il faut noter sur ce point les hésitations sémantiques. Depuis quelques années, elle a ajouté l'adjectif « exclusif »<sup>935</sup>. L'hésitation se fait d'autant plus grande qu'elle a très récemment affirmé que la référence qui avait été faite par une chambre de l'instruction à la notion de « support nécessaire exclusif » était surabondante, ajoutant « que seules doivent être annulées par voie de conséquence les pièces qui ont pour support nécessaire l'acte entaché de nullité »<sup>936</sup>. Pourtant dans l'un des quatre arrêts rendus le 9 mai 2018<sup>937</sup>, la Chambre criminelle revient à l'exigence d'un « support nécessaire et exclusif ». Quelle que soit la formule adoptée, il ressort de sa jurisprudence que seuls les actes qui trouvent leur fondement dans l'acte nul, sans

<sup>932</sup> Crim. 4 oct. 1994, Bull. crim. n° 313, D. 1995, somm. p. 145, J.C.P. 1995, éd. G, IV, 153.

<sup>933</sup> Crim. 23 juin 1999, D. 1999, I. R. p. 221, *Procédures*, janvier 2000, p. 21.

<sup>934</sup> Crim. 26 janv. 2000, D. 2000, I. R. p. 93, *Droit pénal*, juillet 2000, p. 23.

<sup>935</sup> Crim. 7 févr. 2001, n° 00-87.372 ; Crim. 27 janv. 2009, n° 08-81.652 ; Crim. 10 mars 2015, n° 14-87.344.

<sup>936</sup> Crim. 31 oct. 2017, n° 17-81.842, préc.

<sup>937</sup> Crim. 09 mai 2018, n° 17-86. 558, 17-86.638, 17-80.066 et 17-80.656. V. S. Fucini, « Nullités de procédure : état des lieux de la jurisprudence de la Chambre criminelle », in *AJ Pénal* 2018, p. 359.

pouvoir trouver de fondement dans un acte valable de la procédure, doivent être annulés par voie de conséquence. Néanmoins dans le dernier arrêt, la Chambre criminelle renforce cette exigence en imposant une motivation suffisante pour justifier le refus d'annuler les actes subséquents de la procédure. En effet, des procès-verbaux de géolocalisation avaient été annulés et la chambre de l'instruction avait refusé d'annuler des actes subséquents au simple motif que « les autres éléments du dossier ne sont pas susceptibles d'annulation ». La Chambre criminelle a alors cassé cet arrêt pour manque de base légale, en reprochant à la chambre de l'instruction d'avoir statué ainsi « sans autrement démontrer que les actes annulés n'étaient pas le support nécessaire et exclusif des autres actes de la procédure ». Cela doit être remarqué, car généralement, la Chambre criminelle de la Cour de cassation reproche plutôt le manque de motivation ou la violation de la loi ayant conduit à annuler les actes subséquents<sup>938</sup>.

#### **324. Commentaire sur le système généralisé depuis la loi du 4 janvier 1993.**

Il est légitime de penser que, d'une manière générale, cette souplesse législative doit être approuvée, même s'il est possible de regretter que l'aléatoire gouverne le maintien des actes d'instruction, laissant le juge et les parties incertains sur l'importance des nullités qu'ils découvrent. Effectivement, ce système est rationnel en lui-même, car il est impossible de systématiser les effets particuliers de chaque vice, surtout eu égard à la notion de nullité substantielle, concept d'une subtilité déroutante, ne pouvant s'accommoder, en général, de règles étriquées. Le principe le plus logique et le plus efficace est donc l'appréciation, par la juridiction, de l'intensité de la nullité en fonction des circonstances propres à chaque affaire, en fonction des particularités inhérentes propres à chaque affaire, en fonction des particularités inhérentes au dossier étudié<sup>939</sup>. À l'inverse, on a pu mettre en relief les dangers de la position adoptée par le législateur, car une assez grande incertitude doit régner en la matière et « le risque d'ouvrir la voie à un certain arbitraire du juge »<sup>940</sup> n'est pas négligeable. Mais peut-il en être autrement ? Toute systématisation en un domaine aussi mouvant et périlleux que les nullités n'est guère souhaitable ni concrètement réalisable, et la meilleure attitude doit être le pragmatisme et l'appréciation de l'étendue au cas par cas. De toute façon, si toute liberté est laissée à la chambre de l'instruction quant à l'intensité des nullités, la fonction de contrôle de la régularité des dossiers est pour elle une obligation placée sous la surveillance directe de la Cour de cassation. Il apparaît que la tendance actuelle de la Chambre de l'instruction paraît être à une plus stricte délimitation de l'étendue de l'annulation. La décision de la juridiction qui prononce l'annulation d'un ou de plusieurs actes irréguliers de l'information doit indiquer l'étendue de ladite annulation selon le critère du rapport nécessaire et exclusif existant entre l'acte annulé et les autres actes de la procédure. Mais si l'annulation est prononcée, encore faut-il que soit précisé le sort réservé aux actes annulés.

<sup>938</sup> V. par ex. Crim. 10 déc. 2003, n° 03-.83.344 ; Crim. 6 mai 2015, n° 13-87.428.

<sup>939</sup> Crim. 13 juillet 1971, Bull. crim. n° 230 ; Crim. 15 mai 1973, Bull. crim. n° 221.

<sup>940</sup> Merle et Vitu, *Traité de droit criminel*, préc., n° 485.

## 2. Le sort des actes annulés

**325. Retrait des actes nuls.** Le Code d'instruction criminelle n'avait pas réglementé le sort des actes d'instruction annulés. En pratique, ils n'étaient pas matériellement retirés du dossier<sup>941</sup>. L'annulation de l'instruction avait pour seul effet d'obliger les juges à considérer les pièces annulées comme inexistantes<sup>942</sup> et de leur interdire d'en faire état pour former leur conviction. La loi ne prescrivant pas de retirer du dossier les pièces annulées<sup>943</sup>, l'obligation des juges était purement morale, et son observation était difficilement vérifiable<sup>944</sup>. Les raisons pratiques de la position de la Chambre criminelle tenaient au souci de préserver l'intégralité de la procédure. La suppression d'une pièce aurait bouleversé l'ordre des pièces répertoriées et cotées les unes à la suite des autres, laissant penser que la procédure n'était pas complète. Aussi, préféra-t-on maintenir au dossier l'intégralité de la procédure en y laissant figurer des pièces, fussent-elles inutilisables. Malgré le danger de puiser dans ces documents des renseignements qui puissent influencer la conviction des magistrats, cette manière de procéder demeura tout au long de l'application du Code d'instruction criminelle.

À la différence de la pratique antérieure, le Code de procédure pénale de 1959 avait prévu en son article 173 un sort unitaire aux actes nuls. Plus précisément, « *les actes d'information annulés par la chambre d'accusation en cours d'instruction étaient retirés du dossier et déposés au greffe de la cour d'appel. Il était formellement interdit d'y puiser aucun renseignement contre les parties aux débats* ». Ainsi, le danger que des actes annulés puissent servir à former la conviction des membres d'une juridiction de jugement se trouvait écarté. De plus, si l'article 173 ancien du CPP était violé, il en résultait non pas une nullité de procédure, mais seulement des sanctions d'ordre pénal et d'ordre disciplinaire à l'encontre de ceux qui auraient permis cette irrégularité. En effet, le magistrat ou l'avocat qui enfreignaient cette défense encouraient, le premier, les peines de la forfaiture, le second, des poursuites disciplinaires devant la Chambre de discipline (article 173 ancien du CPP)<sup>945</sup>.

Interprétant l'article 173 ancien et en appréciant sa portée, la jurisprudence avait considéré qu'il n'était pas admis de rendre une décision de justice valable sur des pièces dont la saisie avait été jugée irrégulière<sup>946</sup>. Mais l'obligation de procéder au retrait du dossier des actes annulés concerne tous les actes d'instruction irréguliers et les pièces déclarés nuls par la chambre d'accusation ou par tout autre juridiction chargée d'apprécier la validité des actes, mais ne s'applique ni aux actes juridictionnels annulés à la suite de l'appel formé contre une décision juridictionnelle du juge d'instruction, ni de manière générale aux procès-verbaux d'audition de témoins, d'interrogatoire ou de transport considérés aux termes de l'article 107 du CPP comme non avenus en l'absence de signature, de ratures ou de renvois non approuvés par le

<sup>941</sup> Crim. 8 déc. 1899, D.P. 1900. I. 31.

<sup>942</sup> Crim. 28 juillet 1899, S. et P. 1902. I. 60.

<sup>943</sup> Crim. 22 juin 1905, S. et P. 1908. I. 205, Bull. crim. n° 302, D. 1909. I. 431.

<sup>944</sup> R. Garradu, *Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale*, préc., n° 1117.

<sup>945</sup> Toutefois, la présence d'un acte nul dans le dossier n'entraîne pas cassation, si d'autres éléments figurant dans ce même dossier ont pu suffire à asseoir la conviction du juge. Crim. 27 déc. 1935, D.P., 1936. I. 20, note Mimin ; Crim. 11 juin 1949, D. 1949. 517.

<sup>946</sup> Crim. 30 septembre 1991, Bull. crim. n° 321.

juge d'instruction<sup>947</sup>. Toutefois, la loi du 15 juin 2000 prévoit qu'en cas d'annulation d'une mise en examen la personne devient témoin assisté, et ses précédents interrogatoires comme mise en examen, considérés comme auditions d'un témoin assisté, demeurent au dossier (article 30 de la loi du 15 juin 2000 ; article 174-1 du CPP)<sup>948</sup>. En d'autres termes, les déclarations de la personne mise en examen sont, par l'effet de la nullité, requalifiées en déclarations de témoin assisté. Cette solution est contestable dans la mesure où les déclarations obtenues au cours d'un interrogatoire de première comparution ont peut-être plus de poids et d'importance que les observations d'une personne témoin assisté, dont le statut est plus souple que celui de mis en examen.

Des difficultés étaient apparues dans l'hypothèse de pluralités de parties dans une même affaire, quand l'acte était nul à l'égard de ceux auxquels il avait nui. Dans un premier temps, la Haute juridiction, interprétant strictement les dispositions de l'article 173 ancien du CPP avait jugé que le retrait des pièces du dossier ne pouvait être ordonné que d'une manière indivisible<sup>949</sup>, excluant ainsi la possibilité pour certaines parties, notamment celles qui n'avaient pas agi ou qui avaient intérêt au maintien de ces actes, d'en faire usage. Mais elle devait ultérieurement admettre qu'il convenait de conserver l'acte au dossier, avec l'interdiction toutefois d'en faire usage contre celui qui avait obtenu l'annulation<sup>950</sup>. Ainsi, lorsqu'à la suite du pourvoi d'un seul inculpé l'arrêt de la chambre d'accusation n'était cassé qu'en ce qui le concernait, les annulations d'actes qui étaient prononcées par la cour de renvoi n'avaient d'effet qu'à son égard<sup>951</sup>.

Ces difficultés étaient résolues par les nouvelles dispositions issues de la loi du 24 août 1993. Plus précisément, aux termes de l'article 612-1 et de l'article 174 alinéa 3 du CPP, une annulation d'actes par la chambre d'accusation vaudra désormais non plus au profit de la seule partie qui l'avait sollicitée, mais au profit de toutes les parties<sup>952</sup>. En effet, alors que l'article 173 ancien du CPP prévoyait que les actes annulés étaient retirés du dossier et classés au greffe de la cour d'appel et qu'il était « interdit d'y puiser aucun renseignement contre les parties au débat », l'article 174 prévoit qu'il est interdit de puiser, dans les actes annulés, aucun renseignement contre les parties. On rappellera à ce propos que le législateur de 1993 a supprimé dans le nouvel article 174, les mots « au débat » qui figuraient dans l'article 173 ancien après « les parties ». Les termes de l'article 174 du CPP sont quasiment semblables à ceux du texte antérieur. Cependant une modification notable doit être soulignée. En effet, le procédé de cancellation, a été légalisé par le législateur qui prévoit que « *les actes ou pièces de la procédure partiellement annulés sont annulés après qu'a été établie une copie certifiée conforme à l'original, qui est classée au greffe de la cour d'appel* ».

---

<sup>947</sup> M. Guerrin, *Les irrégularités de procédure sanctionnées par la nullité dans la phase préalable au jugement pénal*, thèse Strasbourg, 1999, p. 436-437.

<sup>948</sup> Circulaire du garde des Sceaux, ministre de la justice du 31 mai 2000, *Gaz. Pal.*, 12-13 juillet 2000, p. 287.

<sup>949</sup> *Crim.* 8 mai 1974, *Bull. crim.* n° 167, *R.S.C.* 1975, p. 162, obs. J. Robert.

<sup>950</sup> *Crim.* 14 oct. 1976, *Bull. crim.* n° 291, *D.* 1976, *I.R.*, p. 292.

<sup>951</sup> *Crim.* 11 déc. 1984, *Bull. crim.* n° 396, *J.C.P.* 1986, éd. G, II, 20626, note Chambon ; *Crim.* 12 février 1991, *Bull. crim.* n° 68.

<sup>952</sup> *Crim.* 28 juin 2000, *D.* 2000, *I.R.* p. 225.

**326. Cancellation des actes partiellement annulés.** La jurisprudence avait par le passé hésité sur l'admission du procédé de cancellation. Totalemment ignoré sous l'empire du Code d'instruction criminelle, ce procédé fit son apparition sous le Code de procédure pénale. En matière de nullités, l'article 173 ne prévoyait pas la cancellation, mais exigeait uniquement le retrait et le classement au greffe des actes nuls. Cette précision autorisait à se demander si, le cas échéant, les actes annulés ne pourraient être utilisés lorsque certaines mentions seraient favorables à l'inculpé. Par un arrêt du 18 mars 1976<sup>953</sup>, la Chambre criminelle avait reconnu que la cancellation n'était pas conforme à l'article 173 du CPP, mais refusait de sanctionner cette mesure, en considérant, par application de l'article 802 du CPP qu'elle n'avait pas pour effet de porter atteinte aux intérêts du demandeur.

Dans cette affaire, la chambre d'accusation de la cour d'appel de Paris avait rendu le 28 octobre 1975 un arrêt considérant que « les actes établis par le juge d'instruction ne sont pas nécessairement simples, qu'ils sont parfois complexes puisqu'ils peuvent comporter une audition de témoin suivie d'une confrontation de ce témoin avec l'inculpé, et que l'annulation dans son ensemble du procès-verbal conduirait à frapper d'annulation l'acte qui constate l'audition du témoin alors que seules sont nulles les déclarations de l'inculpé ». En conséquence, en raison de l'état mental de ce dernier pendant une période de l'instruction, qui lui ôtait la capacité de se défendre, « elle s'est bornée à ordonner que soient simplement annulés divers procès-verbaux, notamment d'interrogatoire ou de confrontation, de manière à rendre illisibles certains mots ou certains passages ». La Chambre criminelle rejeta le pourvoi formé contre cet arrêt de la chambre d'accusation en décidant que « si les modalités prescrites à cet égard par l'arrêt (c'est-à-dire la cancellation de certains passages) pour assurer matériellement la suppression des parties annulées de la procédure, ne sont pas de nature de celles que prescrit l'article 173 du CPP, il n'apparaît pas que la violation des formes qui aurait été commise, ait eu ou ait pu avoir pour effet de porter atteinte aux droits du demandeur ; que dès lors, l'article 802 nouveau du Code de procédure pénale fait interdiction à la Cour de cassation, de prononcer de ce chef aucune annulation ».

Pour apprécier l'innovation opérée par la chambre d'accusation, la Chambre criminelle resta dans le strict domaine des droits de la défense et dès lors l'article 802 s'appliquait. La cassation aurait pu être prononcée si la haute juridiction s'était placée sur le terrain de la légalité, car en principe le juge qui ordonne une mesure non prévue par la loi, ici la cancellation, commet un excès de pouvoir. En l'espèce, la rature incriminée ne faisait pas grief à l'inculpé puisqu'elle soustrayait au juge ses déclarations faites à un moment où il ne disposait pas de toutes ses facultés.

Peu de temps après, dans un important arrêt, la Cour de cassation abandonna sa jurisprudence antérieure et rejeta la cancellation, qu'elle avait jusqu'alors tolérée en décidant que « la chambre d'accusation qui annule une partie des actes d'instruction ne peut qu'appliquer les prescriptions de l'article 173 du CPP et ne peut donc se borner à ordonner leur cancellation ». Une décision ultérieure allait dans le même sens, tout en réservant la possibilité d'une exception si une circonstance de la

---

<sup>953</sup> Crim. 18 mars 1976, Bull. crim. n° 101.

procédure – comme l’absence de recours de certains des inculpés - s’y opposait. Ce revirement de jurisprudence, qui présentait l’inconvénient pratique d’exclure du dossier des actes d’instruction dans leur totalité et donc même de leurs parties saines, avait l’avantage d’être plus fidèle à la lettre du texte et à ses rédacteurs qui avaient entendu retenir une sanction plus radicale des irrégularités de l’instruction.

La pratique des juridictions d’instruction qui consistait à rayer certaines parties d’un texte pour le supprimer a désormais force de loi. Mettant fin aux hésitations de la Cour de cassation, le nouvel article 174 alinéa 3 du CPP issu des lois de 1993 admet aujourd’hui expressément la cancellation des actes partiellement annulés (une copie certifiée conforme à l’original en étant conservée au greffe de la cour d’appel). On ne peut que se réjouir d’une telle disposition, très utile en cas d’annulation partielle puisqu’elle permet de contourner le principe du retrait de l’acte annulé. Ainsi, un acte concernant plusieurs personnes mais dont la nullité n’intéresse qu’une seule d’entre elles peut être conservé au dossier, avec effacement des passages annulés ; étant entendu qu’aucun renseignement ne pourra en être tiré contre les parties bénéficiaires de la nullité. Il en serait toutefois autrement si la Cour de cassation décidait que l’annulation qu’elle prononce aurait effet à l’égard des parties qui ne s’étaient pas pourvues devant elle (article 612-1 du CPP). En pareil cas, l’acte nul serait définitivement retiré du dossier

## Conclusion du Chapitre I

### 327. Distinction entre les nullités textuelles et les nullités substantielles.

S'agissant de l'évolution concernant les cas de nullités de l'enquête et de l'instruction, nous pouvons dire que son régime a été stabilisé depuis la promulgation de la loi du 24 août 1993. Aujourd'hui, en droit positif, les nullités textuelles sont éparses dans le CPP. S'agissant de l'enquête et de l'instruction des affaires ordinaires, le CPP a institué des nullités textuelles, d'une part pour les perquisitions, fouilles corporelles et saisies, d'autre part pour vérification d'identité, enfin pour les écoutes téléphoniques portant sur la ligne d'un avocat sans que le bâtonnier en ait été informé. Les nullités substantielles sont consacrées par les articles 171 et 802. Malgré l'imprécision de la notion de « formalité(s) substantielle(s) », on distingue aujourd'hui deux types de formalités substantielles sur la base de l'ancienne jurisprudence et de ces textes.

**328. Nullités substantielles et l'ordre public.** D'abord, les formes qui touchent à l'ordre public sont substantielles. Ces formes sont non seulement protectrices des intérêts des parties, mais également relatives aux intérêts supérieurs de l'organisation judiciaire. Ainsi, même s'il n'y a pas atteinte aux droits de la défense, les nullités d'ordre public doivent être relevées. Certaines irrégularités sont considérées par la jurisprudence comme étant des causes de nullités d'ordre public : l'incompétence du juge d'instruction<sup>954</sup>, l'irrégularité en la forme du réquisitoire introductif ou supplétif<sup>955</sup>, le dépassement de saisine<sup>956</sup>, la confusion des fonctions de poursuite et d'instruction, la partialité du juge d'instruction, l'irrégularité de la nomination du juge d'instruction<sup>957</sup>, l'omission de prestation de serment de l'expert ou de l'interprète<sup>958</sup>, la méconnaissance de la compétence des OPJ<sup>959</sup>, l'exécution d'un acte d'investigation par un OPJ sans l'autorisation préalable du procureur de la République requise par la loi<sup>960</sup>. Dans les cas précités, l'exigence du grief n'est pas nécessaire. Mais au-delà de ces cas, la démonstration du grief est exigée. Un certain nombre d'irrégularité affectant des règles établies dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice dont la violation n'entraîne l'annulation de procédure que si elle a causé un grief, par exemple, l'absence d'assistance du greffier lors de l'établissement d'un procès-verbal de saisie<sup>961</sup>, l'absence de motivation du défaut de comparution personnelle d'un expert ayant prêté serment par écrit<sup>962</sup>, le défaut de prestation de serment du témoin<sup>963</sup>.

<sup>954</sup> Crim. 4 déc. 1952, B. n° 290 ; crim. 6 juill. 1955, B. n° 339.

<sup>955</sup> Crim. 23 avr. 1971, B. n° 115.

<sup>956</sup> Crim. 23 janv. 1979, B. n° 29.

<sup>957</sup> Crim. 15 juin 1982, B. n° 161.

<sup>958</sup> Crim. 2 févr. 1977, B. n° 42.

<sup>959</sup> Crim. 20 déc. 1972, B. n° 395.

<sup>960</sup> Crim. 14 oct. 2003, B. n°187, à propos de la réquisition prévue par l'article 77-1 CPP ; crim. 1<sup>er</sup> sept. 2005, B. n°211, D. 2005, IR, 2549 ; JCP 2005, IV, 3190 ; AJP 2005, 419 ; Dr. pén. 2005, comm. 184, à propos de la réquisition prévue par l'article 77-1-1, al. 1<sup>er</sup>.

<sup>961</sup> Crim. 26 sept. 1986, B. n° 259.

<sup>962</sup> Crim. 14 nov. 1991, B. n° 410.

<sup>963</sup> Crim. 31 mars 1981, B. n° 110 ; crim. 22 mars 1983, B. n° 87 ; crim. 2 oct. 1990, B. n° 237.

**329. Nullités substantielles et les droits de la défense.** Ensuite, les formes dont l'omission porterait atteinte aux droits de la défense sont également substantielles. Ici, il s'agit de nullités d'ordre privé. La Chambre criminelle estime que la nullité ne peut être prononcée que s'il a été effectivement porté préjudice aux intérêts de la défense, ce qui implique une appréciation cas par cas. Ainsi, l'effectivité du grief est un enjeu en cas du prononcé de nullités d'ordre privé. Pour certains auteurs, afin d'éviter tout arbitraire et une incertitude, la Chambre criminelle aurait sans doute mieux fait d'établir une fois pour toutes une liste des formalités dont la violation présumée grave entraînerait automatiquement la nullité<sup>964</sup>. Mais il nous semble qu'il soit impossible d'établir une liste exhaustive. Actuellement, on voit que la Chambre criminelle estime que la réglementation en matière de garde à vue doit être appliquée avec une grande rigueur. Ainsi, sont sanctionnées par la nullités les irrégularités affectant cette mesure : le dépassement de la durée légale de privation de liberté<sup>965</sup> ; le placement tardif en garde à vue d'une personne retenue sous la contrainte<sup>966</sup> ; la notification tardive de ses droits à la personne placée en garde à vue<sup>967</sup> ; l'information tardive du procureur de la République ou du juge d'instruction en cas de placement en garde à vue<sup>968</sup> ; la prolongation de la garde à vue d'un mineur sans présentation préalable au magistrat<sup>969</sup> ; la prolongation d'une garde à vue sans décision écrite et motivée justifiant l'absence de présentation préalable<sup>970</sup> ; le défaut d'enregistrement des interrogatoires de mineurs placés en garde à vue<sup>971</sup> ; l'audition d'une personne mise en examen sous serment<sup>972</sup> ; la violation du principe d'inviolabilité des correspondances entre la personne mise en examen et son avocat<sup>973</sup> ; l'utilisation de procédés contraires aux prescriptions légales sur le mode d'administration des preuves et de nature à compromettre, par leur nature même, l'exercice des droits de la défense (machination de nature à déterminer les agissements délictueux, audition d'un témoin sous hypnose, audition par un psychologue conseil sous couvert d'expertise)<sup>974</sup> ; et la désignation d'un expert unique en matière de fraude et falsification dans un cas où la loi impose la désignation de deux experts<sup>975</sup>. En matière de perquisition nocturne, la Chambre criminelle prend également une position stricte.

**330. Rôle de jurisprudence.** À propos des cas de nullités substantielles, il est donc vrai que le rôle du législateur était remplacé par celui de la jurisprudence. Dans certains cas, la jurisprudence sur les nullités substantielles est hésitante. C'est la raison pour laquelle l'incertitude des cas de nullités substantielles est parfois manifeste. Cela

---

<sup>964</sup> Jean Pradel, *Procédure pénale*, préc., p. 755.

<sup>965</sup> Crim. 13 févr. 1996, B. n° 74 ; crim. 17 mars 2004, B. n° 69.

<sup>966</sup> Crim. 6 mai 2003, B. n° 93.

<sup>967</sup> Crim. 4 janv. 1996, B. n° 5 ; crim. 30 avr. 1996, B. n° 182 ; crim. 18 juin 1998, B. n° 200 ; crim. 10 mai 2000, B. n° 182.

<sup>968</sup> Crim. 29 févr. 2000, B. n° 92 ; crim. 10 mai 2001, B. n° 119 ; crim. 2 févr. 2005, B. n° 41.

<sup>969</sup> Crim. 13 oct. 1998, B. n° 259.

<sup>970</sup> Crim. 9 mai 2001, B. n° 115.

<sup>971</sup> Crim. 3 avr. 2007, B. n° 104 ; crim. 12 juin 2007, B. n° 155.

<sup>972</sup> Crim. 6 janv. 1923, S. 1923, 1, p.185, note Roux ; crim. 10 avr. 1959, B. n° 205 ; crim. 19 juin 1990, B. n° 252.

<sup>973</sup> Crim. 12 mars 1992, B. n° 112 ; crim. 15 janv. 1997, B. n° 14.

<sup>974</sup> Crim. 27 févr. 1996, B. n° 93 ; crim. 12 déc. 2000, B. n° 369 ; crim. 28 nov. 2001, B. n° 248.

<sup>975</sup> Crim. 19 juin 2007, B. n° 168.

reflète dans certaines mesures la souplesse de ce régime. Cependant, la mise en œuvre des nullités de l'enquête et de l'instruction permet de manifester sa rigidité.

**331. Mise en œuvre des nullités de l'instruction et de l'enquête.** À travers les analyses précitées, nous pouvons dire que les quatre questions concernant la mise en œuvre des nullités de l'instruction et de l'enquête étaient toujours en cours d'évolution. Tout d'abord, le droit de la demande des nullités était réservé aux autorités judiciaires dans un premier temps, et puis ouvert aux parties privées lors de la promulgation de la loi du 4 janvier 1993. Cette réforme permet effectivement de renforcer la participation des parties privées dans la procédure pénale, mais conduit également à leur abus du droit de la demande des nullités et en conséquence à faire obstacle à la procédure. C'est la raison pour laquelle le législateur a créé les mécanismes de « purge » depuis la loi du 4 janvier 1993, malgré plusieurs retouches du délai de forclusion dans les lois successives. Désormais, la plupart des contentieux des nullités de l'instruction sont demandés dans la phase d'avant-procès. Il est donc logique que la chambre de l'instruction ait la compétence quasi-exclusive sur les nullités d'instruction ; au contraire, les juridictions du jugement ont la compétence résiduelle dans ce domaine. Concernant les prononcés des nullités d'instruction, le législateur confère en effet aux juges répressifs une grande marge de manœuvre, sauf dans les cas des nullités textuelles éparses dans le CPP. C'est le même cas pour l'appréciation de l'étendue de l'annulation. Néanmoins, il ne faut pas exagérer l'arbitraire des juges répressives, car la jurisprudence établit un critère d'appréciation : pour le prononcé des nullités, c'est le critère de « l'effectivité du grief » ; pour l'étendue des nullités, c'est le critère du « rapport nécessaire et exclusif » entre les actes annulés et les autres actes. Nous concluons donc que les nullités de l'instruction et de l'enquête n'ont pas été basées sur la logique mais sur l'expérience. En réalité, cela donne la flexibilité et le dynamisme du régime de la sanction procédurale en droit français, permettant de poursuivre l'intérêt particulier en matière pénale : la manifestation de la vérité.



## Chapitre II. L'exclusion des preuves à travers la règle d'exclusion de la preuve illégale en Chine

**332. Questions étudiées et contexte.** Par rapport à la France, la question de l'exclusion des preuves a tardivement attiré l'attention du législateur chinois. Dans la première partie, on a déjà évoqué l'introduction de la règle d'exclusion de la preuve illégale dans la loi chinoise. Ici, il convient de rappeler que cette règle est apparue dans un premier temps dans deux textes sur la preuve pénale édictés par les organes judiciaires en 2010, et puis qu'elle a été insérée dans la Loi de Procédure Pénale de 2012. Puisque la règle d'exclusion de la preuve illégale en Chine est en cours d'établissement, il est impossible d'étudier son évolution historique comme l'on a fait dans le chapitre précédent. Cependant, il est possible de l'analyser dans une perspective empirique, en continuant à se focaliser sur les deux questions suivantes : les cas d'exclusion des preuves et les modalités de l'exclusion des preuves.

Avant tout, il faut souligner le contexte actuel. Le 17 juin 2017, les cinq organes (la Cour suprême, le Parquet suprême, le ministère de la sécurité publique, le ministère de la sécurité de l'État, le ministère de la justice) ont conjointement promulgué un texte intitulé « Dispositions concernant plusieurs questions relatives à l'exclusion stricte des preuves recueillies illégalement dans les affaires pénales » (appelé ci-dessous le texte 2017). Au sens large, le texte 2017 est un texte d'interprétation des lois. Ce texte contient 42 articles, qui précisent, en se basant sur la loi de la procédure pénale et ses interprétations, l'étendue et les modalités de leur exclusion dans les phases d'avant-procès et de jugement. De plus, ce texte s'est également basé sur les expériences de la pratique judiciaire. En ce sens, il peut, dans une certaine mesure, être considéré comme une jurisprudence. Politiquement, le texte 2017 a été approuvé par le congrès de l'approfondissement de la réforme dirigé par le président Xi Jinping. Cela illustre que le gouvernement chinois et le parti communiste chinois attachent de l'importance à la règle d'exclusion de la preuve illégale. Il n'est donc pas surprenant que de nombreux juristes fassent l'éloge de ce texte<sup>976</sup>. Ce texte occupe certainement une place très importante dans l'évolution de la règle d'exclusion des preuves illégales en Chine. Mais rationnellement, il est également nécessaire de réfléchir à ses limites. Après tout, pour étudier les cas d'exclusion des preuves (**section I**) et la mise en œuvre de l'exclusion des preuves (**section II**), il est nécessaire de connaître ce nouveau texte.

---

<sup>976</sup> Chen Guangzhong (陈光中), « Commentaire sur la réglementation sur le renforcement d'exclusion de la preuve illégale dans les affaires pénales » (“对《严格排除非法证据规定》的几点个人理解”), in *Revue des sciences criminelles* (《中国刑事法杂志》), 2017, n° 8 ; Bian Jianlin (卞建林), « L'évolution nouvelle de la règle d'exclusion des preuves illégales en Chine » (“我国非法证据的新发展”), in *Revue des sciences criminelles* (《中国刑事法杂志》), 2017, n° 4 ; Chen Weidong (陈卫东), « Les nouvelles opportunités du parquet sous le contexte la promulgation de la réglementation sur le renforcement d'exclusion de la preuve illégale dans les affaires pénales » (“《严格排除非法证据规定》下的检察发展新机遇”), in *Revue des sciences criminelles* (《中国刑事法杂志》), 2017, n° 8.

## Section I. Les cas d'exclusion des preuves

**333. Décalage entre théorie et pratique.** Textuellement, les preuves testimoniales obtenues par tout moyen illégal doivent être exclues du dossier de la procédure pénale ; les preuves matérielles ou écrites obtenues par tout moyen illégale doivent également en être exclues, sauf lorsque les enquêteurs peuvent rectifier les éléments illégaux ou en expliquer les raisons (art. 54 de LPP). Mais, dans la pratique judiciaire, cette disposition n'est pas strictement appliquée. D'un côté, les organes juridiques sont hostiles à l'exclusion des preuves illégales. Et d'un autre côté, l'imprécision de l'article permet une grande liberté d'interprétation. Ainsi, pour connaître les cas d'exclusion des preuves, il ne suffit pas d'analyser les textes. Il est tout d'abord nécessaire d'étudier dans quels cas les organes juridiques prononcent des exclusions des preuves depuis 2010 (§ 1), et puis d'aborder les cas de prononcé d'exclusion des preuves prévus par le nouveau texte de 2017 (§ 2).

### § 1. Le prononcé d'exclusion des preuves depuis 2010

**334. Recherche empirique.** Dans quels cas les organes judiciaires prononcent-ils l'exclusion des preuves en pratique ? Pour répondre à cette question, il faut faire une recherche empirique. En Chine, à cause de l'absence de publication des informations judiciaires, la qualité de chercheur a été l'une des conditions pour faire la recherche empirique. Soit le chercheur travaille ou fait un stage dans les organes judiciaires, soit il travaille en coopération avec les magistrats ou les officiers de la police judiciaire, soit il a une relation intime avec l'un de ces derniers. Il rassemble ses matériaux soit à travers des entretiens avec les magistrats ou les officiers de la police judiciaire, soit par la demande des rapports non-publiés d'un Cour, d'un parquet ou d'un organe de la police. Il est évident que cette recherche ne peut illustrer qu'une partie de la situation de l'application des lois, c'est-à-dire qu'on ne peut pas voir son panorama. Heureusement, les conditions de la recherche empirique en Chine s'améliore. En 2009, afin de renforcer la transparence des informations judiciaires, la Cour suprême a appelé tous les tribunaux à mettre en ligne leurs jugements sur une plate-forme nommée « les jugements des affaires en Chine ». Et depuis 2013, ces travaux deviennent obligatoires pour tous les tribunaux. Grâce à cette mesure, nous avons un libre accès aux jugements sur la plate-forme, pour ensuite analyser dans quels cas les juges prononcent l'exclusion des preuves. Néanmoins, le prononcé d'exclusion des preuves a lieu non seulement dans la phase du jugement (A), mais aussi dans la phase d'avant-procès (l'enquête et la poursuite) (B). Pour cette dernière, il est difficile d'obtenir des informations publiques. Nous ne pouvons connaître la situation du prononcé d'exclusion des preuves que par des entretiens avec les enquêteurs, les procureurs et les avocats, ou par les rapports non-publié.

#### A. La phase du jugement

**335. Références.** Pour connaître le prononcé d'exclusion des preuves dans la phase du jugement, nous allons analyser les jugements concernant l'exclusion des

preuves illégales sur la plate-forme de « jugements des affaires en Chine »<sup>977</sup>. On dénombre 228 jugements concernant l'exclusion des preuves illégales depuis 2010. À travers ces jugements, nous allons voir quelques caractéristiques du système d'exclusion des preuves illégales. Il s'agit d'une part de la demande d'exclusion des preuves illégales (1), et d'autre part, des solutions des tribunaux (2).

### 1. La demande d'exclusion des preuves illégales

**336. Crimes concernées.** La demande d'exclusion des preuves illégales concerne les crimes suivants (cf. tableau 2.1) : le pot-de-vin (27,63%), le trafic de stupéfiants (17,98 %), le vol (10,08%), le vol avec violences graves (7,89%), les coups et blessures (4,39%), l'escroquerie (3,95%), la corruption (3,51%), le viol (2,63%), etc. En somme, il s'agit principalement de quatre sortes des crimes (82%) : crimes concernant un officier public ou un fonctionnaire (35,08%), crimes concernant les stupéfiants (17,98%), crimes contre les biens (21,92%), crimes contre les personnes (7,02%).

**Tableau 2.1 : Affaires concernant l'exclusion des preuves illégales**

Types des infractions	Quantité	Pourcentage
Le pot-de-vin	63	27,63
Le trafic de stupéfiants	32	14,04
Le vol	23	10,08
Le vol avec violences graves	18	7,89
Les coups et blessures	10	4,39
L'escroquerie	9	3,95
La corruption	8	3,51
Le viol	6	2,63
La stimulation des disputes et la provocation des troubles	5	2,19
La détention des stupéfiants	4	1,75
Le transport des stupéfiants	4	1,75
Les autres	46	20,17
Au total	228	100,00

**337. Moyens des preuves concernées.** Selon le tableau 2.2, presque 80% des demandes visent à l'exclusion des aveux des suspects ; environ 9% des demandes visent à l'exclusion des témoignages ; les demandes d'exclusion des déclarations des

<sup>977</sup> <http://www.court.gov.cn/zgcpwsw/>

victimes, des preuves écrites ou des preuves matérielles sont moins de 3%. Ainsi, la plupart des demandes touchent aux aveux et aux témoignages ; les cas de la demande d'exclusion des preuves écrites ou matérielles sont en pratique très rares.

**Tableau 2.2 : Moyens des preuves demandés à l'exclusion**

Moyens des preuves	Quantité des affaires	Pourcentage
Aveux des suspects	181	79,38
Témoignages	21	9,21
Expertises	14	6,14
Procès-verbaux de l'identification	9	3,95
Preuves écrites	5	2,19
Preuves matérielles	2	0,88
Déclarations des victimes	2	0,88
Données audiovisuelles	1	0,44
Les autres	21	9,21

**338. Motifs de la demande d'exclusion des preuves.** Comme indiqué dans le tableau 2.3, lorsque les prévenus et leurs avocats demandent à exclure des preuves, ils invoquent plusieurs motifs. Parmi les demandes d'exclusion des aveux, 50,82% des motifs portent sur des tortures, 30% concernent des menaces ou des tromperies. Parmi les demandes d'exclusion des témoignages, 57% des motifs portent sur des menaces ou des tromperies, 24% des motifs concernent la détention ou les violences. Ainsi, la plupart des motifs de la demande sont les traitements les tortures, les violences, les menaces ou les tromperies.

**Tableau 2.3 : Motifs de la demande d'exclusion des preuves illégales**

Moyens des preuves	quantité	Motifs de la demande et quantité des affaires
Aveux	181	Tortures (88)
		Tortures détournées (4)
		Tromperies (33)
		Menaces (23)
		Fatigue (10)
		Interrogatoire à l'extérieur du centre de la détention (6)

		Absence enregistrement audiovisuelle (6)
		Absence de communication des procès-verbaux de l'interrogatoire aux prévenus (6)
		Détention illégale (5)
		Falsification des procès-verbaux de l'interrogatoire (5)
		L'illégalité du rédacteur des procès-verbaux de l'interrogatoire (4)
		Motifs non précisés (22)
Témoignages	21	Tromperies (7)
		Menaces (5)
		Détention illégales (3)
		Violences (2)
		L'illégalité du rédacteur des procès-verbaux des témoignages (2)
		Obtention des témoignages avant l'ouverture d'un dossier pour investigation (2)
		Absence de date dans les procès-verbaux des témoignages (1)
		Absence des représentants légaux des témoins mineurs (1)
		Motifs non précisés (6)

## 2. Les solutions des tribunaux

**339. Cinq solutions.** Comme indiqué dans le tableau 2.4, sur les 228 jugements, à 187 reprises, le tribunal a décidé de ne pas exclure les preuves ; pour 19 jugements, le tribunal a décidé d'exclure des preuves ; pour 2 jugements que le tribunal n'a pas considéré les preuves contestées comme le fondement de condamnation ; dans les 3 autres affaires, le tribunal a décidé de renvoyer l'affaire au tribunal de première instance pour qu'elle soit rejugée ; dans les 17 autres jugements, le tribunal ne donne aucune réponse à la demande d'exclusion des preuves illégales. Ainsi, les cas d'exclusion des preuves sont en fait très peu nombreux.

**Tableau 2.4 : Solutions des tribunaux**

Solutions	Quantité	Pourcentage
Aucune réponse	17	7,46
Exclusion des preuves	19	9,21
Non-exclusion des preuves	187	82,03
Ne considère pas les preuves comme le fondement de condamnation	2	0,87
Renvoi pour rejuger	3	1,31
Au total	228	100,00

**340. Motifs de non-exclusion des preuves.** Comme indiqué dans le tableau 2.5, les décisions des tribunaux de ne pas exclure les preuves se basent sur plusieurs motifs. En résumé, ces motifs peuvent être classés en quatre catégories. En premier lieu (environ 11% affaires), les juges répressifs estiment que les preuves intéressées ne sont pas obtenues par un moyen illégal. En deuxième lieu (environ 6% affaires), les prévenus ou leurs avocats ne peuvent pas fournir d'indices ou de données sur le recours à un moyen illégal d'obtention de preuves. En troisième lieu (environ 4,8% affaires), les tribunaux reconnaissent la non-conformité des actes d'enquête, mais attestent en même temps que l'enquêteur les a déjà rectifiés ou donné une explication raisonnable. On considère ce motif comme une stratégie des tribunaux afin d'empêcher l'exclusion des preuves. Enfin, dans plus de 50% des jugements, les éléments que le parquet fournit aux tribunaux permet de prouver la légalité de recueil des preuves.

**Tableau 2.5 : Motifs de non-exclusion des preuves**

Motifs	quantité	pourcentage
Les preuves que le parquet fournit aux tribunaux permet de prouver la légalité des actes de recueil des preuves.	98	52,41
En termes généraux, « aucune élément ne permet de prouver la illégalité des actes de recueil des preuves ».	25	13,37
En termes généraux, « les actes de recueil des preuves sont conformes à la loi ».	19	10,16
Les preuves mises en cause ne sont pas obtenues par un moyen illégal.	15	8,02
les prévenus ou leurs avocats ne peuvent pas fournir d'indices ou de données sur l'illégalité du recueil des preuves.	12	6,42
La non-conformité des actes du recueil des preuves n'influence pas l'objectivité des preuves.	9	4,81
Les actes d'enquête sont légaux.	6	3,21
Les preuves à charge proposées par le parquet	4	2,14

ne sont pas les preuves mises en cause.		
Les accusés n'ont pas demandé l'exclusion des preuves illégales avant l'audience.	1	0,53

**341. Cas d'exclusion des preuves.** Parmi ces 228 jugements concernant les contentieux d'exclusion des preuves illégales, 19 décisions portent sur le prononcé d'exclusion des preuves illégales (17 concernent l'exclusion des aveux, 1 concernent l'exclusion des expertises, 1 concerne l'exclusion des aveux et des procès-verbaux de l'identification). Ainsi, les aveux sont les principaux motifs d'exclusion. Plus précisément, les juges préfèrent d'exclure les aveux dans les situations suivantes. Tout d'abord, lorsqu'il n'y a pas des preuves fiables pour prouver la légalité des actes d'obtention des aveux, les procès-verbaux d'interrogatoire réalisés en dehors du centre de la détention sont exclus. Ensuite, si la falsification des procès-verbaux peut être prouvée et influence la véracité des aveux, ces procès-verbaux sont être exclus. Enfin, si l'on peut prouver que les aveux sont obtenus par la torture, ces aveux sont aisément exclus.

Il est évident que les cas de prononcé d'exclusion des preuves dans la phase du jugement sont très rares (19/228, ou environ 8.3%). Est-ce que c'est la même situation dans la phase d'avant-procès ?

## B. La phase d'avant-procès

**342. Différence entre l'enquête et la poursuite.** La Loi de Procédure Pénale stipule que les accusés peuvent demander à exclure des preuves illégales dans toutes les phases de la procédure, c'est-à-dire, non seulement dans la phase du jugement, mais aussi dans celle d'avant-procès. Cette dernière inclut deux étapes : l'enquête et la poursuite. En fait, il y a peu de cas de prononcé d'exclusion des preuves illégales au cours de l'enquête, car l'officier de police judiciaire n'a pas de motivation pour exclure activement les preuves recueillies par lui-même. Néanmoins, selon la Constitution chinoise et la Loi de Procédure Pénale, le parquet est un organe judiciaire chargé de la surveillance de l'application de la loi. Ainsi, il assume la responsabilité d'examiner si les preuves sont obtenues par des moyens légaux. Donc, par rapport à l'officier de police judiciaire, le procureur a une motivation plus forte pour prononcer l'exclusion des preuves illégales. De ce fait, les cas de prononcé d'exclusion des preuves illégales au cours de la poursuite sont plus fréquents que ceux pendant l'enquête. C'est la raison pour laquelle nous nous focaliserons sur les cas où le parquet prononce l'exclusion des preuves illégales.

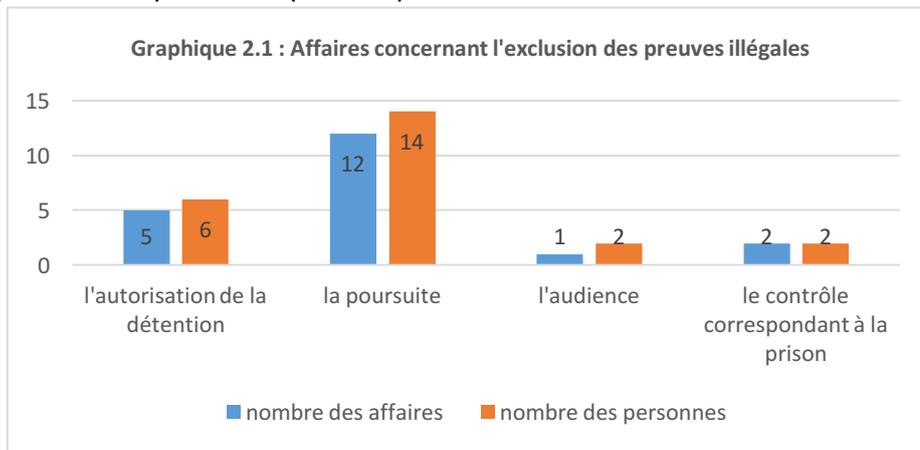
**343. Méthodes de l'étude.** Puisqu'il n'existe aucun rapport officiel présentant la mise en œuvre de la règle d'exclusion des preuves illégales, nous ne pouvons le savoir que par la façon de l'investigation personnelle. Nous avons réalisé cette investigation dans un parquet à Pékin à travers trois méthodes. La première méthode consiste à analyser les documents conservés dans les archives du parquet, des dossiers stockés sur le système de la gestion des affaires, les rapports annuels du parquet, les informations sur l'intranet du parquet. La deuxième méthode consiste à interviewer les procureurs qui ont traité les affaires d'exclusion des preuves illégales. Ces

entretiens portent sur cinq points : les types des preuves illégales, les voies de découverte des preuves illégales, les solutions, l'effet de l'exclusion des preuves et les problèmes au cours de l'exclusion des preuves illégales. La troisième méthode porte sur un questionnaire qui concerne quatre moyens des preuves. Dans cette section, nous allons étudier les types des preuves obtenues par des moyens illégaux (1) et les solutions des magistrats (2).

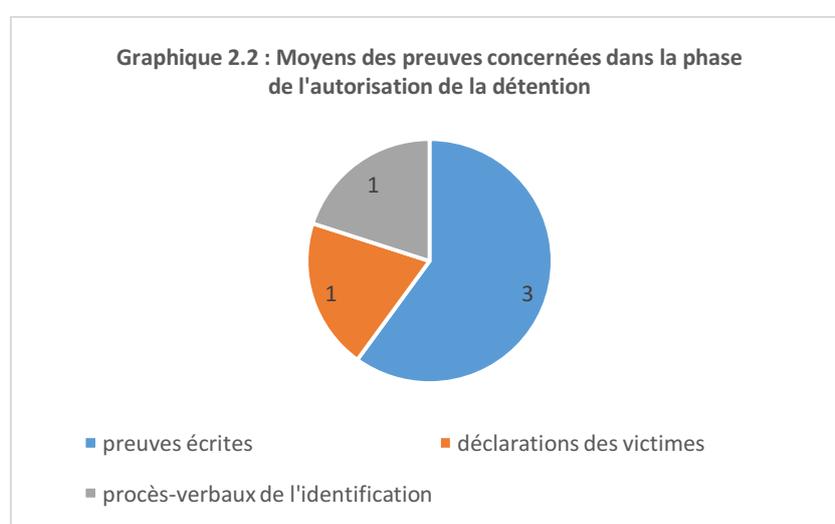
### 1. Types des preuves obtenues par des moyens illégaux

**344. Nombre d'affaires concernant l'exclusion des preuves illégales.** Dans un parquet chinois, il y a trois secteurs : le secteur d'enquête et du contrôle, le secteur de la poursuite, le secteur de correspondant du centre de la détention ou de la prison. Le secteur d'enquête et du contrôle est chargé, d'une part, d'enquêter sur les affaires de corruption, et d'autre part, d'autoriser la détention des suspects. Le secteur de la poursuite prend les actes par lesquels le ministère public exerce l'action publique. Le secteur de correspondant du centre de la détention ou de la prison assume la responsabilité du contrôle de la légalité des mesures d'incarcération. En 2013, dans le ministère public du district Dong cheng à Pékin, le premier secteur a traité 1 337 affaires, dont 5 soit 0,37% des affaires concernant l'exclusion des preuves illégales ; le deuxième secteur a traité 1 449 affaires, dont 12 ou 0,83% des affaires concernant l'exclusion des preuves illégales ; le troisième secteur a traité 53 affaires, dont 2 ou 3,77% impliquant l'exclusion des preuves illégales.

Comme indiqué dans le graphique 2.1, au cours de l'autorisation de la détention et dans la phase de filtrage des poursuites, les affaires concernant l'exclusion des preuves illégales sont beaucoup plus nombreuses que dans les deux autres phases. Et le nombre des affaires concernant l'exclusion des preuves illégales dans la phase de filtrage des poursuites est le plus élevé. Deux raisons peuvent illustrer ce phénomène. Premièrement, le délai pour traiter l'autorisation de la détention est de 7 jours ouvrables. C'est difficile pour le procureur d'apprécier si les preuves doivent être exclues dans un délai si court. Deuxièmement, pendant l'autorisation de la détention, le niveau d'exigence pour la démonstration est inférieur à celui de la phase de filtrage des poursuites. C'est-à-dire que dans cette dernière phase, le magistrat est plus strict lorsqu'il apprécie la légalité des moyens de preuve, et le nombre de cas d'exclusion des preuves est par conséquent le plus élevé.



**345. Moyens de preuve et manifestations de l'illégalité.** Selon le graphique 2.2, dans la phase de l'autorisation de la détention, les moyens de preuve concernés sont les preuves écrites, les déclarations des victimes et les procès-verbaux d'identification. En effet, les juristes chinois se distinguent les preuves illégales des preuves défectueuses<sup>978</sup>. Cette distinction provient des lois et de leur interprétation. Cette distinction se base sur le degré de violation de la loi. La preuve illégale est obtenue par un moyen portant atteinte aux droits fondamentaux, par exemple, les aveux obtenus par la torture, les témoignages ou les déclarations des victimes obtenues par des violences ou des menaces. La preuve défectueuse est obtenue par un moyen qui viole les modalités de recueil prévues par la loi et influence probablement l'impartialité de la justice. Ici, tous ces éléments des preuves appartiennent aux preuves défectueuses.

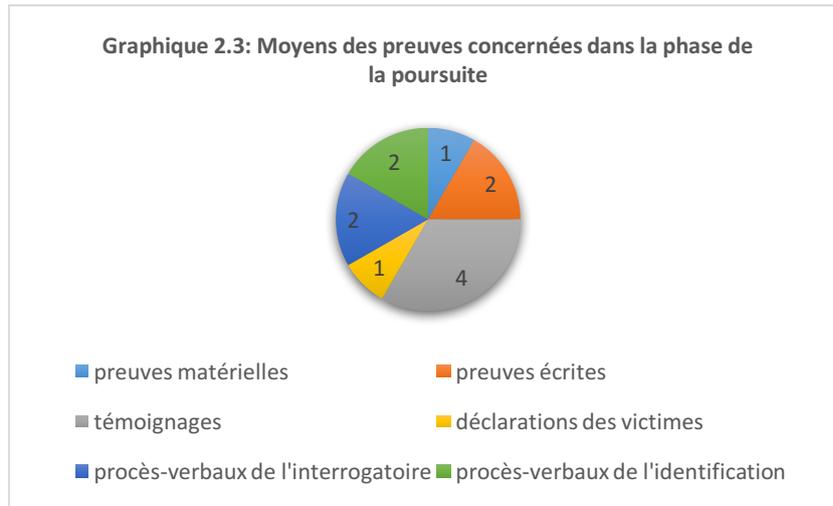


Moyens des preuves	Manifestations de l'illégalité
Preuves écrites (3)	Nombre des objets saisis non précisé
	Absence de mention dans les procès-verbaux du lieu où se trouvent les objets perquisitionnés et de leur nombre
	Absence de mention dans les procès-verbaux du processus complet de perquisition
Déclarations des victimes (1)	Absence du représentant légal lors de l'interrogatoire de victimes mineures ou absence de signature du tuteur dans le procès-verbal de l'interrogatoire

<sup>978</sup> Wang Yingjie (王英杰), « La distinction entre la preuve défectueuse et la preuve illégales » ( “瑕疵证据与非法证据之间的区别” ), in *Journal du ministère public* ( 《检察日报》 ), 2014 ; Wan Yi (万毅), « Étude sur la preuve défectueuse » ( 《论瑕疵证据》 ), in *Recherche du droit et de la commerce* ( 《法商研究》 ), 2011, n° 5.

Procès-verbaux d'identification (1)	L'illégalité du statut du témoins
-------------------------------------	-----------------------------------

Selon le graphique 2.3, dans la phase de la poursuite, les moyens de preuve concernés sont les preuves matérielles, les preuves écrites, les témoignages, les déclarations des victimes, les aveux des suspects et les procès-verbaux de l'identification. 3 témoignages écrites non confirmées par les témoins et 1 procès-verbal de l'interrogatoire indiquant les violences des enquêteurs sont des preuves illégales. Les 8 autres appartiennent aux preuves défectueuses.



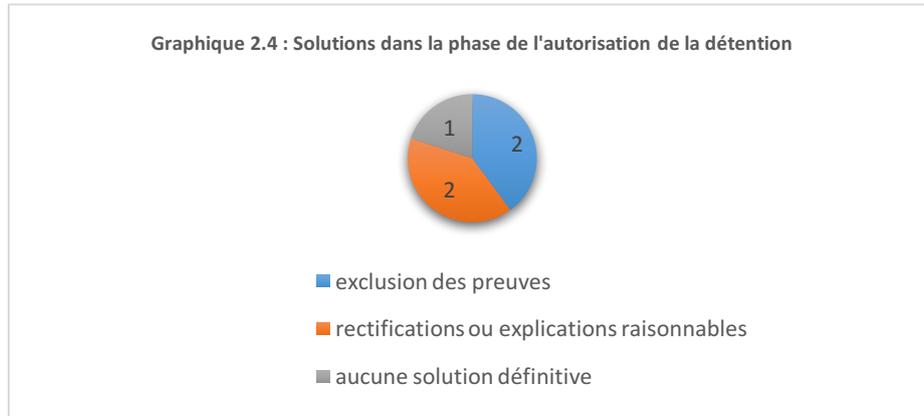
Moyens des preuves	Manifestations de l'illégalité
Preuves matérielles (1)	L'impossibilité d'identifier le butin
Preuves écrites (2)	Absence ou falsification des signatures des victimes
Témoignages (4)	Absence ou falsification des signatures des témoins dans les procès-verbaux des témoignages
	Absence du représentant légal lors de l'interrogatoire des témoins mineurs ou absence de signature de leur tuteur dans les procès-verbaux des témoignages (1)
Déclarations des victimes (1)	Absence du représentant légal lors de l'interrogatoire des victimes mineures ou absence de signature du tuteur dans les procès-verbaux d'interrogatoire
Procès-verbaux d'interrogatoire (2)	Usage de la violence par les enquêteurs
	Absence de signature des enquêteurs dans les procès-verbaux d'interrogatoire
Procès-verbaux d'identification (2)	Identification et interrogatoire réalisée par les mêmes enquêteurs
	Falsification des signatures des témoins dans les procès-verbaux d'identification

Dans les affaires saisies par le secteur de correspondant du centre de la détention ou de la prison, le moyen de preuve concernées est exclusivement l’aveu du suspect. L’aveu est illégal à cause de l’usage de la violence par les enquêteurs pendant l’interrogatoire.

## 2. Solutions des magistrats

**346. Quatre possibilités.** Après avoir examiné les actes de recueil des preuves et apprécié leur légalité, les magistrats peuvent rendre leurs décisions. Trois sortes de solutions sont possibles. En premier lieu, ils concluent que les preuves sont obtenues par un moyen illégal et en conséquence les excluent du dossier de la procédure pénale. En deuxième lieu, ils estiment que les actes de recueil des preuves sont conformes à la loi. En troisième lieu, ils confirment que les preuves sont non-conformes, mais autorisent leur utilisation si les enquêteurs expliquent raisonnablement leur non-conformité ou renouvèlent le recueil des preuves de la façon légale. Enfin, il existe également des cas dans lesquels les magistrats ne rendent aucune solution définitive. Cette analyse se base toujours sur l’exemple du ministère public du district Dong cheng à Pékin.

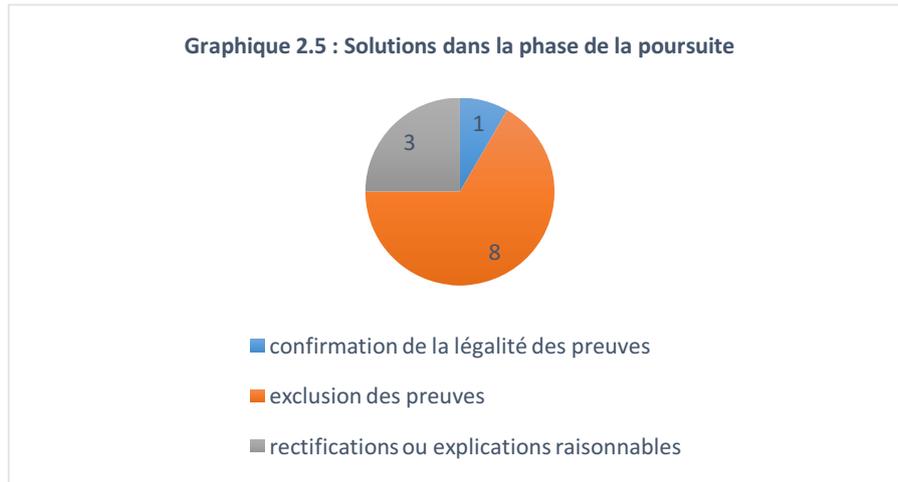
**347. Phase de l’autorisation de la détention.** Comme indiqué dans le graphique 2.4, le secteur de l’enquête et du contrôle a traité 5 affaires concernant d’exclusion de preuves. Dans 2 affaires, le parquet a décidé d’exclure les preuves ; dans 2 autres, les enquêteurs ont raisonnablement expliqué la non-conformité des preuves ou refait les actes de recueil de façon légale ; dans une affaire, le parquet n’a pas rendu de solution.



Manifestations de l’illégalité des preuves	solutions
Absence de précision du nombre d’objets saisis	Rectifications ou explications raisonnables
Absence de mention dans les procès-verbaux du lieu où se trouvent les objets perquisitionnés et de leur nombre	Rectifications ou explications raisonnables
Absence de mention dans les procès-verbaux du processus complet de perquisition	Absence solution
Absence du représentant légal lors de l’interrogatoire	Exclusion

des victimes mineures ou absence de signature de son tuteur dans le procès-verbaux de l'interrogatoire	
L'illégalité du statut du témoins	Exclusion

**348. Phase de la poursuite.** Comme représenté dans le graphique 2.5, le secteur de la poursuite a traité 12 affaires d'exclusion des preuves. Dans une affaire, le parquet a confirmé la légalité des actes d'obtention des preuves ; dans 8 affaires, le parquet a décidé d'exclure les preuves ; dans 3 affaires, le parquet a exigé des explications raisonnables de la part d'enquêteurs ou des rectifications.



Manifestations de l'illégalité des preuves	solutions
L'impossibilité de la reconnaissance de la qualité du butin	Exclusion
Absence ou falsification de signatures des victimes	Rectifications ou explications raisonnables
Absence ou falsification de signatures des témoins dans les procès-verbaux des témoignages	Exclusion
Absence du représentant légal lors de l'interrogatoire des témoins mineurs ou absence de signature de leur tuteur dans les procès-verbaux de témoignages	Exclusion
Absence du représentant légal lors de l'interrogatoire des victimes mineures ou absence de signature de leur tuteur dans les procès-verbaux de l'interrogatoire	Exclusion
Usage de la violence par les enquêteurs	Confirmation de la légalité des preuves
Absence de signatures des enquêteurs dans les procès-verbaux d'interrogatoire	Rectifications ou explications raisonnables
L'identification et l'interrogatoire réalisé par les mêmes enquêteurs	Exclusion
La falsification de signatures des témoins dans les procès-verbaux d'identification	Exclusion

**349. Fondements juridiques des solutions.** Les solutions se fondent juridiquement sur la Loi de Procédure Pénale, ses interprétations et les réglementations sur l'application de la Loi de Procédure Pénale. Les cas d'exclusion des preuves sont prévus par ces textes. Ici, il est nécessaire de préciser encore ces cas à travers les arrêts. Tout d'abord, les aveux des prévenus ou accusés recueillis par la torture ainsi que par tout moyen illégal doivent être exclus du dossier de la procédure pénale. Dans un arrêt concernant le crime d'escroquerie, les accusés et leurs avocats ont demandé au tribunal d'exclure les aveux du dossier de la procédure pénale. Ils ont fourni les renseignements sur la date et l'endroit où a eu lieu l'extorsion des aveux et sur les personnes y ayant participé. Le parquet n'a pas été capable de soumettre au tribunal les enregistrements audiovisuels permettant de prouver la légalité des actes des enquêteurs au cours de l'interrogatoire. Et les enquêteurs chargés de cet interrogatoire ont refusé de se présenter à l'audience pour justifier leurs actes. Ainsi il n'y a pas eu de preuves assez suffisantes pour prouver la légalité des actes employés par les enquêteurs pendant l'interrogatoire. En conséquence, le tribunal a décidé d'exclure les aveux des accusés du dossier de la procédure pénale.

Ensuite, les déclarations des victimes ou les témoignages recueillis par violences et menaces ainsi que par tout autre moyen illégal doivent être exclus. De même, lorsqu'il y a les non-conformités des procès-verbaux de recueil des déclarations des victimes ou des témoignages, ces derniers doivent être exclus si les enquêteurs ne peuvent pas les rectifier ou donner des explications raisonnables. Dans certains arrêts, lorsque les enquêteurs interrogent les victimes mineures ou les témoins mineurs, si leur représentant légal est absent, les procès-verbaux de l'interrogatoire sont considérés comme des preuves non-conformes. Puisque les enquêteurs n'ont pas refait ces procès-verbaux en présence du représentant légal et l'ont justifié par le manque de temps, le parquet a décidé d'exclure ces déclarations des victimes et ces témoignages du dossier de la procédure pénale.

Troisièmement, lorsque les preuves matérielles ou écrites sont obtenues par des actes illégaux, si ces derniers influencent gravement l'impartialité de la justice, et que les enquêteurs ne peuvent pas les rectifier ou donner une explication raisonnable, ces preuves doivent être exclues. Concrètement, dans ce cas, trois conditions doivent être réunies : l'illégalité des actes de recueil des preuves, l'impact sur l'impartialité de la justice, l'absence de rectifications ou d'explications raisonnables. Plus précisément, dans un arrêt concernant le trafic de stupéfiants, puisque les enquêteurs n'ont pas établi de procès-verbaux lors du prélèvement de stupéfiants au cours de la perquisition, l'identité du détenteur de stupéfiants ne peut pas être vérifiée. Ainsi, les stupéfiants peuvent être considérés comme une preuve non-conforme. Ils sont de toute évidence un enjeu de la condamnation. Si le détenteur de stupéfiant n'est pas l'accusé, l'impartialité de la justice sera affectée. En outre, lorsque le parquet a exigé des rectifications et des explications raisonnables de la part des enquêteurs, ces derniers n'ont pu ni fournir les enregistrements audiovisuels ou des témoignages sur le déroulement de la perquisition, ni expliquer pourquoi ils n'ont pas établi les procès-verbaux de la perquisition. Le parquet a en conséquence exclu les preuves matérielles du dossier de la procédure pénale dans cette affaire.

Enfin, le parquet a décidé de ne pas exclure les preuves dans deux affaires. La première porte sur une demande d'exclusion d'aveux extorqués. Après avoir vérifié d'un côté le certificat médical des suspects, et d'un autre côté, les explications des enquêteurs et les déclarations des coaccusés, le parquet a conclu à la fidélité et à la légalité des aveux. Dans la seconde affaire, il s'agit d'un procès-verbal de l'interrogatoire sans signatures des enquêteurs. Après avoir informé les enquêteurs de la nécessité de compléter leurs signatures, le parquet a confirmé la recevabilité de ce procès-verbal de l'interrogatoire.

**350. Bilan.** Selon les données statistiques du parquet de Dong Cheng à Pékin, le parquet a rarement prononcé l'exclusion de preuves illégales. C'est la même situation que dans la phase du jugement évoquée ci-dessus. Ainsi, dans la pratique judiciaire, on constate une mauvaise application de la règle d'exclusion des preuves illégales tout au long de la procédure pénale. Parmi les cas de prononcé d'exclusion des preuves illégales, la plupart des cas concernent l'exclusion de preuves testimoniales (essentiellement des aveux). Pourquoi les organes judiciaires prononcent-ils rarement l'exclusion de preuves illégales en pratique ? La raison la plus évidente est leur laxisme en matière d'exclusion des preuves illégales. À titre d'exemple, lors de l'interrogatoire des suspects, la loi prévoit que les aveux recueillis par la torture ainsi que par tout moyen illégal soient exclus du dossier de la procédure pénale. Les rédacteurs des lois et des textes d'interprétation des lois ne précisent pas l'expression de « tout moyen illégal ». Cette ambiguïté permet de dénaturer l'esprit de la loi dans la pratique judiciaire. En fait, les magistrats tolèrent les aveux obtenus par des moyens illégaux autre que la torture. Par exemple, après la réalisation d'entretiens avec le suspect visant à obtenir des renseignements suffisants, l'enquêteur déclenche officiellement l'interrogatoire. Ainsi, l'interrogatoire commence en réalité avant l'heure marquée dans le procès-verbal de l'interrogatoire<sup>979</sup>. Un autre exemple est également typique : afin de créer une atmosphère tendue et oppressante, les enquêteurs injurient grossièrement les suspects<sup>980</sup>. Encore un exemple, à la fin de l'interrogatoire, il est demandé à la personne interrogée de signer immédiatement le procès-verbal, sans lui donner la possibilité de le relire et de le vérifier<sup>981</sup>. En outre, même si les aveux sont obtenus par la torture, une stratégie dite de reprise de l'interrogatoire de la façon légale permet de condamner les accusés selon ces aveux<sup>982</sup>. En pratique, les enquêteurs exercent l'interrogatoire à plusieurs reprises. Lors du premier interrogatoire, les aveux de reconnaissance des crimes sont obtenus par la torture. Dans les interrogatoires suivants, sous l'influence des violences utilisées par les enquêteurs au cours du premier interrogatoire, il est probable que la personne interrogée réitère aveux. Dans ce cas, les aveux obtenus dans les interrogatoires suivants doivent-ils être exclus du dossier de la procédure pénale ? Il n'y a pas de solution correspondant à cette

---

<sup>979</sup> Yang Yuguan (杨宇冠), *L'étude sur l'application de la règle d'exclusion des preuves illégales en Chine* (《非法证据排除规则在中国的 implementation 问题研究》), préc., p.200.

<sup>980</sup> *Ibid.*

<sup>981</sup> *Ibid.*

<sup>982</sup> Xie Xiaojian (谢小剑), « Étude sur la règle d'exclusion des aveux répétés » ( “重复供述的排除规则研究” ), in *Forum du droit* (《法学论坛》), 2012, n° 1.

situation dans la pratique judiciaire. Face à ces obstacles dans l'application de la règle d'exclusion des preuves illégales, les décideurs se sont efforcés d'améliorer cette règle à travers un nouveau texte édicté en 2017.

## **§ 2. Les cas de prononcé d'exclusion des preuves prévus par le texte 2017**

**351. Innovations.** Le texte intitulé « dispositions concernant plusieurs questions relatives à l'exclusion stricte des preuves recueillies illégalement dans les affaires pénales » édicté par les autorités judiciaires en 2017, vise à réduire les obstacles à l'application de la règle d'exclusion des preuves illégales. Par rapport à la Loi de Procédure Pénale et aux textes d'interprétation de la loi, ce texte précise davantage les cas de prononcé d'exclusion des preuves. Puisqu'en pratique la plupart des cas de prononcé d'exclusion des preuves concernent des aveux recueillis par un moyen illégal, les rédacteurs de ce nouveau texte se focalisent sur les aveux.

**352. Rappel de l'ancienne disposition.** Il convient tout d'abord rappeler la disposition concernant l'exclusion des aveux dans la Loi de Procédure Pénale : « les aveux des prévenus ou accusés recueillis par la torture ainsi que par tout moyen illégal doivent être exclus du dossier de la procédure pénale » (art. 54). L'expression « par la torture ainsi que par tout moyen illégal » n'est pas très claire. Elle a conduit à différentes interprétations. Afin de former une interprétation cohérente, le nouveau texte de 2017 fixe la définition des aveux recueillis par tout moyen illégal **(A)**. De plus, l'analyse des différents cas rencontrés dans la pratique peut illustrer l'application de cette définition **(B)**.

### **A. La définition des aveux recueillis par tout moyen illégal**

**353. Les dispositions.** Les rédacteurs du texte 2017 énumèrent les cas de prononcé d'exclusion des aveux dans les articles 2, 3 et 4. Désormais, lorsque les enquêteurs emploient des mesures violentes (frapper à coups de poing, user de mesures de contrainte physique de façon illégale, etc.) ou de moyens méprisables (la peine corporelle sous une forme déguisée) pendant l'interrogatoire, si ces mesures causent des souffrances intolérables aux suspects ou aux accusés, et que ces derniers s'avouent involontairement coupables, ces aveux doivent être exclus du dossier de la procédure pénale (art. 2). De même, lorsque les enquêteurs usent de violences ou de menaces qui portent violemment atteinte aux droits des suspects ou des accusés ou de leurs parents, si ces mesures causent des souffrances intolérables aux suspects ou aux accusés, et que ces derniers s'avouent involontairement coupables, ces aveux doivent être exclus du dossier de la procédure pénale (art. 3). De plus, lorsque les enquêteurs emploient de manière illégale des moyens restreignant liberté des suspects ou des accusés pour obtenir leurs aveux, ces derniers doivent être exclus du dossier de la procédure pénale (art. 4). À travers le tableau 2.6, on peut voir plus clairement les cas de prononcé d'exclusion des aveux prévus par le nouveau texte.

**Tableau 2.6 : Les cas d'exclusion des aveux recueillis par un moyen illégal dans le texte 2017**

Dispositions	Actes des enquêteurs	Résultat de actes des enquêteurs	solutions
Art. 2	mesures violentes (frapper à coups de poing, user de mesures de contrainte physique de façon illégale, etc.) ou moyens méprisables (la peine corporelle sous une forme déguisée)	Les suspects ou les accusés subissent des souffrances intolérables et s'avouent involontairement coupable	Exclusion des aveux
Art. 3	violences ou menaces portant violemment atteinte aux droits des suspects ou des accusés ou de leurs parents		
Art. 4	moyens restreignant la liberté des suspects ou des accusés de manière illégale	Les suspects ou les accusés font des aveux	

**354. Le critère d'exclusion des aveux.** Avant l'année 2017, pour apprécier si un acte d'enquêteur relève de « la torture » ou « d'un des moyens illégaux », certains auteurs ont proposé un critère s'inspirant de la définition de la torture dans la convention internationale de prohibition de la torture : la souffrance subie par un suspect ou un accusé<sup>983</sup>. Toutefois, ce critère dépend du ressenti d'un suspect ou d'un accusé. Or, face à un même mauvais traitement, chacun peut avoir un ressenti différent. Par exemple, lorsqu'un enquêteur ne fournit pas de nourriture à un suspect pendant 24 heures, si ce suspect est jeune et en bonne santé, il peut ne ressentir aucune douleur ou souffrance ; la sensation est complètement différente si ce suspect est une personne hypotendue ou un vieillard. De plus, il est parfois difficile d'estimer la souffrance psychologique que le suspect ou l'accusé subi ou subira. Ainsi, d'autres auteurs estiment que ce critère dit de « la souffrance » est trop subjectif et il ne permet pas de restreindre la marge de manœuvre des magistrats lors de l'appréciation de l'exclusion des aveux<sup>984</sup>.

Du point de vue de certains auteurs, dans les articles 2, 3 et 4 du texte 2017, l'expression « des souffrances intolérables subies par les suspects ou les accusés » illustre que les rédacteurs ont adopté le critère dit de « la souffrance » ; en même temps, les termes « s'avouent involontairement » démontrent l'utilisation d'un autre critère dit de « l'aveu spontané »<sup>985</sup>. Ainsi, ils concluent que les rédacteurs du nouveau

<sup>983</sup> Long Zongzhi (龙宗智), « Le critère dit la souffrance pour apprécier l'exclusion des aveux obtenus par les moyens illégaux » ( “我国非法口供排除的痛苦规则及相关问题” ), préc.

<sup>984</sup> Zhang Jianwei (张建伟), « La valeur attendue et l'analyse de la règle d'exclusion des preuves illégales » ( “排除非法证据的价值预期与制度分析” ), in *Revue des sciences criminelles* ( 《中国刑事法杂志》 ), 2017, n° 8.

<sup>985</sup> Bian Jianlin (卞建林), « L'évolution nouvelle de la règle d'exclusion des preuves illégales en Chine » ( “我国非

texte établissent un « double critère » pour apprécier l'exclusion des aveux. Mais nous pensons que les rédacteurs soulignent en fait le critère dit de « l'aveu spontané ».

En premier lieu, l'article 2 du nouveau texte utilise l'expression « des souffrances intolérables subies par les suspects ou les accusés », et en même temps celle « s'avouent involontairement coupable ». Selon une règle de la langue chinoise, qui veut que l'on mette souvent ce que nous voulons souligner à la dernière de la phrase, on peut déduire que l'enjeu de cet article se trouve dans la dernière expression.

En deuxième lieu, selon les termes de l'article 4 de ce nouveau texte, « lorsque les enquêteurs emploient de manière illégale des moyens restreignant la liberté des suspects ou des accusés pour obtenir leurs aveux, ces derniers doivent être exclus du dossier de la procédure pénale », les rédacteurs n'utilisent pas les mots « souffrance » ou « douleur ». Certains auteurs affirment que les moyens restreignant la liberté des suspects ou des accusés est intrinsèquement source de souffrances, même si les rédacteurs n'utilisent pas ce mot<sup>986</sup>. Selon cette logique, tous les aveux obtenus par des mesures de restriction de la liberté doivent être exclus, même si les enquêteurs les prennent de façon légale. Il est évident que cette déduction n'est pas conforme à l'article 4 du texte 2017. En fait, lorsque les enquêteurs emploient de manière illégale des moyens de restriction de la liberté des suspects ou des accusés pour obtenir leurs aveux, les suspects ou les accusés avouent probablement involontairement, et leurs aveux doivent donc être exclus. C'est-à-dire que les rédacteurs adoptent ici le critère dit de « l'aveu spontané ».

En troisième lieu, le critère dit de « la souffrance » ne peut pas être utilisé pour apprécier certains cas de prononcé de l'exclusion des aveux prévus par les autres textes. Par exemple, selon l'article 8 du texte intitulé « Avis concernant la construction et le perfectionnement du système de l'empêchement des erreurs judiciaires » édicté par la Cour suprême en 2013, « sauf dans les cas urgents, les interrogatoires doivent avoir lieu à l'endroit prévu par la loi (le centre de détention) et être enregistrées en audiovisuel selon la loi, sinon les aveux obtenus par ces interrogatoires sont exclus ». Ici, l'exclusion des aveux n'a aucun rapport avec le critère dit de « la souffrance ». En fait, lorsque les interrogatoires n'ont pas lieu au centre de détention ou n'ont pas été enregistrées en audiovisuel, la fidélité des aveux ne peut pas être assurée, car les personnes interrogées ne font probablement pas des aveux spontanés.

En conséquence, nous constatons que les rédacteurs adoptent le critère dit de « l'aveu spontané » dans ce nouveau texte pour apprécier l'exclusion des aveux obtenus par des moyens illégaux.

## B. Les différents cas dans la pratique

**355. Quatre cas.** Bien que les rédacteurs du nouveau texte énumèrent les cas d'exclusion des aveux recueillis par un moyen illégal, certains auteurs considèrent que ces dispositions laissent encore une large marge de manœuvre aux magistrats. En pratique, les solutions ne sont pas toujours les mêmes dans les cas suivants : lorsque

---

法证据的新发展” ), in *Revue des sciences criminelles* (《中国刑事法杂志》), 2017, n° 4.

<sup>986</sup> Guo Xu (郭旭), « L'évolution et la perspective de la règle d'exclusion des preuves illégales » ( “我国非法证据排除规则的发展与隐忧” ), in *Science de la preuve* (《证据科学》), 2017, n° 6.

les aveux sont obtenus par tromperie, lorsque les enquêteurs amènent les suspects jusqu'à l'épuisement au cours de l'interrogatoire, lorsque les aveux sont obtenus durant une détention se prolongeant au-delà d'un délai légal, lorsque l'interrogatoire n'a pas été enregistré en audiovisuel.

**356. Les tromperies.** Les aveux sont obtenus par les tromperies, doivent-ils être exclus du dossier de la procédure pénale ? On ne trouve pas de réponse claire dans le nouveau texte. Mais cela ne signifie pas que ces aveux ne peuvent être exclus. En fait, les magistrats peuvent exclure ces aveux selon l'article 54 de la Loi de Procédure Pénale stipulant que les aveux recueillis par la torture ou tout moyen illégal doivent être exclus. Ici, l'enjeu se trouve dans l'interprétation des termes « tout moyen illégal ». Les pénalistes estiment que l'expression « tout moyen illégal » prévu par l'article 54 de la Loi de Procédure Pénale signifie toute mesure portant atteinte aux droits fondamentaux du suspect. Lorsque les tromperies employées par les enquêteurs empiètent sur les droits fondamentaux du suspect, les aveux obtenus par ces tromperies doivent être exclus.

Néanmoins, il peut exister un chevauchement entre des tromperies et des stratégies d'enquête. Il est donc parfois très difficile de les distinguer. Dans l'avant-projet du texte 2017, la Cour suprême a essayé de distinguer les tromperies et les stratégies d'enquête : « lorsque l'enquêteur promet au suspect des avantages interdits par la loi afin d'obtenir ses aveux, ces derniers doivent être exclus ; lorsque l'enquêteur dupe un suspect à travers la falsification des éléments des preuves écrites ou matérielles afin d'obtenir ses aveux, ces derniers doivent être exclus ». Selon ces termes, les critères de la distinction entre les tromperies et les stratégies consistent en la promesse d'avantages interdits par la loi et en la falsification d'éléments de preuves écrites ou matérielles. Néanmoins, les cas prévus par ce texte ne suffisent pas aux besoins de la pratique judiciaire. Par exemple, afin d'obtenir des aveux, un enquêteur déguise sa qualité et se présente comme un avocat lors de la visite d'un suspect. Ce comportement constitue de toute évidence une tromperie. Si dans ce cas, les aveux ne sont pas exclus, les droits de la défense seront gravement atteints. Certes, il est impossible d'établir une liste exhaustive sur des mesures de la tromperie. Les magistrats doivent donc les apprécier selon les cas.

**357. L'épuisement.** Une recherche empirique nous illustre que les techniques menant à l'épuisement sont fréquemment utilisées lors de l'interrogatoire d'un suspect<sup>987</sup>. Mais le nouveau texte ne prévoit pas expressément ce cas, car il est difficile de définir la fatigue. En fait, un article de l'avant-projet du texte 2017 prévoit que « pendant l'interrogatoire, le droit au repos du suspect ou d'un accusé doit être garanti ; la durée légale de repos est d'au moins 8 heures consécutives chaque jour. Si l'enquêteur ne respecte pas cette durée de repos, les aveux doivent être exclus. ». Il semble que le rédacteur de l'avant-projet du texte 2017 définit ici l'épuisement à travers le non-respect la durée légale de repos du suspect ou de l'accusé. Néanmoins, cet article a été supprimé lors de la promulgation du texte officiel, car les enquêteurs

---

<sup>987</sup> Zhang Jianwei (张建伟), « La valeur attendue et l'analyse de la règle d'exclusion des preuves illégales » ( “排除非法证据的价值预期与制度分析” ), préc.

se sont opposés à cette disposition<sup>988</sup>. Ainsi, le législateur laisse une large marge de manœuvre aux magistrats pour apprécier si des techniques menant à l'épuisement ont été utilisés pendant l'interrogatoire.

En pratique, les magistrats peuvent apprécier trois éléments. Le premier élément consiste en la durée des interrogatoires consécutifs. L'article 117 alinéa 2 de la Loi de Procédure Pénale prévoit que « la durée maximale d'une convocation est en principe de 12 heures ; s'il s'agit d'une affaire très compliquée et importante, cette durée maximale est de 24 heures. ». S'inspirant de cette disposition, la durée maximale d'un interrogatoire consécutif peut être fixée à 24 heures. Le deuxième élément consiste en la garantie des besoins fondamentaux du suspect, tels que les besoins indispensables de nourriture ou de repos. Le troisième élément consiste en la période de repos entre les deux séances de l'interrogatoire. Selon l'article 195 du texte d'interprétation de la Loi de Procédure Pénale édicté par le Parquet suprême, « la période de repos entre deux convocations est d'au moins de 12 heures ; les enquêteurs ne peuvent pas contraindre un suspect ou un accusé sous la forme de convocation consécutive. ». Cet article offre un exemple aux magistrats. Ainsi, les magistrats peuvent décider que la période de repos entre les deux séances d'interrogatoire est d'au moins de 12 heures.

**358. La détention dépassant la durée légale.** L'article 4 du texte 2017 indique expressément le cas où les enquêteurs emploient de manière illégale des moyens de restriction de la liberté des suspects ou des accusés. L'article 4 du texte 2017 inclut-il le cas où la détention dépasse la durée légale ? En fait, dans l'avant-projet du texte 2017, les rédacteurs ont ajouté « la détention dépassant la durée légale » à la suite de « la restriction de la liberté ». Mais dans le texte officiel, les termes de « la détention dépassant la durée légale » ont été supprimés. Ainsi, certains auteurs estiment que la détention dépassant la durée légale ne relève pas du cas prévu par l'article 4 du texte 2017<sup>989</sup>. Nous ne sommes pas d'accord avec ce point de vue. Littéralement, la détention dépassant la durée légale constitue l'un des cas de restriction illégale de la liberté des suspects. C'est la raison pour laquelle les rédacteurs ont définitivement supprimé les mots « la détention dépassant la durée légale »<sup>990</sup>. En conséquence, si les suspects ou les accusés sont détenus au-delà de la durée légale, les aveux obtenus durant la période illégale doivent être exclus.

**359. Absence de l'enregistrement audiovisuel de l'interrogatoire.** Aux termes de l'article 8 alinéa 2 du texte intitulé « Avis concernant la construction et le perfectionnement du système de l'empêchement des erreurs judiciaires » édicté par la Cour suprême en 2013, lorsque les interrogatoires ne sont pas enregistrés en audiovisuel, les aveux obtenus par ces interrogatoires sont exclus. Mais ce cas n'est

---

<sup>988</sup> Wan Yi (万毅), « Commentaire sur la Réglementation sur le renforcement d'exclusion de la preuve illégale dans les affaires pénales » ( “何为非法如何排除？——评《关于办理刑事案件严格排除非法证据若干问题的规定》” ), in *Revue des sciences criminelles* ( 《中国刑事法杂志》 ), 2017, n° 8.

<sup>989</sup> Mao Lixing (毛立新), « neuf inconvénients de la Réglementation sur le renforcement d'exclusion de la preuve illégale dans les affaires pénales » ( “《严格排除非法证据规定》的九大缺憾” ), v. [http://blog.sina.com.cn/s/blog\\_775e947f0102woqe.html](http://blog.sina.com.cn/s/blog_775e947f0102woqe.html), consulté le 30 novembre 2018.

<sup>990</sup> Wan Yi (万毅), « Commentaire sur la Réglementation sur le renforcement d'exclusion de la preuve illégale dans les affaires pénales » ( “何为非法如何排除？——评《关于办理刑事案件严格排除非法证据若干问题的规定》” ), préc.

pas prévu par le texte 2017. Ainsi, certains auteurs considèrent que c'est un recul<sup>991</sup>. Ils estiment que les rédacteurs du texte 2017 éludent intentionnellement les cas de l'absence de l'enregistrement audiovisuel de l'interrogatoire. À notre avis, il est incorrect de conclure que c'est un recul, car en pratique, il existe encore des controverses sur l'exclusion des aveux lorsque les interrogatoires ne sont pas enregistrés en audiovisuel. Pour certains juristes, les dispositions sur l'enregistrement audiovisuel de l'interrogatoire sont destinées à assurer la spontanéité et la fidélité des aveux. Lorsque les enquêteurs n'enregistrent pas en audiovisuel les interrogatoires, si la spontanéité et la fidélité des aveux peuvent être garanties par d'autres moyens, ces aveux ne sont pas exclus. Pour d'autres, il est nécessaire de respecter le texte édicté en 2013 par la Cour suprême. C'est-à-dire, lors de l'absence de l'enregistrement audiovisuel de l'interrogatoire, les aveux obtenus par cet interrogatoire doivent être exclus, peu importe que leur spontanéité et leur fidélité soit assurée par d'autres moyens<sup>992</sup>. Nous sommes d'accord avec le premier point de vue. D'un côté, l'article 8 du texte édicté par la Cour suprême en 2013 est une interprétation de l'article 121 de la Loi de Procédure Pénale stipulant que « durant l'interrogatoire, les enquêteurs peuvent l'enregistrer en audiovisuel ; si les suspects ou les accusés subiront probablement la peine de mort ou la réclusion à perpétuité, les enquêteurs doivent enregistrer en audiovisuel l'interrogatoire ». L'oubli de l'enregistrement audiovisuel de l'interrogatoire est évidemment un acte illégal. Mais la loi n'indique pas expressément que les aveux obtenus par cet acte illégal doivent être exclus. D'un autre côté, il s'agit de l'esprit de la loi. Ce point a été illustré par certains juristes. Concernant les autres moyens pouvant assurer la spontanéité et la fidélité des aveux, on cite le certificat médical de la personne interrogée.

**360. L'interrogatoire ayant lieu en dehors du centre de la détention.** L'article 9 du texte 2017 prévoit que « les enquêteurs doivent réaliser l'interrogatoire dans le centre de la détention, le lieu où les suspects ou les accusés sont détenus. Si les enquêteurs mènent l'interrogatoire en dehors du centre de la détention, ils doivent fournir des motifs raisonnables. ». En d'autres termes, lorsque l'interrogatoire a lieu en dehors du centre de la détention, les aveux obtenus par cet interrogatoire est recevable si les enquêteurs donnent des motifs raisonnables. Il semble que l'appréciation des « motifs raisonnables » représente un enjeu important. En pratique, les enquêteurs réalisent fréquemment l'interrogatoire en dehors du centre de la détention en cas d'urgence, par exemple, le cas où le suspect est arrêté en flagrant délit, le cas où les enquêteurs procèdent immédiatement à la perquisition ou à la saisie. Ainsi, l'urgence de l'enquête est l'un des motifs raisonnables. Cependant, afin d'empêcher l'utilisation abusive de cette dérogation, un auteur a proposé que les magistrats doivent apprécier non seulement l'urgence des cas et la nécessité de la mise en œuvre de l'interrogatoire dans un lieu que la loi ne prévoit pas, mais aussi la

---

<sup>991</sup> Guo Xu (郭旭), « L'évolution et la perspective de la règle d'exclusion des preuves illégales » ( “我国非法证据排除规则的发展与隐忧” ), préc.

<sup>992</sup> Wu Hongyao (吴宏耀), « Le régime et l'effet de la règle d'exclusion de la preuve illégale » ( “非法证据排除的规则与实效——兼论我国非法证据排除规则的完善进路” ), in *Droit contemporain* (《现代法学》), 2014, n° 4.

spontanéité des aveux<sup>993</sup>. Cette dernière peut être prouvée par le dossier ou les enregistrements audiovisuels.

**361. Bilan.** En résumé, le texte 2017 précise le cas d'exclusion des aveux obtenus par des moyens illégaux et établit le critère de « aveux spontanés ». Bien qu'il soit impossible d'énumérer exhaustivement les moyens illégaux de recueil des aveux, le magistrat peut apprécier lui-même selon le critère des « aveux spontanés » si les aveux concernés doivent être exclus. Après avoir examiné dans quels cas les preuves doivent être exclues, nous continuons à étudier comment les magistrats excluent les preuves illégales.

## **Section II. La mise en œuvre de l'exclusion des preuves**

**362. Deux périodes.** Les rédacteurs des réglementations sur les preuves illégales édictées en 2010 et de la LPP de 2012 ne précisent pas les modalités de la mise en œuvre de l'exclusion des preuves illégales. Ainsi, depuis 2010, dans la pratique, les organes judiciaires se forgent leurs expériences (§ 1). Inspiré en partie de ces expériences pratiques, les rédacteurs du texte 2017 ont détaillé les modalités de mise en œuvre de l'exclusion des preuves. Désormais, les normes sur la mise en œuvre de l'exclusion des preuves sont minutieusement prévues (§ 2).

### **§ 1. La mise en œuvre de l'exclusion des preuves depuis 2010**

**363. Deux phases.** Pour étudier la mise en œuvre de l'exclusion des preuves depuis 2010, il ne suffit pas de rappeler les dispositions prévues par les lois. Autrement dit, on a besoin non seulement de la recherche textuelle, mais aussi de l'enquête empirique. Nous allons étudier respectivement la mise en œuvre de l'exclusion des preuves dans la phase d'avant-procès (A) et dans la phase du jugement (B).

#### **A. La phase d'avant-procès**

**364. Trois aspects.** Lorsque l'on a étudié les cas du prononcé d'exclusion des preuves illégales dans la phase d'avant-procès dans la section I, on a cité en exemple le ministère public du district Dong cheng à Pékin comme notre exemple. Ici, nous allons continuer à utiliser cet exemple pour étudier les modalités de la mise en œuvre de l'exclusion des preuves dans la phase d'avant-procès, incluant des personnes ou des organes habilités à invoquer l'exclusion des preuves illégales (1), des organes habilités à connaître la demande de l'exclusion des preuves illégales (2) et les conséquences de l'exclusion des preuves illégales (3).

##### **1. Des personnes ou des organes habilités à demander l'exclusion des preuves illégales**

**365. Deux cas.** La Loi de Procédure Pénale prévoit que les autorités judiciaires peuvent d'office demander l'exclusion des preuves illégales, et les suspects ou les accusés ou leurs avocats peuvent demander aux autorités judiciaires l'exclusion des preuves illégales. Selon notre enquête questionnaire et nos entretiens avec les

---

<sup>993</sup> Wan Yi (万毅), « Commentaire sur la Réglementation sur le renforcement d'exclusion de la preuve illégale dans les affaires pénales » ( “ 何为非法如何排除? ——评《关于办理刑事案件严格排除非法证据若干问题的规定》 ” ), préc.

procureurs au ministère public du district Dong cheng à Pékin, dans la plupart des cas (16/20), ce sont les procureurs qui repèrent les preuves illégales lors du lecteur scrupuleux du dossier. Dans un seul cas, les suspects ou les accusés ont demandé eux-mêmes aux autorités judiciaires l'exclusion des preuves illégales. Généralement, lorsque les suspects ou les accusés eux-mêmes sollicitent l'exclusion des preuves illégales, leurs demandes sont rarement reçues. Deux autres cas concernent la demande de l'exclusion des preuves illégales par les avocats des suspects ou des accusés.

**366. Causes de la rareté de la demande.** La Loi de Procédure Pénale de 2012 a ouvert aux suspects ou accusés le droit de demander l'exclusion des preuves illégales tout au long de la procédure. En théorie, les suspects ou les accusés ont une forte motivation pour demander à exclure les preuves illégales, puisque ces dernières influencent probablement leur condamnation. Mais en pratique, les cas où les suspects ou les accusés utilisent ce droit de la demande sont rares. Ce clivage entre la théorie et la pratique peut être expliqué par trois aspects. Premièrement, certains suspects ou accusés ne comprennent pas très bien le contenu de la nouvelle règle de l'exclusion des preuves illégales. S'ils ne sont pas assistés par un avocat, il leur est difficile pour eux-mêmes de demander à exclure les preuves illégales. Deuxièmement, les suspects ou accusés ne croient pas que les organes judiciaires vont réellement exclure les preuves illégales. Depuis longtemps, en pratique, lorsque des suspects ou accusés ont affirmé que les enquêteurs ont utilisé la torture ou les violences pendant l'interrogatoire, ils ont été considérés comme des personnes qui ne collaborent pas avec les organes judiciaires. Cette mauvaise attitude influence probablement leur peine encourue. Autrement dit, dans certaines situations, la demande de l'exclusion des preuves illégales ne permet pas de changer leur condamnation définitive, mais aggravent très probablement leur peine. Ainsi, les suspects ou accusés choisissent de renoncer à leur droit de la demande de l'exclusion des preuves illégales. Troisièmement, les avocats pensent que l'exclusion des preuves illégales n'influence pas la condamnation de leur client. Afin de réduire la complexité de l'affaire, ils contournent délibérément la constatation sur la preuve illégale. Dans les affaires concernant l'exclusion des preuves illégales dans le parquet du district de Dong cheng à Pékin, même lorsque les preuves ont été exclues par le parquet, cela n'a pas influencé la condamnation de l'accusé.

**367. Causes de la rareté de la recevabilité de la demande recevable par le parquet.** Lorsque les suspects, les accusés ou leurs avocats demandent l'exclusion d'une preuve illégale, le taux de sa recevabilité est bas. Les causes de l'irrecevabilité de la demande de l'exclusion des preuves illégales sont diverses. La première consiste au recours abusif au droit de la demande de la part de l'avocat. Dans certains cas, les actes d'enquêteurs sont conformes aux lois. Mais l'avocat profite du droit demander l'exclusion des preuves illégales pour gagner du temps ou détourner l'attention du parquet. Plus précisément, la demande d'exclusion des preuves illégales devient l'une des stratégies de la défense. La seconde consiste en l'attitude des suspects, des accusés ou de leurs avocats. La demande de l'exclusion des preuves illégales est recevable à condition que le demandeur apporte des indices ou des dossiers étayant

l'illégalité des actes. En pratique, certains demandeurs sollicitent oralement l'exclusion des preuves illégales mais ne préparent pas de dossiers. Parfois, les indices qu'ils donnent à l'orale ne sont pas complets. Cela donne une mauvaise impression au parquet. Ainsi, le parquet décide naturellement l'irrecevabilité de la demande d'exclusion des preuves illégales. En outre, il existe des cas où les suspects ou leurs avocats demandent au parquet l'exclusion de preuves illégales dans la phase d'enquête. Selon la loi, lorsque l'enquête n'est pas encore arrivée à son terme et que les enquêteurs n'ont pas encore transféré le dossier de l'affaire au parquet, les suspects ou leurs avocats doivent demander l'exclusion des preuves illégales à l'organe d'enquête. Visiblement, dans la pratique, les suspects ou leurs avocats préfèrent solliciter le parquet que l'organe d'enquête, puisqu'ils ne croient pas que l'organe d'enquête exclut effectivement les éléments des preuves qu'il a obtenus lui-même par des actes illégaux. Ici, il convient de dire que cette pratique est une révolte raisonnable contre la loi. Mais, dans le système actuel de la justice, le parquet n'a pas la possibilité d'intervenir dans la phase d'enquête, ainsi il ne peut donc pas décider de la recevabilité ou de l'irrecevabilité de la demande d'exclusion des preuves illégales.

## **2. Des organes habilités à connaître de la demande de l'exclusion des preuves illégales**

**368. Procédure de la vérification du parquet.** Dans la phase d'avant-procès, c'est le parquet qui est habilité à connaître de la demande d'exclusion des preuves illégales. Mais que doit faire le parquet peut-il faire après avoir connu de la demande de l'exclusion des preuves illégales ? Lorsque les suspects, les accusés ou leurs avocats demandent à exclure des preuves illégales, le parquet leur demande de fournir des indices ou des dossiers précisant l'illégalité des actes de recueil des preuves, par exemple, les informations concernant l'heure et l'endroit de l'interrogatoire où les enquêteurs ont extorqué leurs aveux. S'ils ne peuvent pas les apporter, leur demande est irrecevable, ainsi donc, le parquet refuse de déclencher la procédure de la vérification. Cela permet d'empêcher le gaspillage des ressources de la justice, d'un côté, et d'éviter la stratégie de la défense de certains avocats, d'un autre côté. Plus précisément, en pratique, certains avocats abusent du droit de demander l'exclusion des preuves illégales afin de gagner du temps pour préparer la défense. Cela devient rapidement l'une des stratégies de la défense. Visiblement, cette stratégie a une influence sur l'efficacité de la justice.

À l'inverse, si les suspects ou les accusés ou leurs avocats apportent des indices ou des dossiers, le parquet met en œuvre la procédure de la vérification. En pratique, concernant les preuves écrites, la procédure de la vérification est simple. Par exemple, lorsque les enquêteurs ne mentionnent pas la quantité d'objets dans la liste de la saisie, ou qu'un procès-verbal n'est pas signé par la personne interrogée, ou encore que le procès-verbal de l'interrogatoire d'une personne mineure n'indique pas la présence de son représentant légal ou de son tuteur, le parquet peut apprécier directement l'illégalité de ces moyens des preuves. Concernant les preuves testimoniales, la procédure de la vérification est beaucoup plus compliquée. Par exemple, dans une affaire d'escroquerie, un suspect affirme que ses aveux ont été extorqués par les enquêteurs. Dans la procédure de la vérification, le parquet a

demandé au centre de la détention le certificat médical du suspect, il a aussi exigé que les enquêteurs apportent des preuves écrites ou des enregistrements audiovisuels pour prouver la légalité des actes du recueil des aveux. Les enquêteurs dans cette affaire n'ont pas apporté les enregistrements audiovisuels de l'interrogatoire sous prétexte du non-équipement d'un dispositif d'enregistrement audiovisuel. C'est la raison pour laquelle les aveux du suspect ont été définitivement exclus. En somme, le parquet vérifie l'illégalité d'un moyen de preuve par deux façons : l'une consiste à la vérification simple ; et l'autre consiste à la vérification solennelle.

**369. Moyens des preuves dans la procédure solennelle de la vérification.** La charge de la preuve est assumée par l'enquêteur, lorsque les suspects, les accusés ou leurs avocats demandent à exclure les preuves obtenues par des actes illégaux. C'est-à-dire que l'organe d'enquête doit prouver la légalité des actes employés au cours de l'enquête. Dans la pratique, le moyen de preuves le plus souvent utilisé est la lettre d'explication fournie par l'organe d'enquête. Mais est-ce que cette lettre permet de prouver effectivement la légalité des actes d'enquête ? En fait, bien que la lettre d'explication soit signée par l'enquêteur intéressé et contresignée par le directeur de l'organe d'enquête, la légalité des actes d'enquête ne peut pas être effectivement démontrée. D'une part, compte tenu des intérêts de l'enquête, il est impossible que l'organe d'enquête rédige une lettre démontrant l'illégalité des actes d'enquête. D'autre part, il n'y a pas d'autres éléments des preuves correspondants au contenu de cette lettre. Néanmoins, pourquoi cette lettre est-elle souvent utilisée dans la pratique ? La raison est tout simple : la facilité de son acquisition. En fait, la Loi de Procédure Pénale prévoit la comparution de l'enquêteur pour expliquer les circonstances de l'utilisation des actes d'enquête. Mais il est très difficile d'appliquer cette disposition dans la pratique, car l'enquêteur ne veut pas comparaître en personne et accepter l'interrogatoire du magistrat.

Un autre moyen des preuves est l'enregistrement audiovisuel de l'interrogatoire. Selon la loi, pour les grandes affaires, l'enquêteur doit enregistrer l'interrogatoire en audiovisuel ; pour les autres affaires ordinaires, l'enregistrement audiovisuel est facultatif. Dans la procédure solennelle de la vérification, lorsque le parquet demande à l'organe d'enquête d'apporter les données d'enregistrement, l'enquêteur résiste à cette demande en prétextant des dégâts du dispositif d'enregistrement ou de l'effacement des données d'enregistrement. Cette hostilité à la demande de fournir d'enregistrement audiovisuel de l'interrogatoire illustre dans certains cas une volonté de la dissimulation de l'irrégularité des actes utilisés pendant l'interrogatoire. Lorsque l'enquêteur refuse d'apporter les données de l'enregistrement audiovisuel de l'interrogatoire, le parquet peut-il affirmer l'illégalité des actes de l'interrogatoire et exclure en conséquence les aveux obtenus par ces actes ? Cette question mérite d'être discutée davantage.

Enfin, un moyen de preuves souvent utilisé est le procès-verbal de l'interrogatoire. Dans la procédure de la vérification, l'enquêteur produit les procès-verbaux de l'interrogatoire pour prouver la légalité de ses actes. Dans le procès-verbal, l'enquêteur pose normalement la question « est-ce que vous avez subi des violences, des menaces, des tromperies ou d'autres actes illégaux pendant cet interrogatoire ? ».

Dans un lieu fermé et sous la pression psychologique, les suspects répondent rarement « oui ». Ainsi, les procès-verbaux ne permettent pas de prouver effectivement la légalité des actes de l'interrogatoire.

**370. Arbitraire de la décision.** Après la procédure de la vérification, le parquet prend la décision d'exclure ou de ne pas exclure les preuves illégales. Selon notre enquête, les magistrats donnent rarement les motifs de leur décision. Ainsi, s'ils décident d'exclure les preuves illégales, on ne peut pas connaître le critère de cette exclusion. Ce fait illustre l'arbitraire du magistrat dans l'issue des affaires. En fait, si le parquet confirme la légalité des actes d'enquête et décide de garder les preuves obtenues par ces actes dans la phase de la poursuite, il est possible que, dans la phase de jugement, le juge prenne une décision opposée au parquet. Mais pourquoi les deux magistrats prennent-ils des décisions différentes ? Littéralement, on ne peut pas connaître leurs raisons, car le parquet ne mentionne pas les motifs de sa décision, et le juge rend sa décision par des motifs abstraits ou imprécis. Mais au moins, ces décisions opposées permettent d'expliquer l'incertitude du critère de l'exclusion des preuves.

D'ailleurs, à travers notre enquête dans le parquet de Dong cheng, on découvre qu'un phénomène de l'exclusion des preuves illégales sous une forme déguisée. Plus précisément, l'officier des enquêteurs ne versent pas les pièces concernant la preuve illégale au dossier ; or le parquet n'extrait pas le contenu sur les preuves illégales dans son rapport de l'achèvement de la poursuite, ou ne les produit pas dans l'audience. Autrement dit, les organes judiciaires excluent d'office et directement les preuves illégales. Positivement, cela permet d'accélérer la procédure pénale et de protéger la dignité des autorités judiciaires. Négativement, d'un côté, cela nous empêche d'examiner l'application de la règle d'exclusion des preuves illégales sous tous leurs aspects ; d'un autre côté, cela permet aux enquêteurs ayant employés des actes illégaux d'éviter les sanctions et de continuer leurs comportements illégaux. À titre d'exemple, lorsque les procès-verbaux de l'identification sont non-conformes (signatures falsifiées, signatures des témoins retouchées, etc.), le parquet les exclut directement, c'est-à-dire que l'exclusion des preuves est faite de la façon dissimulée. Dans ce cas, les enquêteurs concernés ne reçoivent aucun avertissement, et *a fortiori* n'encourent pas de sanctions.

### **3. Les conséquences de l'exclusion des preuves illégales**

**371. L'étendue de l'exclusion.** Les lois ne prévoient pas l'étendue de l'exclusion. En pratique, les magistrats déclarent que l'exclusion concerne seulement l'acte irrégulier, mais non les autres actes de la procédure ou spécialement tous les actes postérieurs. Autrement dit, l'irrégularité d'une preuve n'affecte pas les autres preuves dérivées. Visiblement, à l'égard de l'étendue de l'exclusion, les magistrats prennent une position conservatrice. Ils craignent que l'exclusion des preuves irrégulières et des preuves dérivées influence la condamnation. Par exemple, les enquêteurs découvrent d'autres éléments de preuves par le biais des aveux obtenus par un moyen illégal. L'un de ces éléments de preuves est un enjeu du fondement de la condamnation. Si l'irrégularité des aveux pollue les autres éléments de preuve dérivés de ces aveux, lorsque les magistrats excluent ces derniers selon les cas de

figure, le fondement de la condamnation sera touché. Il est compréhensible que les magistrats aient ces soucis. Mais s'ils n'excluent aucune preuve dérivée d'une preuve illégale, la règle d'exclusion des preuves illégales va devenir un ornement. En fait, la recevabilité des preuves dérivées permet d'encourager l'utilisation des actes illégaux. Ainsi, il est nécessaire de trouver un critère d'appréciation de l'étendue de l'exclusion.

**372. Aveux répétés.** Dans la pratique, un exemple typique concerne les aveux répétés. Plus précisément, les enquêteurs procèdent à plusieurs reprises à l'interrogatoire. Ils obtiennent les aveux d'un suspect par des violences, des menaces ou d'autres moyens illégaux pendant le premier interrogatoire. Dans les interrogatoires suivants, bien que les enquêteurs n'utilisent plus les actes irréguliers, le suspect répète ses aveux initiaux. Les aveux répétés, doivent-ils être exclus ? Les magistrats les excluent rarement. Ce fait est beaucoup critiqué. Selon le point de vue de certains auteurs<sup>994</sup>, dès que les enquêteurs ont initialement employé des violences, des menaces ou d'autres moyens illégaux, le suspect endurerait des souffrances psychologiques. Dans les interrogatoires suivants, face aux mêmes enquêteurs et dans un endroit fermé, le suspect se rappelle ses expériences initiales et répète facilement ses aveux. C'est-à-dire que le suspect est toujours sous l'ombre de la violence, de la menace ou des autres moyens illégaux. Si les magistrats affirment la recevabilité des aveux répétés en raison de l'absence d'actes irréguliers, ils négligent visiblement l'effet durable des violences, des menaces ou des autres actes illégaux. Ainsi, la question du noyau est « le critère de la recevabilité des aveux répétés ».

Certains auteurs estiment que le critère du fond est la spontanéité et la fidélité des aveux<sup>995</sup>. Pour apprécier ce critère, il convient de tenir compte des circonstances des interrogatoires. Ici, il convient de préciser six éléments. Le premier consiste en la gravité de l'irrégularité des actes initiaux. Les actes coercitifs influencent durablement la spontanéité des aveux. Plus le degré de la gravité des actes coercitifs est élevé, plus ils donnent une influence plus forte au suspect qui produit volontairement ses aveux. Pour apprécier la gravité des actes coercitifs, il est nécessaire d'envisager la durée d'utilisation de ces actes et l'état du suspect (sexe, âge, santé, etc.). Le deuxième consiste en la personne procédant à l'interrogatoire. Psychologiquement, les victimes des violences lient naturellement leurs souffrances à la personne qui exerce les violences. Ainsi, si c'est la même personne qui exécute l'interrogatoire, le suspect a peur de donner des aveux opposés. Le troisième consiste en l'intention de la personne procédant à l'interrogatoire. Dans certains cas, l'enquêteur sait bien que les aveux répétés sont admissibles. Il utilise intentionnellement des violences, des menaces ou d'autres moyens illégaux pour obtenir les aveux qu'il veut. Autrement dit, cela devient une stratégie de la régularisation des aveux obtenus de façon illégale. Le quatrième consiste au changement du lieu interrogé. Lorsque l'interrogatoire a lieu dans un endroit plus fermé, la pression psychologique que la personne interrogée subit est plus forte ; ainsi donc, cette personne s'avoue facilement coupable. Par exemple, la

---

<sup>994</sup> Xie Xiaojian (谢小剑), « Étude sur la règle d'exclusion des aveux répétés » ( “重复供述的排除规则研究” ), préc.

<sup>995</sup> Yan Zhaohua (闫召华), « Étude sur l'exclusion des aveux répétés » ( “重复供述排除问题研究” ), in *Droit contemporain* ( 《现代法学》 ), 2013, n° 3.

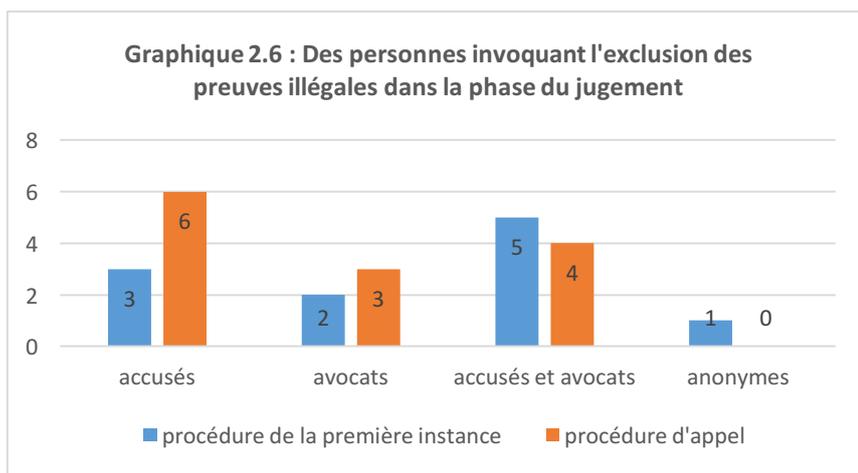
cellule de la police est un endroit plus fermé que celle du centre de la détention. La cinquième consiste à l'intervalle entre deux interrogatoires. Si cet intervalle est très court, les personnes interrogées considèrent naturellement le second interrogatoire comme la prolongation du premier interrogatoire. C'est-à-dire que l'influence des mesures coercitives ou des menaces ayant eu lieu dans le premier interrogatoire subsiste dans le second interrogatoire. Ainsi, il est difficile pour les personnes interrogées de donner des aveux spontanés. Le sixième consiste à la rectification dans l'interrogatoire suivant. À titre d'exemple, lorsque l'enquêteur n'informe pas la personne interrogée de ses droits dans le premier interrogatoire, les aveux répétés pendant le second interrogatoire sont recevables à condition que les agents des organes judiciaires informent la personne interrogée non seulement de ses droits, mais aussi l'irrecevabilité des aveux initiaux.

## **B. La phase du jugement**

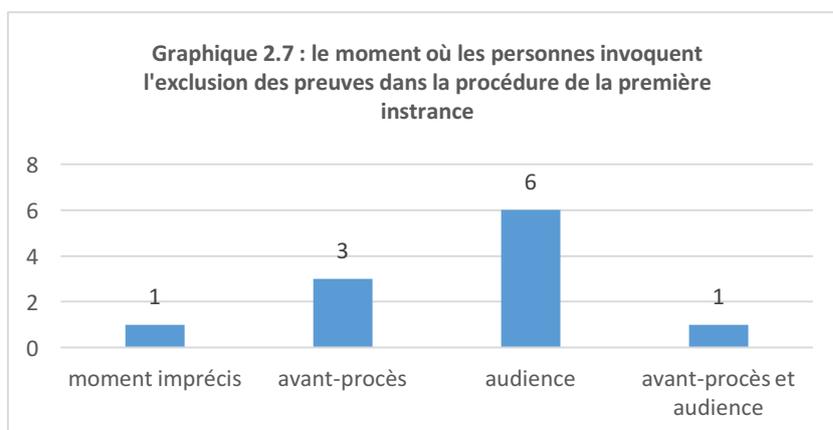
**373. Exemples étudiés.** On peut étudier la mise en œuvre de la règle d'exclusion des preuves illégales dans la phase du jugement, à travers les jugements disponibles sur la plateforme des « jugements des affaires en Chine ». Afin de l'analyser précisément, nous avons collecté les jugements concernant l'exclusion des preuves illégales rendus par les tribunaux de Pékin en 2013 et 2014. Le nombre de ces jugements est de vingt-quatre. Nous allons étudier respectivement les personnes habilitées à demander l'exclusion des preuves illégales **(1)**, et les tribunaux habilités à connaître des demandes **(2)**.

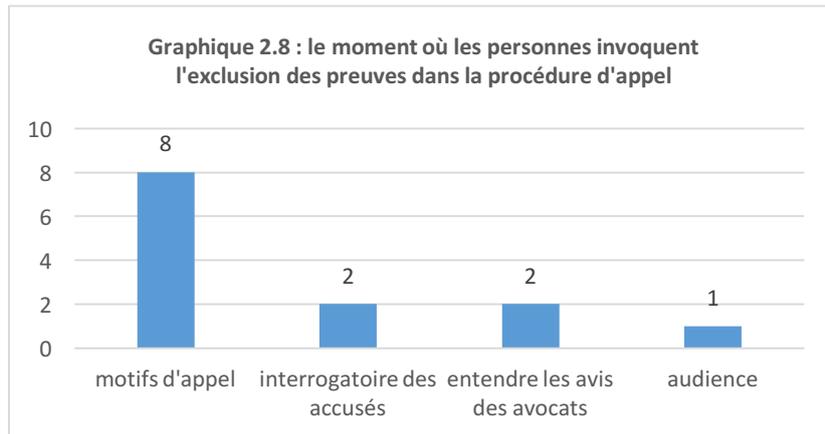
### **1. Les personnes habilitées à demander l'exclusion des preuves illégales**

**374. Qualité des personnes.** La loi habilite les accusés, leurs avocats ou leurs avoués à solliciter l'exclusion des preuves illégales. Les vingt-quatre jugements précités concernent 34 accusés. Parmi eux, 28 accusés sont assistés par leur(s) avocat(s). L'exclusion des preuves illégales est demandée soit par l'accusé lui-même, soit par son avocat, soit par un accusé et son avocat. Statistiquement, il y a 14 cas où les avocats demandent l'exclusion des preuves illégales, soit 58,5% ; il y a 18 cas où les accusés demandent l'exclusion des preuves illégales, soit 75% (voir graphique 2.6). Les accusés ou leurs avocats demandent l'exclusion des preuves illégales au tribunal d'instance ou d'appel. Dans la procédure de la première instance, il y a 8 cas où les accusés demandent l'exclusion des preuves illégales et 7 cas où elle est demandée par les avocats. Dans la procédure d'appel, il y a 10 cas où les accusés demandent l'exclusion des preuves illégales et 7 cas où elle est demandée par les avocats (voir graphique 2.6).



**375. Moment où l'exclusion des preuves est sollicitée.** Selon la loi, les accusés ou leurs avocats peuvent demander à exclure des preuves illégales lors de la préparation de l'audience, ou pendant l'audience de la première instance ou d'appel. Il faut souligner que la Loi de Procédure Pénale de 2012 prévoit spécialement une phase de la préparation de l'audience, nommée « la séance d'avant-procès ». Le juge peut convoquer les procureurs, les accusés et leurs avocats ou leurs avoués à cette séance, afin d'entendre leurs avis sur les questions concernant l'audience, telles que les personnes récusées, la liste des témoins qui se présenteront devant le tribunal, et les demandes d'exclusion des preuves illégales. Ainsi, la loi n'encadre pas strictement le moment où l'exclusion des preuves peut être demandée. Statistiquement, il y a 11 cas où les accusés ou leurs avocats demandent l'exclusion des preuves dans la procédure de la première instance, soit 47,8%. Parmi eux, plus de la moitié des demandes est réalisée pendant l'audience ; un tiers est sollicité dans la séance d'avant-procès ; il y a un cas où les accusés demandent l'exclusion des preuves tant dans la phase d'avant-procès que pendant l'audience (voir graphique 2.7). En outre, il y a 12 cas, soit 52,2% où l'exclusion des preuves a lieu dans la procédure d'appel. Parmi eux, 60% des demandes sont effectuées par les accusés ou leurs avocats dans leur acte d'appel ; environ 30% des demandes sont réalisées par le tribunal d'appel lui-même (voir graphique 2.8).





**376. Indices ou données apportées.** Selon la loi, lorsque les accusés ou leurs avocats demandent l'exclusion des preuves, ils doivent apporter des indices ou des données sur les preuves qu'ils estiment illégales. Les jugements ci-dessus illustrent le type de données ou d'indices fournis, par exemple, la date ou l'heure à laquelle les enquêteurs ont obtenu les preuves concernées<sup>996</sup> ; le nom et le prénom de l'enquêteur qui a exercé les actes illégaux<sup>997</sup> ; la description détaillée du processus de recueil des preuves<sup>998</sup>. Cependant, dans la moitié du nombre de ces jugements, les accusés ou leurs avocats n'apportent aucune donnée ou indice détaillé. Ils exposent en termes généraux que « les aveux ont été obtenus par la torture ou les violences ou les menaces ». C'est la raison pour laquelle le juge décide de l'irrecevabilité de ces demandes.

## **2. Les tribunaux habilités à connaître de la demande de l'exclusion des preuves illégales**

**377. Solutions du tribunal.** Après avoir examiné la demande de l'exclusion des preuves illégales, le tribunal peut refuser cette demande, lorsque les demandeurs n'apportent pas de données ou d'indices ; dans le cas contraire, il décide de mettre en œuvre la procédure de la vérification. Dans un tiers des jugements précitées que l'on a collecté, le juge a ouvert une procédure de la vérification. Autrement dit, dans la plupart des affaires, le juge a refusé la demande de l'exclusion des preuves illégales.

**378. Motifs de la décision.** Quelle que soit la solution, le tribunal doit motiver sa décision ou son jugement. Selon la loi, lorsque les accusés ou leurs avocats demandent à exclure des preuves illégales, le tribunal doit examiner préliminairement les indices ou les données apportées par les demandeurs. S'il a un doute sur la régularité des actes de recueil des preuves, il doit mettre en œuvre la procédure de la vérification. Dans le cas contraire, après avoir motivé sa décision, il poursuit le procès. Ainsi, le tribunal doit motiver sa décision soit après avoir examiné préliminairement tous les indices ou les données, soit à la fin de la procédure de la vérification. Dans le premier cas, il doit expliquer les raisons pour lesquelles la procédure de la vérification ne sera pas mise en œuvre ; dans le second, il doit expliquer les raisons pour lesquelles il donne une telle solution.

<sup>996</sup> Numéro de l'affaire : (2013) 三中刑终字第 174 号。

<sup>997</sup> Numéro de l'affaire : (2013) 海刑初字第 2674 号。

<sup>998</sup> Numéro de l'affaire : (2014) 三中刑终字第 141 号。

Néanmoins, après avoir analysé les jugements que nous avons collectés, nous observons que les juges n'ont pas toujours respecté l'exigence de motivation des décisions. Tout d'abord, en cas de mise en œuvre de la procédure de la vérification, le juge motive parfois sa décision en termes généraux. Par exemple, dans une affaire de trafic de stupéfiants, après avoir examiné la demande d'exclusion des témoignages et vérifié la régularité des actes de recueil de ces témoignages, le juge a décidé de ne pas exclure ces témoignages, car ces derniers n'ont pas été « obtenus par la torture, les violences ou les autres moyens illégaux »<sup>999</sup>. Ensuite, dans le cas contraire, c'est-à-dire lorsque la procédure de la vérification n'est pas mise en œuvre, le juge décide de l'irrecevabilité de la demande sous une forme très simple. Ses décisions écrites comportent souvent les énonciations suivantes : « sans fondements du fait »<sup>1000</sup>, « sans indices ou données apportées par les demandeurs »<sup>1001</sup>, « sans éléments des preuves »<sup>1002</sup>, etc.

**379. Moyens de la vérification.** Lorsque le juge décide de mettre en œuvre la procédure de la vérification, il peut enquêter activement sur l'irrégularité des actes du recueil des preuves. Il peut tout d'abord inspecter les enregistrements audiovisuels de l'interrogatoire. Cette mesure concerne environ 60% des affaires<sup>1003</sup>. Ensuite, le juge peut consulter le certificat médical d'un détenu. Ce certificat est souvent considéré comme une preuve directe permettant de prouver l'irrégularité ou la régularité des actes de recueil des aveux. Par exemple, dans une affaire, un suspect a feint d'être malade et déclaré que c'est à cause des violences utilisées par les enquêteurs pendant l'interrogatoire. Mais son certificat médical indique un bon état de santé pendant la période de la détention. Ainsi, le juge a affirmé la régularité des actes de recueil des aveux et refusé d'exclure ces aveux. Troisièmement, le juge peut entendre les témoins et les déclarations des accusés. Dans la procédure de la vérification, l'enquêteur peut se présenter en justice en tant que témoin. Cependant, dans la pratique, l'enquêteur ne veut pas comparaître devant le tribunal ; ainsi donc, il choisit une alternative : il renvoie au juge une lettre d'explication contre signé par l'organe d'enquête. Quatrièmement, le juge peut consulter les procès-verbaux de l'interrogatoire.

**380. Conclusion.** Après avoir étudié la mise en œuvre de l'exclusion des preuves depuis 2010 dans la pratique, nous pouvons définir ses caractéristiques. En premier lieu, l'avocat joue un rôle très important dans la procédure de l'exclusion des preuves illégales. Parmi les affaires que nous avons collectées, il y a 83,3% des suspects ou des accusés qui sont assistés par leur(s) avocats. Ce taux est beaucoup plus élevé que le taux d'assistance par un avocat dans l'ensemble des affaires pénales (moins de 30%)<sup>1004</sup>. De plus, si un avocat demande l'exclusion des preuves illégales, il précise bien ses motifs, les éléments des preuves concernés et ses revendications, ainsi donc,

<sup>999</sup> Numéro de l'affaire : (2014) 通刑初字第 387 号。

<sup>1000</sup> Numéro de l'affaire : (2014) 一中刑初字第 2314 号。

<sup>1001</sup> Numéro de l'affaire : (2013) 二审高刑终字第 150 号。

<sup>1002</sup> Numéro de l'affaire : (2013) 二中刑终字第 1458 号。

<sup>1003</sup> Yang Yuguan (杨宇冠), *L'étude sur l'application de la règle d'exclusion des preuves illégales en Chine* (《非法证据排除规则在中国的 implementation 问题研究》), préc., p.177.

<sup>1004</sup> Dans quelques régions, le taux de l'assistance des avocats dans les affaires pénales est de 12%. V. les propos du président du barreau de la Chine dans le XI<sup>ème</sup> Conférence consultatives politique du peuple chinois, <http://www.cppcc.gov.cn/zxww/2012/03/12/ARTI1331540862573421.shtml>, consulté le 13 décembre 2017.

le taux de la recevabilité de cette demande est élevé. En deuxième lieu, les demandeurs préfèrent invoquer l'exclusion des preuves illégales dans la phase de jugement. Dans plus de la moitié des affaires que nous avons collectées, les suspects ou les accusés ou leurs avocats demandent à exclure des preuves illégales devant le tribunal. Ainsi, le juge doit s'arrêter de traiter les questions substantielles et résoudre avant tout l'admissibilité des preuves illégales. En troisième lieu, dans la procédure de la vérification, les magistrats utilisent plusieurs moyens pour apprécier la régularité ou l'irrégularité des actes de recueil des preuves. En pratique, les moyens plus souvent employés sont les suivants : consulter les enregistrements audiovisuels ou les procès-verbaux de l'interrogatoire ou le certificat médical, entendre les témoins, vérifier la lettre d'explication contresignée par l'organe d'enquête. En quatrième lieu, les décisions d'exclusion des preuves illégales rendues par le parquet sont beaucoup plus nombreuses que celles rendues par le juge. Autrement dit, il est plus aisé d'exclure les preuves illégales dans la phase d'avant-procès qu'en audience. En cinquième lieu, concernant l'étendue d'exclusion, les magistrats se focalisent sur les preuves testimoniales. Et ils prennent une position conservatrice sur les conséquences des preuves illégales, c'est-à-dire qu'un acte irrégulier ne pollue pas les preuves dérivées de cet acte. Cette attitude conduit aux controverses sur l'effet des preuves illégales, surtout dans la question concernant les aveux répétés. En sixième lieu, il s'agit des motifs des décisions. Dans de nombreux cas, les magistrats n'expliquent pas leurs décisions de la manière précisée ou détaillée. Ainsi, il est nécessaire de renforcer l'exigence de la motivation de la décision du magistrat.

Bien que la Loi de Procédure Pénale ne précise pas les modalités de la mise en œuvre de l'exclusion des preuves illégales, les expériences pratiques nous permettent d'étudier ce sujet. Afin de confirmer certaines expériences et d'améliorer le système d'exclusion des preuves illégales, les autorités judiciaires ont édicté un nouveau texte concernant l'exclusion des preuves illégales en 2017.

## **§ 2. Les dispositions sur la mise en œuvre de l'exclusion des preuves prévues par le texte 2017**

**381. Constitution d'un encadrement de la procédure.** Depuis 2010, les organes de l'autorité judiciaire s'efforçaient d'accumuler les expériences de la mise en œuvre de l'exclusion des preuves illégales. Au fur et à mesure, ils ont élaboré les modalités d'encadrement de la procédure d'exclusion des preuves illégales, incluant la qualité des demandeurs, le filtrage au cours de la séance d'avant-procès, la vérification solennelle en audience, les formes de la décision et les voies de recours. S'appuyant sur les expériences raisonnables cumulées dans la pratique, les rédacteurs du texte 2017 précisent les modalités de la mise en œuvre de l'exclusion des preuves illégales. Ainsi, la procédure de l'exclusion des preuves illégales est encadrée par le texte. Les rédacteurs de ce nouveau texte le divisent également en la phase d'avant-procès **(A)** et la phase du jugement **(B)**.

## A. La phase d'avant-procès

**382. Trois étapes.** Dans la procédure pénale chinoise, la phase d'avant-procès est constituée de trois étapes : l'enquête, l'autorisation de la détention, la poursuite. La première est réalisée par l'organe d'enquête **(1)** ; les deux dernières sont réalisées par le parquet **(2)**. Selon la Loi de Procédure Pénale, dans la phase d'avant-procès, le ministère public peut, d'office ou à la demande de l'intéressé, vérifier la régularité ou l'irrégularité des actes d'enquête, et décider d'exclure les preuves obtenues par des actes irréguliers. Cependant, la procédure de la vérification se déroule de manière non-contradictoire. Elle est par essence une activité secrète et administrative, car le parquet mène son enquête activement et unilatéralement, et sa décision constitue une mesure d'administration judiciaire qui n'est susceptible d'aucun recours.

### 1. L'enquête

**383. Au cours de l'enquête.** Le texte 2017 renforce l'encadrement de l'interrogatoire. L'article 9 fixe les lieux où se déroulent l'interrogatoire. Plus précisément, lorsque les suspects ou les accusés sont gardés à vue ou détenus dans un centre de détentions, les enquêteurs doivent les interroger dans la cellule de l'interrogatoire de ce centre de détentions ; s'ils le font en dehors de cette cellule, ils doivent apporter des explications raisonnables. Les articles 10 et 11 imposent l'enregistrement audiovisuel des interrogatoires. Les rédacteurs soulignent surtout la nécessité de disposer des données intégrales et intactes. L'article 12 consacre les modalités de l'élaboration des procès-verbaux de l'interrogatoire. L'article 13 prévoit que les agents du centre de la détention doivent enregistrer les noms et prénoms des personnes interrogées et des enquêteurs qui font l'interrogatoire, les motifs de l'interrogatoire, l'heure de début et de fin. De plus, lorsque les suspects ou les accusés sont transféré au centre de la détention, les agents de ce centre doivent désigner un médecin pour examiner les personnes détenues. En cas de blessures ou de traces anormales, ils doivent les prendre en photos ou les filmer, et indiquer dans le certificat médical les explications des suspects ou des agents qui les accompagnent. Ce certificat médical est présenté à la signature de ces derniers. La Constitution et la Loi de Procédure Pénale consacrent que le parquet est l'organe chargé de la surveillance de l'application des lois. Ainsi, au cours de l'enquête, le parquet est habilité à vérifier la régularité des actes utilisés par les enquêteurs. Le parquet peut surveiller d'office la régularité des actes d'enquête. L'article 14 du texte 2017 met l'accent sur le droit des suspects ou de leurs avocats. Ainsi, ils peuvent, pendant l'enquête, demander l'exclusion des preuves illégales au parquet. Après avoir accepté cette demande, le parquet doit vérifier la fidélité des indices ou des données fournies par les demandeurs. Si le parquet prononce l'irrégularité des actes utilisés par l'enquêteur, il peut exiger que l'organe d'enquêteur ne verse pas dans le dossier les éléments de preuves obtenus par ces actes irréguliers.

**384. À la fin de l'enquête.** Afin de limiter l'utilisation de la torture, des violences ou d'autres moyens illégaux, et mettre les actes d'enquête sous le contrôle du parquet, les rédacteurs du texte 2017 ont spécialement créé une procédure de la censure à la fin de l'enquête. Selon l'article 14 alinéa 3 du texte 2017, la procédure de

la censure désigne qu'« avant la clôture de l'enquête sur *les grandes affaires*, le parquet doit entendre les suspects ou consulter les enregistrements audiovisuels, afin de contrôler la régularité des actes utilisés par les enquêteurs pendant l'interrogatoire ». Ici, que signifie « les grandes affaires » ? Selon l'interprétation de la Cour suprême, deux critères permettent d'apprécier la gravité : l'un est la peine encourue (au moins l'emprisonnement à vie) ; l'autre est la qualification de crime (crime organisé, trafic de stupéfiants, etc.). En fait, dans chaque centre de la détention, il y a un ou plusieurs procureurs délégués par le parquet. Désormais, s'agissant des grandes affaires, ces procureurs s'obligent à contrôler la régularité des actes employés pendant l'interrogatoire avant la clôture de l'enquête. Sinon, lorsque ces affaires sont transmises au tribunal, le juge peut exclure les preuves obtenues par ces actes. En outre, si les suspects ou les accusés déclarent, lors de contrôle du parquet, que l'enquêteur n'a pas utilisé d'actes illégaux, mais qu'ils reviennent sur ces déclarations dans la phase du jugement et demandent à exclure les aveux obtenus par les actes irréguliers, ils doivent la justifier leur demande, sinon, le juge peut la refuser.

## **2. L'autorisation de la détention et la poursuite**

**385. Dispositions.** Lors de l'autorisation de la détention et de la décision de la poursuite, le parquet peut, d'office ou à la demande de l'intéressé, exclure les éléments des preuves obtenus par des moyens illégaux. Afin de garantir l'effectivité de cette procédure, le texte 2017 consacre les modalités d'exclusion des preuves illégales. L'article 16 prévoit que « lorsque le parquet interroge les suspects pour autoriser la détention ou décider de poursuivre, il doit les informer de leur droit de demander l'exclusion des preuves illégales, de leur droit de recours et des conséquences de la reconnaissance de culpabilité ». L'alinéa 1 de l'article 17 prévoit que « lors de l'autorisation de la détention et de la décision de poursuivre, si les suspects ou leurs avocats demandent à exclure les preuves illégales et apportent les indices ou les données sur l'irrégularité des actes d'enquête, le parquet doit mettre en œuvre la procédure de la vérification. Il doit informer par écrit les suspects ou leurs avocats de sa décision écrite ». L'article 17, l'alinéa 2, prévoit que « lorsque le parquet découvre que l'enquêteur a eu recours à la torture ou à d'autres actes irréguliers, il doit exclure les éléments de preuves obtenus par ces actes et transmettre son avis à l'organe d'enquête. Le cas échéant, le parquet peut d'office enquêter sur la régularité ou l'irrégularité des actes d'enquête ». L'article 17, l'alinéa 3 prévoit que « lorsque le parquet confirme l'irrégularité des actes, il ne peut pas baser sa décision de l'autorisation de la détention ou de la poursuite sur les éléments de preuves obtenus par ces actes irréguliers. Le parquet doit verser ces éléments des preuves au dossier et indiquer sa décision de les exclure ». L'article 18 stipule qu'« après avoir exclu les éléments des preuves illégales, si le parquet estime que les conditions de l'autorisation de la détention ou de la décision de poursuivre ne sont pas réunies, il peut décider de ne pas autoriser la détention ou la poursuite des suspects ».

## **B. La phase du jugement**

**386. Deux éléments importants.** Les rédacteurs du texte 2017 établissent le mécanisme de délibération prioritaire sur l'exclusion des preuves illégales, afin

d'empêcher qu'elles influencent le jugement (1). De plus, pour éviter le recours abusif au droit de demander l'exclusion des preuves illégales, ils distinguent la procédure de filtrage de la procédure solennelle de la vérification (2).

### 1. Le mécanisme de délibération prioritaire sur l'exclusion des preuves illégales

**387. Séance d'avant-procès.** Entre la poursuite et l'audience, le législateur de la Loi de Procédure Pénale de 2012 crée un nouveau mécanisme : « la séance d'avant-procès » qui est une plateforme permettant l'écoute ou l'échange d'avis entre les procureurs et la partie de la défense. Cette innovation vise à rassembler les controverses entre les deux parties et à renforcer l'efficacité de l'audience<sup>1005</sup>. Selon l'alinéa 2 de l'article 182 de la Loi de Procédure Pénale, « les juges peuvent convoquer les procureurs, les accusés et leurs avocats à la séance d'avant-procès, et entendre leurs avis sur les personnes récusées, la liste des témoins qui se présenteront en jugement, l'exclusion des preuves illégales et d'autres questions concernant l'audience ». Ainsi, lorsque les accusés ou leurs avocats sollicitent l'exclusion de preuves illégales entre l'achèvement de la poursuite et l'ouverture de l'audience, les juges doivent convoquer une séance d'avant-procès. À cause de l'imprécision de la loi, entre 2012 et 2017, les tribunaux ont exploré eux-mêmes, par leurs expériences pratiques, les modalités du déroulement de la séance d'avant-procès. En 2017, les rédacteurs du texte 2017 les ont fixés par écrit, en s'appuyant sur ces expériences pratiques.

Tout d'abord, la séance d'avant-procès se déroule selon le principe du contradictoire. Après avoir été convoqués à la séance d'avant-procès, les accusés et leurs avocats peuvent énoncer, sur le champ, leur demande et produire les indices et les données sur l'irrégularité des actes d'enquête (art. 25, alinéa 1 du texte 2017). Les procureurs peuvent démontrer la régularité des actes d'enquête par la production d'éléments des preuves ou la projection des vidéos de l'interrogatoire. Les deux parties peuvent donner leurs avis sur la régularité ou l'irrégularité des actes d'enquête. Après avoir entendu ces avis, les juges mettent la question de la régularité des actes d'enquête en délibération<sup>1006</sup>.

Ensuite, se déroule l'achèvement de la séance d'avant-procès. D'une part, lorsque les deux parties sont du même avis, le tribunal rend sa décision selon cet avis. Si le parquet estime que les motifs de la demande des accusés et de leurs avocats sont suffisants et décide de suivre leurs avis, les éléments des preuves visés sont exclus de la procédure pénale, c'est-à-dire qu'ils ne peuvent pas être produits en audience. De même, si les accusés ou leurs avocats estiment que les motifs de leur demande d'exclusion des preuves illégales ne sont pas suffisants, ils peuvent demander la rétractation de leur demande d'exclusion de preuves illégales. Les éléments des preuves visés peuvent alors être produits en audience (art. 26 du texte 2017). Les accusés ou leurs avocats ne pourront pas redemander l'exclusion de ces éléments des preuves, sauf s'il apparaît de nouveaux indices ou données (art. 25, alinéa 3 du texte

<sup>1005</sup> Mo Xiangyi (莫湘益), « Séance d'avant-procès : une étude en théorie et en pratique » ( “庭前会议：从法理到实证的考察” ), in *Recherche des sciences juridiques* ( 《法学研究》 ), 2014, n° 3.

<sup>1006</sup> Dai Changlin (戴长林), « Les questions sur la séance d'avant-procès » ( “庭前会议程序若干疑难问题” ), in *Ren Ming Si Fa* ( 《人民司法》 ), 2013, n° 21.

2017). Les juges doivent marquer l'accord entre les deux parties dans le rapport de la séance d'avant-procès. En audience, le tribunal prononce ce rapport solennellement après la reconnaissance des deux parties. D'autre part, lorsque les deux parties ne sont pas parvenues à un compromis, les juges doivent, dans le rapport de la séance d'avant-procès, résumer les controverses entre les deux parties. En audience, le tribunal met en œuvre la procédure solennelle de la vérification à travers l'organisation d'une audition sur l'exclusion des preuves illégales. Enfin, le tribunal délibère sur l'irrégularité des actes d'enquête non seulement sur le fondement de l'audition mais aussi selon le rapport de la séance d'avant-procès.

**388. Audience.** Lorsque les accusés ou leurs avocats demandent l'exclusion des preuves illégales en audience, le tribunal doit en principe suspendre son enquête sur les éléments substantiels, et résoudre en priorité les controverses sur l'irrégularité des actes d'enquête (art. 30 du texte 2017). Dès que le tribunal décide d'exclure ou d'admettre les preuves visées, l'enquête sur les éléments substantiels peut reprendre. À l'audience suivante, les juges ne peuvent pas délibérer ou rendre leur décision sur la base des preuves déjà exclues. Mais pour ne pas prolonger excessivement le délai de l'audience, le tribunal peut vérifier la régularité ou l'irrégularité des actes d'enquête à la fin de l'audience. C'est la seule dérogation prévue par les rédacteurs du texte 2017. Néanmoins, dans quels cas l'audience dure-t-elle trop longtemps ? Les rédacteurs du texte 2017 ne l'ont pas précisé. Dans la pratique, lorsque plusieurs accusés et leurs avocats demandent l'exclusion des preuves illégales, ou lorsqu'il n'y a aucun rapport entre les preuves visées et les faits jugés, le tribunal peut apprécier l'irrégularité ou la régularité des actes de recueil des preuves à la fin de l'audience.

Quand le tribunal prononce-t-il l'exclusion des preuves illégales ? Avant 2017, le tribunal ne la prononçait pas au moment de prononcer la sentence. Le juge notifie sa décision concernant l'exclusion des preuves illégales dans le jugement écrit rendu après l'audience. D'une part, cela conduit de la négligence dans la procédure de la vérification de l'irrégularité des actes de recueil des preuves, et d'autre part, cela nuit au droit à l'information de l'accusé et influence par conséquent son droit de recours. Pour surmonter ces limites, les rédacteurs du texte 2017 confirment le principe du prononcé de l'exclusion des preuves illégales sur le siège. Aux termes de l'article 33 du texte 2017, « après avoir vérifié l'irrégularité des actes d'enquête, le tribunal doit rendre sur le siège sa décision sur l'exclusion des preuves obtenues par ces actes. Le cas échéant, il peut déclarer l'audience suspendue et renvoyer la controverse au comité de jugement en formation collégiale. Après la délibération de ce dernier, le tribunal reprend l'audience et prononce la décision concernant l'exclusion des preuves illégales ». Néanmoins, cette décision n'est pas autonome. En cas de contestation, les accusés ou leurs avocats peuvent interjeter l'appel après que le tribunal rend son jugement définitif.

## **2. La distinction entre la procédure de filtrage et la procédure de la vérification**

**389. Disposition initiale.** Depuis 2010, concernant l'exclusion des preuves illégales, le législateur a distingué la procédure de filtrage de la procédure de la vérification. Dans la procédure de filtrage, le tribunal apprécie la recevabilité de la demande de l'exclusion des preuves illégales sur la base d'indices ou de données

apportés par les accusés ou leurs avocats. En cas de l'acceptation de cette demande, le tribunal peut mettre en œuvre de la procédure de la vérification dans laquelle le parquet est chargé de prouver la régularité des actes d'enquête. Ainsi, le législateur a initialement distingué la procédure de filtrage de la procédure de la vérification. Mais il n'a pas précisé les modalités de ces deux procédures. Cette carence a été comblée par les rédacteurs du texte 2017. Désormais, la procédure de filtrage se déroule dans la séance d'avant-procès, et la procédure de la vérification a lieu en audience.

**390. Procédure de filtrage.** Quelles sont les modalités de la procédure de filtrage ? Selon le nouveau texte, les accusés ou leurs avocats doivent apporter des indices ou des données sur l'illégalité des actes du recueil des preuves. Les procureurs peuvent objecter la demande de l'exclusion des preuves illégales de la part des accusés ou de leurs avocats, et apporter des éléments de preuve pour prouver la régularité des actes de recueil des preuves. Après avoir produit les éléments des preuves, la défense et la l'accusation peuvent donner respectivement leurs avis sur l'irrégularité ou la régularité des actes de recueil des preuves. Si les deux parties sont du même avis, le juge l'acceptera. Ainsi, il n'est pas nécessaire de mettre en œuvre la procédure de la vérification. À l'inverse, lorsque les deux parties ne sont pas du même avis, le juge décidera de mettre en œuvre de la procédure de la vérification, si les conditions requises sont réunies. À la fin de la procédure de filtrage, le juge doit rédiger un rapport indiquant les controverses des deux parties et le déroulement de la séance d'avant-procès. Ainsi, la procédure de filtrage revêt un caractère contradictoire.

**391. Procédure de vérification.** La procédure de la vérification se déroule en audience. Certains auteurs la considèrent comme « un jugement du milieu » ou « un mini-jugement »<sup>1007</sup>. Lors de la procédure de la vérification, le tribunal prononce avant tout le rapport de la séance d'avant-procès indiquant le déroulement de la procédure de filtrage et les controverses des deux parties. Il explique les raisons de la mise en œuvre de la procédure de la vérification et précise les enjeux de la vérification. Ensuite, les procureurs produisent les éléments des preuves pour démontrer la régularité des actes d'enquête. Ces éléments des preuves incluent normalement des preuves écrites (les procès-verbaux de l'interrogatoire, le certificat médical de la personne interrogée, le cahier d'enregistrement du centre de la détention, les actes d'autorisation des mesures coercitives, le dossier concernant le contrôle de la régularité des actes d'enquête établi par le parquet avant la clôture de l'enquête), les témoins (l'enquêteur ou les personnes intéressées) et les données des enregistrements audiovisuels de l'interrogatoire. Les accusés ou leurs avocats peuvent contester la fidélité de l'un ou plusieurs de ces éléments des preuves, ou questionner les témoins. Le cas échéant, les accusés ou leurs avocats sont habilités à demander au tribunal la production des éléments des preuves, incluant également les moyens des preuves ci-dessus. De même, les procureurs peuvent mettre en doute l'admissibilité ou la force probante de l'une ou plusieurs de ces preuves. Enfin, le tribunal n'est pas un arbitre passif. Il peut d'office mener l'enquête. Si le juge a un doute sur la fidélité de l'un ou

---

<sup>1007</sup> Chen Ruihua (陈瑞华), « La théorie sur la procédure de l'exclusion des preuves illégales » ( “非法证据排除程序的理论展开” ), in Recherche du droit comparé (《比较法研究》), 2018, n° 1.

plusieurs des éléments des preuves, il peut soit demander à l'apporteur d'ajouter d'autres éléments des preuves ou de donner des explications, soit l'enquêter lui-même en dehors du tribunal. Néanmoins, tous les éléments des preuves ajoutés doivent faire l'objet d'un examen croisé par les accusés et les procureurs au tribunal. Sinon, ils ne pourront pas servir de base à la décision judiciaire. À la fin de la procédure de la vérification, le juge donne sa décision sur l'exclusion des preuves.

**392. Voies de recours.** Puisque la décision sur l'exclusion des preuves illégales n'est pas autonome, en cas de contestation, les accusés ou leurs avocats peuvent interjeter l'appel après le prononcé du jugement définitif du tribunal de la première instance. Le nouveau texte stipule deux moyens de recours. La premier consiste à la sanction procédurale (art. 40, alinéa 1 du texte 2017). Plus précisément, lorsque le tribunal de la première instance refuse directement d'accepter la demande d'exclusion des preuves illégales, les accusés ou leurs avocats peuvent interjeter l'appel contre cette décision. La cour d'appel peut annuler le jugement de la première instance et renvoyer devant la cour de première instance. La seconde consiste à la correction du jugement de la première instance (art. 40, alinéa 2 du texte 2017). Lorsque le tribunal de la première instance accepte la demande de l'exclusion des preuves illégales, met en œuvre la procédure de filtrage ou la procédure de la vérification, et décide de ne pas exclure les preuves visées, si les demandeurs s'opposent à cette décision, ils peuvent l'interjeter l'appel après que le jugement du fond est rendu. Dans le cas où la cour d'appel ordonne une décision opposée à celle rendu par le tribunal de la première instance, c'est-à-dire qu'elle décide de l'exclusion des preuves illégales, elle doit tenir compte de l'influence de cette décision sur le jugement sur le fond en première instance. Si les preuves exclues sont l'enjeu de la condamnation, la cour d'appel peut modifier la condamnation initiale ou renvoyer l'affaire devant le tribunal de la première instance et recommencer la procédure. Au contraire, si les preuves exclues n'influencent pas la condamnation, la cour d'appel peut refuser l'appel interjeté par les accusés ou leurs avocats et maintenir le jugement initial.



## Conclusion du Chapitre II

**393. Amélioration du système.** Pour connaître les cas d'exclusion des preuves en pratique, nous avons procédé à une étude empirique. Les données collectées dans la cour et le parquet du district de Dong Cheng à Pékin montrent que les magistrats chinois prononcent rarement l'exclusion des preuves et la plupart des cas d'exclusion concernent les aveux recueillis illégalement. De plus, la LPP ne précise pas les modalités de la mise en œuvre de l'exclusion des preuves illégales. S'agissant de la mise en œuvre de l'exclusion des preuves illégales, Ainsi, depuis 2010, la règle d'exclusion des preuves illégales n'a pas été bien appliquée. Dans ce contexte, l'autorité judiciaire a édicté un nouveau texte 2017 afin de renforcer et faciliter l'application de la règle d'exclusion des preuves illégales. Grâce à ce nouveau texte, d'une part, les cas d'exclusion des aveux recueillis illégalement sont précisés et un critère d'« aveux spontané » est fixé, et d'autre part, les modalités d'encadrement de la mise en œuvre de l'exclusion des preuves illégales sont reconnues par écrit. Le texte 2017 permet d'améliorer le système de la règle d'exclusion des preuves illégales.

**394. Interdépendance des systèmes.** Malgré l'amélioration du système de la règle d'exclusion des preuves illégales, le texte 2017 ne débarrasse pas tous les obstacles dans son application. En fait, l'effet de l'application de ce système dépend non seulement de l'état du système lui-même, mais aussi des autres systèmes correspondants : le droit de la défense, la marge de manœuvre du magistrat, l'autonomie et l'autorité de la Cour, etc.

**395. Droit de la défense.** Concernant le droit de la défense, on a déjà vu que l'avocat joue un rôle très important lors de la demande de l'exclusion des preuves illégales. Le législateur de la Loi de Procédure Pénale de 2012 a renforcé le droit de l'investigation de la part de l'avocat. Mais les formulations imprécises de certaines dispositions ne permettent pas de résoudre tous les problèmes pratiques. À titre d'exemple, lorsqu'un avocat demande les éléments de preuves possédés par un organe d'enquête, si ce dernier refuse à cette demande et ne donne aucune explication raisonnable, le tribunal peut-il imposer à cet organe d'enquête la production des éléments de preuves ? Lorsqu'un avocat demande au tribunal d'inviter un enquêteur à comparaître à l'audience, si cet enquêteur refuse, cet avocat dispose-t-il de voies de recours ?

**396. Fonction du magistrat.** Quant à la marge de manœuvre du magistrat, les juristes chinois n'ont pas apporté beaucoup d'évolution dans leur réforme. Dans la pratique, il existe le phénomène de l'arbitraire de la décision du magistrat, c'est-à-dire que le magistrat ne précise pas les motifs de sa décision. La procédure de filtrage vise, dans un premier temps, à empêcher le recours abusif au droit à la demande d'exclusion des preuves illégales. Mais en réalité, elle devient la première barrière contre l'exclusion des preuves illégales, car le magistrat préfère de décider de l'irrecevabilité de la demande d'exclusion des preuves illégales. À cause du manque de l'exigence des motifs, il est facile pour les magistrats de prendre cette décision. De même, en audience, le magistrat doit apprécier en priorité la question sur l'exclusion des preuves illégales. Une seule dérogation permet d'empêcher de prolonger

excessivement la durée de l'audience. Mais la loi ne précise pas les cas concrets. Ainsi, dans la pratique, le magistrat apprécie librement et au cas par cas. Il existe un risque que cette seule exception devienne universelle.

**397. Autonomie et autorité de la Cour.** Enfin, la Cour chinoise manque de l'autonomie, car la Loi de Procédure Pénale souligne la coopération des trois organes judiciaires (la police, le parquet et la Cour). En fait, en Chine, le concept de la séparation des pouvoirs est théorique ; en pratique, il n'existe qu'une séparation des fonctions. Chaque organe est respectivement chargé de sa fonction, et en même temps de coopérer avec les autres organes. Puisque l'enquête est toujours un enjeu de la procédure pénale chinoise, les jugements de la Cour manquent d'autorité d'indépendance. Cela peut être illustré par le nombre de l'acquittement rendu par les tribunaux pénaux. Statistiquement, entre 2013 et 2017, le nombre d'accusés qui sont jugés non-coupables est de 4,032, soit moins de 0,08%<sup>1008</sup>. Afin d'éviter de rendre un jugement de non-coupable, l'organe d'enquête et le parquet sont hostile à l'exclusion des preuves illégales. C'est la raison pour laquelle l'enquêteur refuse souvent de comparaître devant le tribunal, et le procureur tolère cette résistance de l'enquêteur.

---

<sup>1008</sup> Zhou Qiang (周强), « Rapport de la Cour suprême populaire sur l'approfondissement de la réforme de la justice » ( “ 最高人民法院关于人民法院全面深化司法改革情况的报告 ” ), in Journal de la Cour populaire ( 《 人民法院报 》 ), le 9 novembre 2017.

## Conclusion du Titre I

**398. Sanction procédurale en droit français.** Dans cette partie, nous avons étudié le régime de la sanction procédurale dans les deux pays permettant de connaître comment encadrer la liberté de la preuve dans la phase de l'appréciation de l'admissibilité de la preuve. En droit français, la sanction procédurale est réalisée par le régime de nullité de l'instruction et de l'enquête. L'histoire de ce dernier dure environ deux siècles. On a vu que l'évolution de nullité de l'instruction et de l'enquête était fluctuante. La force de la sanction procédurale est variée selon la politique ou les circonstances de la justice pénale. Le dynamisme du régime de nullité est dû à sa source jurisprudentielle. Bien que le législateur de la loi 4 janvier 1993 se soit efforcé de dominer les cas de nullité à travers l'établissement d'un article énumérant ces cas, son échec a été manifesté par la suppression de cette liste après huit mois. Désormais, l'autorité de la décision des cas de nullité est retournée à la main du magistrat. Selon la jurisprudence actuelle, les magistrats français prennent une position conservatrice sur la sanction procédurale. Les critères de l'annulation des actes sont de plus en plus stricts, par exemple, « l'effectivité du grief » et « le support nécessaire et exclusif des autres actes de la procédure ».

**399. Sanction procédurale en droit chinois.** En droit chinois, la sanction procédurale est concrétisée en la règle d'exclusion des preuves illégales. En théorie, cette sanction procédurale est très forte. Mais en pratique, les preuves recueillies illégalement sont très peu exclues. L'écart entre la théorie et la pratique signifie la mauvaise application de la règle d'exclusion des preuves illégales. Les causes de cette dernière portent sur les dispositions trop avancées ou l'imprécision des dispositions. Afin de corriger ces défauts, le texte 2017 consacre d'une part les cas exclusion des aveux recueillis illégalement qui apparaît fréquemment dans la pratique, d'autre part les modalités de la mise en œuvre de l'exclusion des preuves. Ce nouveau texte permet non seulement d'améliorer la règle d'exclusion des preuves illégales, mais aussi de renforcer son application. En général, les magistrats chinois sont aussi très réservés pour exclure les preuves recueillies illégalement. Cependant, à la différence du droit français, il n'existe pas les critères de l'exclusion établis par la jurisprudence en Chine.

**400. Conclusion.** Étant donnée que les magistrats dans les deux pays sont très prudents pour écarter les preuves recueillies illégalement, on constate que « la manifestation de la vérité » est toujours un intérêt supérieur en procédure pénale, et en conséquence le magistrat français et chinois n'écartera pas réellement les preuves décisives de la condamnation en raison de leur obtention de manière illégale. De plus, le parallèle entre les régimes de la sanction procédurale dans deux pays mérite d'être établi systématiquement et scrupuleusement dans la suite du texte.



## **Titre II. Les analyses comparées**

**401. Deux plans de comparaison.** Dans le Titre I, nous avons présenté les régimes de la sanction procédurale dans les deux pays. Cela nous permet de mieux connaître les deux objets de comparaison. Après avoir construit cette base, nous allons dans cette partie nous engager dans des analyses comparées. Afin de réaliser une comparaison systématique, nous allons distinguer le plan macroscopique (**chapitre I**) du plan microscopique (**chapitre II**).



## Chapitre I. Un regard macroscopique

**402. Deux facettes du régime.** Du point de vue macroscopique, nous allons étudier deux facettes du régime de la sanction procédurale. L'une concerne l'histoire du régime (**section I**). Cela nous permet de discerner l'ensemble du processus de l'évolution du régime. L'autre concerne l'objectif du régime (**section II**).

### Section I. L'histoire du régime

**403. Deux aspects de l'étude.** Comme on l'a déjà évoqué dans le Titre I, la sanction procédurale pénale se réalise différemment dans les deux pays : le régime des nullités de procédure en France, le régime de la règle d'exclusion des preuves illégales en Chine. L'histoire de ces deux régimes est différente : la durée du premier est de presque deux siècles ; le second, subsistant presque vingt ans, est beaucoup plus jeune. Nous allons comparer ces deux régimes sous deux aspects : leur naissance (**§1**) et leur évolution (**§2**).

#### § 1. La naissance du régime

**404. Trois objectifs.** Le régime des nullités de procédure est né en France au XIX<sup>e</sup> siècle. La France accumule les expériences d'évolution des nullités de procédure au cours des deux derniers siècles. Au contraire, en Chine, le régime de la règle d'exclusion des preuves illégales n'est établi que depuis 2010. Ce régime est encore en « construction ». Ici, nous allons discerner les ressemblances et les différences à l'égard de la naissance de ces deux régimes (**A**), ensuite analyser les causes de ces ressemblances ou de ces différences (**B**), et enfin présenter la perspective du régime chinois (**C**).

##### A. Discernement des ressemblances et des différences

**405. Ressemblances.** Généralement, avant la naissance d'un régime, il y a eu sa force d'impulsion. En France et en Chine, la force d'impulsion du régime de la sanction procédurale est le développement des droits de la défense dans la procédure pénale, surtout dans la phase d'avant-procès. L'idée du renforcement des droits de la défense est apparue en doctrine dans un premier temps. Dans les deux pays, la discussion sur l'établissement du régime de la sanction procédurale a duré très longtemps. Après le mûrissement de cette discussion doctrinale, les juristes ont mis en pratique le régime de la sanction procédurale : en France, les jurisprudences concernant les nullités de l'instruction se multipliaient ; en Chine, la Cour suprême a commencé à procéder à des expériences pilotes sur la règle d'exclusion des preuves illégales dans certains tribunaux. La dernière étape engendre la législation du régime de la sanction procédurale : en France, les nullités de l'instruction s'inscrivent dans la loi du 8 décembre 1897 ; le législateur chinois a légiféré la règle d'exclusion des preuves illégales dans la LPP de 2012. Ainsi, pour établir leur propre régime de la sanction procédurale, les deux pays suivent le même chemin : la discussion doctrinale – la mise en pratique – la législation.

**406. Différences.** Bien que le cheminement soit le même, la manifestation de la mise en pratique du régime de la sanction procédurale avant sa législation dans les deux pays est différente. En France, il s'agit de la jurisprudence concernant les nullités de l'instruction. À l'époque, malgré l'absence de dispositions claires et précises, les juges ont progressivement accumulé leurs expériences sur les affaires des nullités de l'instruction et formé leur pratique habituel. Ce processus durera presque quatre-vingt-dix ans (de 1808 à 1897). En fait, la loi du 8 décembre 1897 permet de confirmer des expériences jurisprudentielles en forme écrite.

En Chine, il concerne l'expérience pilote sur l'application de la règle d'exclusion des preuves illégales dans les organes judiciaires. Ici, certains lecteurs se posent peut-être une question : la préparation de la naissance d'un régime signifie qu'un régime n'a pas encore officiellement été établi, alors pourquoi peut-on appliquer la règle d'exclusion des preuves illégales lorsque cette dernière n'a pas encore été officiellement établie ? Pour répondre à cette question, il faut préciser le contexte de l'établissement de la règle d'exclusion des preuves illégales. Avant l'insertion de la règle d'exclusion des preuves illégales dans la LPP de 2012, les cinq organes (la Cour suprême, le Parquet suprême, le Ministère de la sécurité publique, le Ministère de la sécurité de l'État, le Ministère de la justice) ont conjointement édicté deux textes concernant les preuves pénales. Par essence, ces deux textes sont les textes de l'interprétation des lois. Selon eux, les organes judiciaires ont commencé à mettre en pratique la règle d'exclusion des preuves illégales. En d'autres termes, avant que le régime de la règle d'exclusion des preuves illégales s'inscrive officiellement dans la LPP de 2012, elle est apparue sous la forme de l'interprétation des lois.

Bref, avant que le régime de la sanction procédurale ait été établi officiellement par le législateur des deux pays, il est apparu dans la pratique judiciaire sous des formes différentes : la jurisprudence en France, l'interprétation des lois en Chine. Fonctionnellement, l'interprétation des lois chinoises correspond, dans une certaine mesure, aux normes de la jurisprudence française. Mais le processus de la formation de l'interprétation des lois chinoises est à l'opposé de celui des normes de la jurisprudence française. Ces dernières sont formées sur la base de la pratique habituelle procédée par les juges. Autrement dit, il y a tout d'abord les expériences pratiquées par les juges, et puis il y a la pratique habituelle résumée à partir de ces expériences ; ainsi, les normes de la jurisprudence sont formées par induction. À l'inverse, l'interprétation des lois chinoises est formée par déduction, parce qu'il y a tout d'abord les textes promulgués, et ensuite la mise en pratique par les agents judiciaires.

## **B. Les causes de la différence**

**407. Deux côtés.** Pour étudier les causes de la différence ci-dessus, il convient de regarder d'un côté la structure des pouvoirs de chaque pays **(1)**, et d'un autre côté leur propre régime de recrutement des magistrats **(2)**.

### **1. Structure des pouvoirs**

**408. Situation française.** En France, le pouvoir judiciaire est exercé par les juges eux-mêmes. Les motifs des jugements rendus par les juges peuvent se

transformer en normes de jurisprudence. Dans une certaine mesure, les juges peuvent créer les lois, à condition qu'on utilise « les lois » ici au sens large, non seulement signifiant les lois écrites, mais aussi comprenant les normes de la jurisprudence.

**409. Situation chinoise.** En Chine, en apparence, le pouvoir judiciaire est aussi procédé par les juges. Il apparaît que les deux pays sont semblables sur ce point. Mais, au fond, les juges chinois ne peuvent pas exercer personnellement leurs fonctions. Ils doivent le faire collectivement dans le cadre d'une cour ou d'un tribunal. Lorsqu'un juge pénal chinois juge une affaire, pour lui, il n'y a quasiment aucun espace pour créer des normes. Plus précisément, lorsqu'il y a des contentieux juridiques, la Cour suprême elle-même ou avec les autres organes judiciaires promulgue un texte d'interprétation des lois, afin de guider les juges dans tous les tribunaux pénaux. Cette pratique dénonce la hiérarchie de la bureaucratie : la Cour centrale - les Cours locales - les tribunaux des Cours locales - les juges. Dans cette structure du pouvoir judiciaire, lors de l'appréciation d'une affaire, les juges doivent rendre leurs jugements au fondement des interprétations des lois promulguées par la haute cour. En outre, les juges ne peuvent pas rendre leurs jugements par autonomie. Dans la plupart des cas, ils doivent transférer leurs jugements au président d'un tribunal ou d'une cour pour obtenir son autorisation avant le prononcé des jugements. En ce sens, les juges chinois exercent collectivement mais non personnellement leurs fonctions.

Néanmoins, il ne faut pas dire que les juges chinois n'ont aucune liberté sur leurs jugements. D'un côté, puisque le texte d'interprétation des lois édictées par la haute cour n'a pas été expérimenté dans la pratique judiciaire, il est parfois très difficile pour les juges d'appliquer certaines dispositions de ce texte. D'un autre côté, les juges sont obligés de prendre la décision sur un contentieux. Dans ce cas, les juges peuvent créer leurs propres pratiques. Ainsi, les juges obtiennent en réalité un certain degré de liberté de jugement. Si le résultat de la pratique d'un juge est bon, cette pratique va être reconnue par le tribunal et la cour et deviendra une pratique habituelle de toutes les cours locales, voire s'inscrira dans le texte de l'interprétation des lois de la part de la Cour suprême. Si l'on considère le texte de l'interprétation des lois chinoises comme les normes de la jurisprudence française, on peut décrire la situation chinoise comme telle. En apparence, semblable aux lois écrites adoptées par l'organe législatif, les normes de la jurisprudence en Chine sont également produites par un organe haut. Mais en fait, les pratiques habituelles que les juges utilisent dans les cas précis stimulent l'accroissement et l'amélioration des normes de la jurisprudence.

## **2. Recrutement des magistrats**

**410. Question.** Pour approfondir notre étude, il convient de se demander pourquoi la liberté des juges français est plus grande que celle des juges chinois, ou plus précisément, pourquoi les juges français peuvent personnellement créer les lois, alors que les juges chinois ne peuvent le faire que collectivement. Instinctivement, il semble que l'autorité chinoise et les citoyens chinois manquent de confiance en leurs juges ; à l'inverse, le gouvernement français et les citoyens français font confiance à leurs juges. Cette différence est à l'origine du régime du recrutement des magistrats dans les deux pays.

a) En France

**411. Les voies du recrutement des juges.** En France, le recrutement des juges s'effectue pour l'essentiel par concours. La voie principale – réservée à des citoyens français – consiste à réussir un concours d'entrée à l'École Nationale de la Magistrature. Outre le premier concours réservé aux étudiants (de moins de 31 ans), un deuxième concours est réservé aux fonctionnaire et agents de l'administration, sous certaines conditions d'âge et d'ancienneté dans le service public. Le troisième concours s'adresse à des personnes possédant une certaine expérience dans le privé, ou un passé impliquant l'exercice d'un mandat d'élu local, ou celui de fonctions juridictionnelles à titre non professionnel. D'autres recrutements par concours, plus ponctuels, sont organisés sous l'appellation de « concours exceptionnels » et plus récemment de « concours complémentaires ». À ces recrutements par concours s'ajoutent des recrutements sur titre, qui concernent des juristes justifiant d'un certain niveau d'exercice antérieur. Ceux-ci sont alors nommés, sur proposition d'une commission *ad hoc*, directement « auditeurs de la justice ». Leur nombre est contingenté. Mais d'autres configurations existent, qui permettent le recrutement direct dans le corps, sans même passer par le stade d'auditeur. Outre les détachements, il s'agit de recrutements dont les conditions varient selon le grade auquel les bénéficiaires sont susceptibles d'accéder. Toutes les modalités d'accès à la magistrature autres que le concours étudiant sont généralement regroupées sous l'appellation de « recrutements latéraux »<sup>1009</sup>. La plupart des candidats magistrats sont issues du concours étudiant. En 2005, 224 des élèves magistrats sont issus du concours étudiant, 19 du concours fonctionnaire et 7 du troisième concours<sup>1010</sup>. En 2006, sur un total de 210 élèves magistrats, 186 sont issus du concours étudiant (2 409 inscrits), 18 du concours interne (344 inscrits) et 6 du troisième concours (72 inscrits)<sup>1011</sup>.

**412. Formation de l'ENM.** Les candidats admis à ces concours sont tous nommés « auditeurs de justice » et entrent dans le corps judiciaire après prestation de serment. Ils effectuent tous une scolarité rémunérée de 31 mois organisée par l'École nationale de la magistrature, dans les tribunaux, dans un cabinet d'avocat et hors de l'institution judiciaire (dans une entreprise, une autre administration ou une collectivité locale). Cette scolarité se termine par un concours de sortie avec classement. Depuis 1994, le jury de classement, présidé par un conseiller à la Cour de cassation, émet un avis sur les fonctions auxquelles est apte chaque auditeur. Il peut exclure des auditeurs défaillants ou décider de leur redoublement. La tendance est à un examen de plus en plus rigoureux des aptitudes des futurs juges et membres du parquet par ce jury de sortie de l'ENM.

**413. Nomination des juges.** Les juges sont ensuite nommés par le président de la République, sur proposition du garde des Sceaux, et après avis du Conseil supérieur de la magistrature (CSM), que le ministre n'est pas tenu de suivre. Le CSM est un organisme central assurant fonctionnellement l'indépendance du juge dans le

---

<sup>1009</sup> Florence Audier etc., *Diversifier le recrutement public : le cas des magistrats*, Presses de l'École des Mines, 2016, p. 13.

<sup>1010</sup> [https://www.courdecassation.fr/IMG/File/pdf\\_2007/10-05-2007/10-05-2007\\_mcKee\\_fr.pdf](https://www.courdecassation.fr/IMG/File/pdf_2007/10-05-2007/10-05-2007_mcKee_fr.pdf).

<sup>1011</sup> [https://www.courdecassation.fr/IMG/File/pdf\\_2007/10-05-2007/10-05-2007\\_mcKee\\_fr.pdf](https://www.courdecassation.fr/IMG/File/pdf_2007/10-05-2007/10-05-2007_mcKee_fr.pdf).

déroulement de sa carrière. Apparu en 1883 comme formation disciplinaire au sein de la Cour de cassation, le CSM est devenu un organe autonome avec la Constitution de 1946 avant d'être rénové par celle de 1958 et profondément remanié par la loi constitutionnelle du 27 juillet 1993. Présidé par le Président de la République, avec comme vice-président pouvant le suppléer le Garde des sceaux, le CSM comprend 2 formations (une pour le siège, l'autre pour le parquet) composées chacune de 4 membres communs aux deux formations (nommés par le Président de la République, les Présidents de l'Assemblée Nationale et du Sénat, et un élu par l'assemblée du Conseil d'État) et 6 magistrats élus représentant dans chaque formation les différents grades de la hiérarchie judiciaire. Ces membres exercent un mandat de 4 ans non renouvelable. Le CSM n'est pas en charge de l'administration et du contrôle du fonctionnement du corps judiciaire, aucune nomination et aucun avancement d'un juge français ne peut intervenir suivant les cas sans sa propre proposition (conseillers à la Cassation, Premiers présidents de cour d'appel, présidents de tribunaux de grande instance) ou sans son avis conforme sur les projets de nomination préparés par les services du Ministère de la justice (tous les autres postes de magistrat du siège). Cette compétence de proposition porte sur environ 400 postes de magistrats du siège (sur un total de 5 500).

Ces attributions correspondent à un travail concret très exigeant pour les membres du CSM. Il se traduit pour les propositions de nomination par une étude minutieuse des dossiers de candidats par deux rapporteurs puis par un « interview » des candidats par l'ensemble de la formation du Conseil. La portée de cet entretien qui complète l'examen du dossier, qui reste « *l'élément déterminant du choix* » est de permettre « *un échange privilégié entre le magistrat et le Conseil qui attend de lui qu'il exprime de manière directe la réalité de sa motivation professionnelle, ses projets pour le poste envisagé et, d'une manière plus générale ses réflexions sur l'institution judiciaire* »<sup>1012</sup>. À l'issue de ces auditions une délibération collégiale intervient pour arrêter le choix du candidat le plus apte dont le nom sera soumis au Président de la République. Ce projet de nomination d'un candidat fait l'objet d'une présentation orale motivée par le rapporteur devant le Président de la République lors des réunions du Conseil au Palais de l'Élysée. À l'issue de cette réunion après approbation par le Président de la République, celui-ci signe le décret de nomination du juge concerné.

Ainsi, le régime du recrutement des juges français peut garantir la professionnalisation et l'indépendance des juges. C'est la raison pour laquelle la confiance du citoyen français envers ses juges est consolidée. Cependant, en Chine, l'histoire et les modalités du recrutement des juges sont différentes qu'en France.

b) En Chine

**414. Réformes du recrutement des juges avant 2002.** Les tribunaux chinois n'ont recommencé à fonctionner de manière routinisée qu'au terme de la Révolution culturelle (1978). Les juges recrutés à la fin des années 1970, militaires de carrière pour la plupart, ont dû céder la place à de jeunes diplômés, parfois en droit. Entre 1978 et les premières années de la décennie 2000, la profession judiciaire s'est renouvelée à

---

<sup>1012</sup> Rapport CSM 1999, p. 18.

deux moments. Tout d'abord, au début des années 1980, avec le recrutement massif de nouveaux juges issus des « organisations sociales et politiques de l'État ». Ces juges, pour beaucoup d'anciens vétérans de l'Armée populaire de libération, émanaient des classes sociales valorisées par le PCC ou des cadres des institutions du Parti et de l'État (党政机关 *dang zheng ji guan*), nommés responsables du travail dit « politico-légal ». À la fin des années 1990, une nouvelle vague de recrutement de juges est intervenue avec l'instauration, en 2002, d'un examen unique, national et commun aux professions juridiques et judiciaires. Depuis, cet examen a lieu chaque automne : 300 000 candidats y participent en moyenne. Ces réformes se sont également matérialisées par la promulgation de la loi du 30 juin 2001, modifiant les lois sur les juges et sur les procureurs, ainsi que par la publication par la Cour populaire suprême, le 18 octobre 2001, d'un code de déontologie des juges.

Sous l'influence de la nouvelle loi sur les juges et sur les procureurs ainsi que la règle de la Cour populaire suprême, un système de compétition pour les postes judiciaires (竞争上岗 *jing zheng shang gang*) a joué un rôle essentiel dans la professionnalisation de l'appareil judiciaire, en procédant à un recrutement qui, de fait, écartait les militaires et les bureaucrates sans formation juridique. Ces mesures ont eu pour conséquence d'opérer des coupes sombres dans le personnel des cours. La restructuration des ressources humaines à grande échelle a été menée tambour battant – et, d'après de nombreux interlocuteurs rencontrés sur place, sans beaucoup de négociations – par les organes de la sécurité, de sorte que, en l'espace de dix-huit mois, plus de 10% du personnel des cours a été mis à pied ou à la retraite. Ceux qui ont été considérés aptes ont été nommés « vrai juges » ; les autres ont été réaffectés vers d'autres unités de travail. Le personnel sélectionné pour demeurer dans les cours populaires a dû suivre une formation consistant en trois volets principaux : « servir le peuple de tout son cœur » (全心全意为人民服务 *quan xin quan yi wei ren min fu wu*), « juger en fonction des faits » et « appliquer strictement la loi avec impartialité et respect » (严格公正文明执法 *yan ge gong zheng wen ming zhi fa*). Un tout nouveau système de salaires, qui porte le nom de « justice ouverte », a été adopté pour attirer des cadres plus jeunes et mieux formés.

**415. Recrutement des juges depuis 2002.** Les réformes précitées ont renforcé la professionnalisation des juges et des procureurs. Mais l'accès à la magistrature – comme pour tous les cadres de la fonction publique chinoise – est subordonné à la réussite aux concours. Depuis 2002, les candidats magistrats doivent réussir deux concours : l'un est réservé aux fonctionnaires, l'autre aux professions juridiques et judiciaires<sup>1013</sup>. De plus, ils doivent avoir un an (candidats ayant le diplôme de master ou doctorat) ou deux ans (candidats ayant le diplôme de licence) d'expérience professionnelle dans le domaine juridique<sup>1014</sup>. À la différence de la France, en Chine, il n'existe pas d'école de la magistrature se chargeant de la formation professionnelle des futurs magistrats. En fait, les organes judiciaires eux-mêmes prennent en charge cette formation. En outre, il n'y a pas d'organisme central assurant l'indépendance des juges. Quant à la nomination des juges, le chef de la cour soumet la liste des candidats

---

<sup>1013</sup> L'article 12 de la loi des juges.

<sup>1014</sup> L'article 9 de la loi des juges.

juges à la commission permanente de l'Assemblée populaire. Cette dernière approuve la nomination des juges. Ainsi, il n'existe pas de distinction fondamentale entre les juges et les fonctionnaires ordinaires. Comme la fonction publique, la fonction judiciaire des juges est dirigée par sa hiérarchie. C'est la raison pour laquelle les décisions ou les jugements d'un juge chinois doivent être autorisés par son chef. De ce fait, le pouvoir du jugement appartient à la collectivité de la cour, mais non au juge.

Si un candidat a réussi le concours national aux professions juridiques et judiciaires et travaillé dans la cour comme greffier ou assistant des juges pendant 1 ou 2 ans, est-ce que ses connaissances ou expériences juridiques sont suffisantes pour la profession de juge ? La réponse est négative. On peut citer un exemple extrême. Dans le jugement d'une célèbre affaire dite Peng Yu, le juge ne raisonne pas sa décision sur la base des éléments des preuves, mais utilise à plusieurs fois le terme « le sens commun » (常理, *chang li*). Sans raisonnement logique, il a rendu un jugement injuste, faisant grand bruit dans la société chinoise. Selon une enquête interne, ce juge, étant diplômé en littérature avant l'accès à l'organe judiciaire, manque de connaissances et de techniques dans la profession judiciaire. Cet événement affaiblit la confiance du citoyen chinois envers la magistrature.

**416. Interdépendance des régimes.** Lorsque l'on entend la structure du pouvoir chinois, on peut comprendre pourquoi le juge chinois ne peut pas rendre individuellement ses jugements comme son homologue français. De même, dès que l'on connaît le régime du recrutement des juges chinois, on peut comprendre pourquoi le juge chinois ne peut pas créer les lois, et aussi pourquoi, en Chine, il n'existe que des textes d'interprétations des lois qui sont fonctionnellement semblables aux normes de la jurisprudence occidentale. Cependant, la jurisprudence joue un rôle très important dans le système de la justice. L'amélioration de la règle d'exclusion des preuves illégales demande un bon système de jurisprudence<sup>1015</sup>. Ce dernier dépend du bon régime du recrutement des juges. Cela démontre l'importance de l'interdépendance des régimes. Si l'on considère un régime comme très bon et efficace, c'est parce que les autres régimes qui le supportent et garantissent fonctionnent bien.

### C. La perspective du régime chinois

**417. Base de l'opinion.** Le régime de la règle d'exclusion des preuves illégales a une perspective optimiste. Cette opinion n'est pas née d'un espoir émotionnel. Elle se fonde sur base des réformes actuelles de la justice chinoise, touchant surtout le recrutement et la gestion de la carrière des juges.

**418. Deux mesures visant au professionnalisme de l'appareil judiciaire.** Depuis 2014, le gouvernement chinois a démarré un nouveau cercle des réformes de la justice. Visant à accroître le professionnalisme de l'appareil judiciaire, deux mesures de réforme sont menées. En premier lieu, la réaffectation des fonctions du personnel dans les tribunaux (法官员额制 *fa guan yuan e zhi*) est introduite afin de fixer un

---

<sup>1015</sup> Ce point de vue est favorable selon plusieurs juristes, par exemple, He Jiahong (何家弘), « L'exigence de la jurisprudence afin d'appliquer la règle d'exclusion des preuves illégales » ( “适用非法证据排除规则需要司法判例” ), préc., p. 106-118 ; He Jiahong (何家弘), « L'amélioration de la jurisprudence est nécessaire pour la construction de l'État de droit » ( “完善司法判例制度是法治国家建设的需要” ), préc., p. 20-30.

quota de juges dans une juste proportion par rapport au personnel auxiliaire, ceci dans le but de professionnaliser le rôle des magistrats et de s'assurer qu'ils consacrent plus de temps aux jugements d'affaires plutôt qu'aux tâches administratives. Après cette réorganisation du personnel, ceux qui seront reconnus juges recevront de meilleures rémunérations. La réaffectation des fonctions du personnel dans les tribunaux est une mesure de réforme succédant à celle prévue par la loi sur les juges promulguées le 30 juin 2001. À l'époque, sans précision des modalités, cette mesure n'a pas été appliquée. Lors du quatrième plénum du dix-huitième Congrès du Parti, le groupe dirigeant du PCC propose de viser le professionnalisme de l'appareil judiciaire, un objectif écrit dans la « Décision du Comité central du PCC sur les grandes questions relatives à la promotion globale de l'État de droit ». Ensuite, dans le texte titré « Quatrième plan quinquennal de réforme de la Cour populaire (2014-2018) », la Cour populaire suprême précise les modalités pour réaliser l'objectif du professionnalisme de l'appareil juridique. Sa première action est l'instauration de quotas pour la magistrature.

En deuxième lieu, le système expérimental de responsabilité judiciaire (司法责任制 *si fa ze ren zhi*) permet aux magistrats qui traitent une affaire de prononcer eux-mêmes le jugement et d'en être tenus responsables tout au long de leur carrière et au-delà. En comparaison, la procédure judiciaire en place actuellement semble bien plus bureaucratique. Les juges examinent des affaires, mais le verdict final revient à leur supérieur administratif. Cette réforme qui vise la « désadministration » (去行政化 *qu xing zheng hua*) des tribunaux rehausse le prestige personnel des juges de première ligne. Comme il empêche les hauts fonctionnaires d'intervenir dans des affaires, il accroît aussi le professionnalisme de l'appareil judiciaire.

**419. Effet de la réforme.** Une proportion maximale de 39% des juges sur l'effectif de la cour est fixée et appliquée dans toutes les cours locales. Mais, l'uniformité de quota des juges est inappropriée, parce que le nombre d'affaires traitées par les cours locales est très varié selon les régions. Pour les cours locales situées dans les régions développées, le nombre d'affaires qu'elles traitent est grand, 39% du quota des juges est donc insuffisant. À l'inverse, pour les cours locales situées dans les régions sous-développées, les affaires qu'elles traitent sont relativement peu nombreuses, les juges sont donc surabondantes. Afin de résoudre ce problème causé par le développement déséquilibré des régions, une certaine cour locale a essayé de fixer le nombre des juges selon le nombre moyen des affaires traitées par un juge<sup>1016</sup>. Plus précisément, à la fin de chaque année, le bureau de l'administration dans la cour estime le nombre des affaires que tous les tribunaux traiteront dans l'année suivante, sur la base du nombre des affaires que tous les tribunaux ont enregistré pendant les trente derniers mois. Après, il divise le nombre des affaires estimé par le nombre moyen des affaires traitées par chaque juge. Le résultat est le quota des juges pour l'année suivante. L'effet de cette expérience était très probant.

En outre, à cause cette réforme, les juges sont surchargés de travail. D'abord,

---

<sup>1016</sup> Chen Yun (陈云), Sun Wen bo (孙文波), *L'étude sur la réaffectation des fonctions du personnel dans les tribunaux* (《法官员额制问题研究》), Presse de la démocratie et de l'État de droit (中国民主法制出版社), 2016, p.59.

d'une part, le nombre de membres du personnel judiciaire qui détient le titre de juge se réduit désormais considérablement. D'autre part, le nombre des affaires traitées par des tribunaux locaux a fortement augmenté dernièrement, de 954 000 en 2013 à 19 511 000 en 2015<sup>1017</sup>. Cela signifie que le nombre moyen des affaires traitées par chaque juge augmente beaucoup. Ensuite, les personnes dirigeantes (le président et le vice-président de la cour, les présidents et les vice-présidents des tribunaux) dans la cour détiennent nécessairement le titre de juge. Puisqu'elles cumulent la fonction judiciaire et administrative, elles ne peuvent pas consacrer tout leur temps et leurs forces à traiter les affaires. Ainsi, les juges sans titre administratif doivent partager la charge du travail non achevé par les personnes dirigeantes. Dans ce cas, la charge du travail des juges sans titre administratif est énorme. Cela peut expliquer la récente accélération de l'exode de nombreux juges qualifiés du système judiciaire. Jerome A. Cohen a aussi remarqué que de nombreux juges qui quittent leur fonction sont jeunes, car leurs perspectives de carrière sont réduites sévèrement par la réforme actuelle qui favorise leurs collègues plus âgés, souvent moins qualifiés<sup>1018</sup>. Certes, ce phénomène a entravé cette réforme. Deux cours locales ont essayé de supprimer les postes des présidents et des vice-présidents des tribunaux, afin d'atténuer le conflit entre les juges ordinaires et les juges avec titre administratif<sup>1019</sup>. Cette expérience très favorable permet d'extirper le problème, puisqu'elle conduit à l'ajustement global du système de l'administration au sein de l'organe judiciaire<sup>1020</sup>.

**420. Évaluation de la réforme.** De nombreux juristes estiment que la réaffectation des fonctions du personnel dans les tribunaux est l'enjeu du nouveau cercle de la réforme de la justice, et aussi un problème très difficile à résoudre<sup>1021</sup>. De nombreux juges ou assistants des juges déjà nommés par le Comité permanent de l'Assemblée populaire perdraient leur fonction judiciaire à cause de la limite de quota des juges. Touchant les intérêts obtenus par les juges anciens, la réaffectation de quota des juges est très sensible et compliquée. De même, l'affectation du titre de juge aux personnes judiciaires cumulant la fonction judiciaire et administrative est aussi un sujet délicat. Ainsi, cette réforme non seulement conduit à des conflits d'intérêts et mais aussi heurte le système actuel de l'administration judiciaire<sup>1022</sup>.

Selon la situation de l'application indiquée précédemment, ces deux problèmes ont en réalité entravé la réforme de la réaffectation des fonctions du personnel dans les

<sup>1017</sup> *Rapports annuels de travail de la Cour populaire suprême 2013-2015*, publiés par Xinhua.

<sup>1018</sup> Jerome A. Cohen, « A Looming Crisis for China's Legal System », *Foreign Policy*, 22 février 2016, <http://foreignpolicy.com/2016/02/22/a-looming-crisis-for-chinas-legal-system> (consulté le 4 avril 2019).

<sup>1019</sup> Li Yan feng (李岩峰), Luo Hui hua (骆惠华), « L'enquête sur la réforme du fonctionnement du pouvoir judiciaire au sein de la Cour intermédiaire de Hu Lu Dao de Liao Ning » ( « 辽宁葫芦岛中院审判权运行机制改革调查 » ), *Journal de la cour populaire* (《人民法院报》), le 11 août 2014 ; Cai Mei hong (蔡美鸿), *Le modèle de la réforme de la justice du district de Heng Qin* (《横琴新区司法改革模式》), Presse de la loi (法律出版社), 2016, p. 8 et ss.

<sup>1020</sup> Chen Rui hua (陈瑞华), « Réflexion sur la réforme de la réaffectation des fonctions du personnel dans les tribunaux » ( « 法官员额制改革的理论反思 » ), in *Les juristes* (《法学家》) 2018, n° 3, p.4.

<sup>1021</sup> Yan Jian yi (严剑漪), « La réforme de la réaffectation des fonctions du personnel dans les tribunaux : une guerre pour garder leur propre fromage » ( « 员额制改革：一场动自己‘奶酪’的硬仗 » ), *Journal de la cour populaire* (《人民法院报》), le 14 novembre 2016.

<sup>1022</sup> Feng Lin (丰霖), « Les objectifs et les stratégies de la réforme de la réaffectation des fonctions du personnel dans les tribunaux » ( « 法官员额制的改革目标与策略 » ), in *Sciences juridique contemporaines* 《当代法学》 2015, n° 5, p. 140-148.

tribunaux. Actuellement, nous accomplissons la première étape de la réforme : la fixation le quota des juges (39%). Cependant, après cela, apparaissent de nombreux nouveaux problèmes : comment résoudre le problème de l'insuffisance des juges ? Lorsque les personnes dirigeantes dans la cours obtiennent le titre de juge, comment traiter le rapport entre leur fonction de jugement et leur fonction de l'administration judiciaire ? Certaines cours locales ont déjà essayé d'explorer leurs expériences pour résoudre ces problèmes. Mais il faut prendre encore du temps pour voir s'il est possible de généraliser ces expériences dans tout le territoire.

Bref, cette réforme amène l'espoir pour le professionnalisme du corps judiciaire. Avec l'approfondissement de la réforme, l'indépendance de la fonction judiciaire des juges va être renforcée. Par ailleurs, ne négligez pas le contexte politique de cette réforme. Depuis l'arrivée de Xi Jinping, le lien entre le PCC et le système judiciaire est redéfini. Bien que la direction continue d'être exercée par le PCC, le contrôle du CAPJ (les Comités locaux des Affaires politiques et judiciaires) sur l'appareil judiciaire devrait diminuer et être exercé avec un certain degré d'indépendance, dans le but d'accroître le degré d'autonomie de la justice et d'améliorer le professionnalisme des magistrats. En d'autres termes, l'environnement politique favorise l'indépendance de la fonction judiciaire des juges. En ce sens, nous estimons que le régime de la jurisprudence sera établi en Chine et le régime de la règle d'exclusion des preuves illégales sera amélioré.

**421. Conclusion.** S'agissant de naissance des régimes de la sanction procédurale, le point commun entre la France et la Chine se trouve dans leur force d'impulsion, c'est-à-dire le développement des droits de la défense dans la procédure pénale. La différence entre les deux pays porte sur l'étape avant la législation officielle du régime de la sanction procédurale. En France, la jurisprudence domine cette étape, alors qu'en Chine, ces sont les textes d'interprétation des lois. Pour approfondir notre étude, nous avons étudié les causes de cette différence, c'est-à-dire que les raisons pour lesquelles le régime de la jurisprudence n'est pas encore très bien établi en Chine. L'une concerne la structure des pouvoirs. Plus précisément, le pouvoir judiciaire est exercé différemment dans les deux pays : personnellement en France, collectivement en Chine. Alors pourquoi les juges chinois exercent-ils collectivement leur fonction judiciaire ? Cette question nous fait penser à la défiance envers les magistratures chinoises. Mais pourquoi ? Nous avons trouvé la réponse après avoir analysé les régimes du recrutement des magistrats dans les deux pays. Grâce à cette analyse, on peut également expliquer pourquoi le régime de la jurisprudence n'est pas encore très bien établi en Chine. Voici la seconde cause. Néanmoins, en Chine, la réforme actuelle du régime du recrutement des magistrats favorise la professionnalisation et l'indépendance des juges. C'est la raison pour laquelle l'on constate que le régime de la jurisprudence sera établi en Chine et en conséquence le régime de la sanction procédurale sera amélioré. Au-delà de naissance du régime, on peut comparer les régimes des deux pays sur le plan de leur évolution.

## § 2. L'évolution du régime

**422. Deux côtés.** Concernant l'évolution du régime de la sanction procédurale, la France fut marquée par l'élargissement de l'étendue des personnes habilitées à

invoquer les nullités de l'instruction. Au niveau des lois écrites, c'est une caractéristique que la Chine ne revêt pas. Mais si l'on regarde du côté de la pratique judiciaire, les deux pays ont également des points communs. Ainsi, il convient d'approfondir l'analyse comparée sur l'étendue des personnes habilitées à demander les nullités de l'instruction ou l'exclusion des preuves illégales **(A)**. De plus, le régime de la sanction procédurale dans tous les pays témoigne sa rigidité et sa flexibilité **(B)**.

## **A. L'étendue des personnes habilitées**

**423. Objectifs.** Quant à l'étendue des personnes habilitées à invoquer la sanction procédurale, nous allons discerner les différences et les ressemblances entre les deux pays **(1)**, et puis analyser leur cause **(2)**.

### **1. Le discernement des différences et des ressemblances**

**424. Situation en France.** Tout d'abord, il convient de rappeler le processus de l'élargissement de l'étendue des personnes habilitées à invoquer les nullités de l'instruction en France. De la loi de 8 décembre 1897 à la loi 4 janvier 1993, environ quatre-vingt-seize ans, les autorités judiciaires ont eu le privilège d'invoquer les nullités de l'instruction. Cette longue période peut être divisée en deux : l'une de 1897 à 1959 ; l'autre de 1959 à 1993. Dans la première période, le droit de la requête des nullités de l'instruction a été réservé exclusivement au parquet. Dans la seconde, ce droit a été étendu au juge d'instruction. Depuis la loi du 4 janvier 1993, ce droit est ouvert aux parties privées. Malgré cette ouverture, les conditions de la recevabilité de la demande des nullités de l'instruction sont strictes : la qualité pour agir et l'intérêt pour agir. Ainsi, le droit d'agir en nullités de l'enquête et de l'instruction est progressivement élargi en France. En plus, cet élargissement est très lent.

**425. Situation en Chine.** À l'inverse de la France, dans la loi écrite, la sanction procédurale de la Chine n'a pas connu le processus de l'élargissement du droit de la requête. Au début de l'établissement du régime de la règle d'exclusion des preuves illégales, la loi précise que le droit de la demande est autorisé à tous les participants de la procédure pénale, incluant les agents de l'autorité judiciaire, les parties privées. Néanmoins, au niveau de l'application de la loi, la Chine ressemble à la France. Plus précisément, à cause des conditions strictes de la recevabilité de la demande d'exclusion des preuves, les magistrats reçoivent très rarement cette sorte de demande, sans compter le cas du prononcé d'exclusion des preuves illégales. En fait, dans la plupart des cas, les autorités judiciaires mais non les individus peuvent réussir à exclure les preuves illégales. Cette opinion est déjà constatée par nos enquêtes au sein des parquets et des tribunaux locaux (analyses dans les chapitres précédents). Ainsi, sur le plan de l'application des lois, le droit de la demande d'exclusion des preuves illégales en Chine est aussi réservé aux agents de l'autorité judiciaire dans un premier temps, et puis ouvert aux parties privées. Par conséquent, nous estimons qu'au sens de la pratique judiciaire, le droit d'agir du régime de la sanction procédurale dans les deux pays a connu un même processus : de la prérogative des agents de l'autorité judiciaire au droit partagé avec les parties privées.

### **2. La cause de la ressemblance**

**426. Droits de la défense.** Le point commun entre le régime de la sanction

procédurale de la France et celui de la Chine reflète le développement des droits de la défense dans la procédure pénale, surtout dans la phase de l'avant-procès. Plus précisément, au fur et à mesure du renforcement des droits de la défense, non seulement les agents de l'autorité judiciaire, mais aussi les parties privées, peuvent demander effectivement la mise en œuvre de la sanction procédurale.

a) En France

**427. Définition traditionnelle des droits de la défense.** En France, le contexte de la loi du 4 janvier 1993 qui ouvre le droit d'agir en nullité aux parties privées est le renforcement des droits de la défense. Traditionnellement, la notion des droits de la défense est une manière de dénommer et de regrouper sous une même dénomination toutes les garanties permettant aux plaideurs de défendre leurs intérêts en justice. En ce sens, les droits de la défense ne sont pas distincts des différentes garanties de procédure. Ils ne sont rien d'autre qu'une manière de les désigner<sup>1023</sup>. Cette approche de la définition semble parfaitement correspondre à quelques-unes des rares utilisations textuelles de la notion. Par exemple, lorsque le législateur vise « *l'exercice des droits de la défense* »<sup>1024</sup> ou encore « *l'ensemble des droits de la défense* »<sup>1025</sup>, l'expression semble bien ici désigner directement les garanties elles-mêmes. Quant au principe jurisprudentiel « du respect des droits de la défense », ce dernier doit alors être entendu comme imposant le nécessaire respect « des différentes garanties dont dispose tout plaideur afin de défendre ses intérêts en justice ».

**428. Autonomie de la notion des droits de la défense.** Certains auteurs proposent l'autonomie de la notion des droits de la défense. C'est-à-dire que l'on analyse les droits de la défense comme une notion visant à désigner l'idée commune qui préside à toutes les garanties processuelles. Dans cette optique, ils se présentent toujours comme un « tout » mais celui-ci ne se réduit plus à l'ensemble de ses parties. Il est un tout de principe, c'est-à-dire distinct et autonome des différentes garanties de procédure. Les droits de la défense ne sont alors plus assimilables à l'ensemble des garanties de procédure dont disposent les plaideurs pour se défendre au sein d'un procès. Ainsi, le droit à l'assistance d'un avocat ou le principe du contradictoire ne sont pas des droits de la défense, mais sont des garanties qui se rattachent aux droits de la défense. La notion est toujours une manière de lier les différentes garanties, mais elle ne sert plus à les rassembler sous une dénomination identique.

Cette idée d'une distinction entre les droits de la défense et les garanties de procédure se trouve notamment dans une définition proposée par un auteur qui analyse les droits de la défense comme « *un concept abstrait qui se traduit dans le droit positif par une série de prérogatives particulières accordées à celui qui est partie à l'instance judiciaire* »<sup>1026</sup>. À priori proche des précédentes en ce qu'elle fait toujours

---

<sup>1023</sup> Pour une telle analyse, v. S. Clément, *Les droits de la défense dans le procès pénal. Du principe du contradictoire à l'égalité des armes*, thèse, Nante, 2007 n°31 ; E. Vergès, *Les principes directeurs du procès judiciaire. Étude d'une catégorie juridique*, préc., n° 106 et s., qui analyse les droits de la défense comme un « principe cadre », c'est-à-dire un principe qui en contient une pluralité d'autres.

<sup>1024</sup> Code de procédure pénale, art. 175-2.

<sup>1025</sup> Code de procédure pénale, art. 113-6.

<sup>1026</sup> A. Vanwelkenhuyzen, « Les droits de la défense et l'évolution du procès pénal », *RD pén.* 1959, p. 834.

référence à une série de prérogatives, cette définition met au premier plan l'idée d'un concept de droits de la défense, dont les prérogatives ne seraient que la traduction positive<sup>1027</sup>. L'expression ne désigne plus les garanties elles-mêmes ; elle reflète leur raison commune ou, si l'on préfère, leur fondement. C'est, en substance, la même idée qui est proposée par certains auteurs évoquant l'idée d'un « droit de défense » ou d'un « droit de se défendre », comme si, au-delà de toutes les garanties permettant de se défendre, il y avait un droit plus général dont elles découleraient. Enfin, la distinction des droits de la défense et des garanties de procédure semble parfois être tacitement impliquée par certaines analyses doctrinales. Par exemple, dans une thèse consacrée au droit à l'assistance d'un avocat en procédure pénale, il est affirmé que ce droit peut parfois subir des atteintes légitimes, notamment lorsqu'il n'en résulte qu'un faible risque d'atteinte « aux droits de la défense ». Une telle affirmation, d'évidence, ne peut se concevoir si l'on considère que le droit à l'assistance d'un avocat est un « droit de la défense »<sup>1028</sup>. En effet, dans cette optique, il n'est pas possible de lui porter atteinte sans que cela n'entraîne une atteinte aux droits de la défense.

**429. Intérêts de l'autonomie de la notion des droits de la défense.** Selon le point de vue de M. Capdepon, les droits de la défense doivent être entendus comme une véritable norme autonome et distincte des différentes garanties de défense<sup>1029</sup>. Cet auteur présente au moins trois intérêts sur la distinction des droits de la défense et des garanties de défense. En premier lieu, la distinction permet de comprendre pourquoi ils correspondent à un idéal supérieur de justice dont la protection et le respect sont directement imposés par le droit naturel. En deuxième lieu, sur un plan plus technique, la distinction permet de comprendre et de rationaliser l'utilisation de la notion en jurisprudence. Ainsi le principe du respect des droits de la défense ne signifie pas le respect « des différentes garanties de procédure », mais plus globalement le respect d'une valeur juridiquement reconnue et protégée. Il est alors aisé de comprendre pourquoi les juges mentionnent ce principe à côté d'une règle précise. Puisque les garanties processuelles protègent « les droits de la défense » et que le respect de cette valeur est proclamé par le principe, alors la violation d'une de ces garanties entraîne la violation des droits de la défense et, partant, celle du principe. Il ne s'agit plus, ici, d'affirmer deux fois la violation d'une seule et même chose. En troisième lieu, la distinction permet d'appréhender différemment certains des problèmes posés en la matière. Par exemple, les différences de traitement dont peuvent faire l'objet certaines garanties peuvent alors s'expliquer par le fait que, même si le respect des droits de la défense s'impose dans toute procédure, il n'en demeure pas moins que les garanties qui l'assurent peuvent être envisagées distinctement dans leur principe ou leur régime, soit en raison des spécificités propres à chaque procédure, soit parce qu'une autre valeur entrera ponctuellement en conflit avec les droits de la défense. Par exemple, il est d'ores et déjà possible de penser

---

<sup>1027</sup> Comp. Ph. Conte et P. Maistre du Chambon, *Procédure pénale*, Armand Colin, 4<sup>e</sup> éd., 2002, n° 13, pour qui les droits de la défense ont été dégagés par la jurisprudence à partir de dispositions particulières qu'elle considère comme autant d'illustration limitée de ce principe.

<sup>1028</sup> V. Legrand, *Le droit à l'assistance d'un défendeur dans le procès pénal*, thèse, Bordeaux, 2005, n° 58.

<sup>1029</sup> Yannick Capdepon, *Essai d'une théorie générale des droits de la défense*, Dalloz, 2013.

qu'une garantie puisse être utile aux droits de la défense dans certaines hypothèses et inutile dans d'autres. Le contradictoire, par exemple, utile en présence d'un litige ne l'est plus lorsque la procédure est gracieuse. La garantie subit une restriction, mais les droits de la défense n'en sont pas pour autant atteints. On comprend également pourquoi, en procédure pénale, le droit à l'assistance d'un avocat subit parfois des atteintes sans qu'il n'en résulte une violation des « droits de la défense ».

**430. Droits de la défense et conditions de la nullité.** Nous sommes d'accord avec l'idée de l'autonomie de la notion des droits de la défense. En effet, cette idée trouve une manifestation concrète dans le mécanisme du droit des nullités de procédure. Dès lors qu'une demande de nullité se fonde sur le non-respect d'une garantie de défense telle que le droit à un avocat ou le contradictoire, la sanction ne pourra être prononcée que si la preuve supplémentaire de l'atteinte aux droits de la défense est rapportée. Autrement dit, prouver la violation d'une garantie ne suffit pas, il faut également que le plaideur démontre qu'il n'a pas été mis en mesure de se défendre. Ce constat, qui résulte de l'intégration fonctionnelle de la norme des droits de la défense au sein des conditions de fond de la nullité démontre que cette notion ne peut être ramenée à un simple ensemble de garanties. L'atteinte aux droits de la défense en tant que condition autonome du bien-fondé d'une demande de nullité est ainsi distincte de l'atteinte aux différentes garanties, preuve qu'il existe, au-delà de ces dernières, une véritable norme.

**431. Droit de la défense et cas d'ouverture à nullité.** L'atteinte aux droits de la défense est une condition de fond au prononcé d'une nullité en ce qu'elle permet de caractériser un cas d'ouverture au prononcé de cette sanction. D'abord, la preuve de l'atteinte aux droits de la défense permet d'élargir les cas d'ouverture à nullité en fondant la création jurisprudentielle de nouvelles formalités de procédure dont la violation sera susceptible d'entraîner la nullité. Ainsi, même si une garantie de défense ne se retrouve pas en droit positif sous la forme d'une formalité ou bien si une autre formalité s'y oppose, le juge pourra évincer ou compléter le droit positif sur le fondement de l'atteinte aux droits de la défense qui en résulte. Ensuite, et même lorsqu'une garantie de défense se trouve consacrée par le législateur à titre de formalité de procédure, l'atteinte aux droits de la défense demeure une condition d'existence du cas d'ouverture à nullité. En effet, c'est sur ce fondement qu'il sera possible de considérer que la formalité est « substantielle » et mérite d'être assortie d'une nullité en cas de non-respect. Pour la jurisprudence, toute formalité ayant pour objet l'existence ou la mise en œuvre d'une garantie de défense est substantielle car sa violation entraîne l'impossibilité pour le plaideur de se défendre. Ici encore, c'est bien par référence à un impératif normatif autonome de la garantie que le juge raisonne et peut la qualifier de substantielle. Néanmoins, il est vrai que le recours à la norme générale ne présente aucun intérêt en présence d'une nullité de nature textuelle puisque, dans cette hypothèse, l'opportunité du cas d'ouverture à nullité est légalement affirmée par le législateur.

**432. Droit de la défense et grief.** En outre, la preuve de l'atteinte aux droits de la défense est requise au titre de l'exigence d'un grief, c'est-à-dire l'atteinte aux intérêts de la partie qui résulte de la violation d'une formalité de procédure. Malgré

le flou intrinsèque à la notion de grief, aggravé par une jurisprudence globalement incertaine, la réalité d'un lien entre existence du grief et atteinte aux droits de la défense peut aisément être constatée. Ainsi, pour la Cour de cassation, l'irrégularité de procédure n'entraîne un grief que s'il y a atteinte aux droits de la défense, c'est-à-dire si le plaideur n'a pas été mis en mesure de se défendre. Malgré la violation du contradictoire résultant, par exemple, d'une convocation irrégulière d'un avocat à l'audience, la nullité n'est pas prononcée si ce dernier était finalement présent et a pu assurer la défense de son client. Or, si le juge peut constater l'atteinte à une garantie de défense, c'est nécessairement que ces derniers sont autre chose que les garanties. Sur un plan probatoire, le lien fonctionnel qui existe entre les garanties de défense et les droits de la défense a permis de justifier et de prôner la généralisation de la technique du grief présumé. En effet, puisque toutes les garanties de défense assurent l'effectivité des droits de la défense, il est logique de présumer l'atteinte à ceux-ci du constat de l'atteinte à celles-là. Cependant, et quoique cette solution soit bien assise en jurisprudence, la théorie du grief nécessaire doit être abandonnée. Elle ne correspond à aucune réalité de fait et ne répond à aucune logique d'application. Bien que présumée, l'atteinte aux droits de la défense doit toujours supporter la preuve contraire.

L'analyse de l'existence du grief à l'aune de l'atteinte aux droits de la défense est par ailleurs pleinement justifiée. En effet, puisque l'exigence du grief a pour fondement la distinction de l'irrégulier acceptable de celui qui ne l'est pas, retenir le critère de l'atteinte aux droits de la défense est parfaitement légitime puisque cette norme existe en tant que principe fondamental du droit processuel. Toutefois, cette légitimité cesse lorsque la formalité violée en amont n'entretient aucun rapport avec une garantie de défense, soit parce qu'elle vise un ordre public de direction étranger aux intérêts des parties et donc aux droits de la défense, soit parce qu'elle vise l'effectivité d'un intérêt privé distinct des droits de la défense. Cette limite, qui n'est pas toujours respectée par la Cour de cassation, permet de donner une nullité à la délimitation précise des garanties de défense en évitant de rechercher une atteinte aux droits de la défense consécutivement à la violation d'une garantie qui leur est étrangère.

Il en résulte que l'évolution du régime des nullités de l'instruction et de l'enquête a un rapport assez étroit avec le développement de la notion des droits de la défense en France. En effet, le renforcement des droits de la défense permet non seulement d'ouvrir le droit de la demande d'annulation aux parties privées, mais aussi de fixer un critère dit « l'atteinte des droits de la défense » pour apprécier les cas d'ouverture à nullité. À l'inverse, à cause de l'importance du dit critère dans la pratique judiciaire, la théorie de l'autonomie de la notion des droits de la défense s'épanouit en doctrine française. Est-ce que la Chine est dans la même situation ?

b) En Chine

**433. Notion des droits de la défense.** Les pénalistes chinois ne distinguent pas les droits de la défense et les garanties des droits de la défense. Lorsque l'on mentionne les droits de la défense dans la procédure pénale, on pense dans un premier temps au droit à l'assistance d'un avocat.

**434. Accès du droit à l'assistance d'un avocat dans la phase d'enquête.** En fait, le régime de la sanction procédurale chinoise (la règle d'exclusion des preuves illégales) a un lien étroit avec le renforcement du droit à l'assistance d'un avocat. L'enjeu de ce dernier est l'accès du droit à l'assistance d'un avocat dans la phase d'enquête, incluant trois points principaux : la visite de son client à l'endroit de la détention, la consultation du dossier, la recherche et le rassemblement des éléments de preuves. Cela est mis en œuvre par l'amendement de la loi de l'avocat entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> juin 2008. À l'époque, il y a eu un débat sur l'application de la nouvelle loi de l'avocat, car les dispositions concernant le droit à l'assistance d'un avocat dans la Loi de Procédure Pénale n'ont pas été modifiées pour s'adapter à la nouvelle loi de l'avocat. Face à ce conflit de la loi, certains pensent qu'il convient de respecter les dispositions de la Loi de Procédure Pénale, parce que le degré de la Loi de Procédure Pénale est supérieur à la loi de l'avocat<sup>1030</sup>. D'autres estiment qu'il est pertinent de se conformer aux dispositions de la nouvelle loi de l'avocat selon le principe dit « la priorité de l'application de la nouvelle loi », car la loi de la législation prévoit seulement la hiérarchie de la Constitution à la loi et aux normes administratifs, mais non celle entre les lois<sup>1031</sup>. Pour répondre ce débat doctrinal, M. Du Chun, le directeur du secteur de la législation du Ministre de la Justice à l'époque, a pris la parole dans une conférence au sujet de « la construction de la société harmonieuse et les droits de la défense en procédure pénale »<sup>1032</sup>. Sa parole est la suivante : « au cours de la préparation de la modification de la loi de l'avocat, l'organe législatif a étudié avec prudence comment traiter le conflit entre la nouvelle loi de l'avocat et la Loi de Procédure Pénale. Si l'on choisit de respecter les dispositions de la Loi de Procédure Pénale, le droit à l'assistance d'un avocat souligné par la nouvelle loi de l'avocat ne peut pas être mis en pratique. Néanmoins, l'organe législatif est en train de préparer la modification de la Loi de Procédure Pénale. Les dispositions concernant le droit à l'assistance d'un avocat dans la Loi de Procédure Pénale vont être modifiées pour s'adapter à celles prévues par la nouvelle loi de l'avocat ». Ce discours illustre la position officielle. En bref, le conflit actuel de la loi est provisoire, car les dispositions concernant le droit à l'assistance d'un avocat modifiées par la nouvelle loi de l'avocat seront inscrites dans l'amendement de la Loi de Procédure Pénale à paraître bientôt. Le législateur a tenu sa promesse lors de la promulgation de l'amendement de la Loi de Procédure Pénale en 2012. Désormais, la Loi de Procédure Pénale confirme l'accès du droit à l'assistance d'un avocat dans la phase d'enquête, ainsi, il n'y a plus de conflit entre la loi de l'avocat et la loi de la procédure pénale.

**435. Droit à l'assistance d'un avocat et la règle d'exclusion des preuves illégales.** La confirmation de l'accès du droit à l'assistance d'un avocat dans la phase d'enquête est une garantie nécessaire de l'application de la règle d'exclusion des preuves illégales. Si l'on dit que c'est une preuve illégale, c'est parce que le moyen du

---

<sup>1030</sup> Li Wei hua (黎伟华), « Les obstacles de l'application de la nouvelle loi de l'avocat » ( “新《律师法》实施的几道坎” ), in *Démocratie et État de droit*, 2008, n° 11.

<sup>1031</sup> Conflit entre la loi de l'avocat et la Loi de Procédure Pénale ( “律师法与刑法冲突 人大法工委：按照律师法” ), in *Journal de Fa Zhi* ( 《法制日报》 ), le 17 août 2008.

<sup>1032</sup> Li Wei hua (黎伟华), « Les obstacles de l'application de la nouvelle loi de l'avocat » ( “新《律师法》实施的几道坎” ), préc.

recueil de celle-ci est illégal. Puisque la recherche des éléments des preuves se déroule notamment dans la phase d'enquête, il est logique que le problème de l'illégalité des preuves soit souvent apparu dans cette même phase. Ainsi, il est favorable pour les suspects ou les accusés de demander l'exclusion des preuves illégales pendant la phase d'enquête. Si l'avocat d'un suspect ou d'un accusé n'a que la qualité d'« assistant juridique » ou de « conseiller juridique » dans la phase d'enquête, c'est-à-dire qu'il ne peut pas visiter son client détenu, consulter le dossier et rechercher ou rassembler les éléments de preuves, il ne peut pas assister effectivement à son client pour le défendre. Par exemple, la loi exige que les personnes demandant l'exclusion des preuves illégales fournissent les indices ou les renseignements. Imaginez si un avocat ne peut pas visiter son client détenu, ou consulter le dossier ou même rechercher les éléments de preuves, comment peut-il fournir les renseignements ou les indices sur l'illégalité d'un élément de preuve ? Après tout, sans droit à l'assistance d'un avocat dans la phase d'enquête, la demande d'exclusion des preuves illégales est rarement recevable par un juge, sans compter le prononcé d'exclusion des preuves illégales. Ainsi, l'accès du droit à l'assistance d'un avocat dans la phase d'enquête permet d'appliquer effectivement le régime de la règle d'exclusion des preuves illégales. Cela illustre encore une fois qu'aucun régime n'existe sans support d'autres régimes. Si l'on considère qu'un régime est bon, c'est probablement grâce aux autres régimes qui le supportent ou garantissent bien.

**436. Conclusion.** De toute évidence, en Chine, le renforcement des droits de la défense, particulièrement du droit à l'assistance d'un avocat, favorise la bonne application de la règle d'exclusion des preuves illégales, malgré l'absence de distinction entre les droits de la défense et les garanties des droits de la défense. En réalité, lorsqu'un suspect ou un accusé est assisté effectivement par un avocat, sa demande d'exclusion des preuves illégales est admissible. Ainsi, on constate que le renforcement des droits de la défense dans les deux pays permet d'ouvrir effectivement le droit de la demande d'annulation ou d'exclusion des preuves illégales aux parties privées. C'est une comparaison sur l'étendue des personnes habilitées à demander à l'ouverture de la sanction procédurale. En dehors de cela, les régimes de la sanction procédurale nous présentent leur rigidité et flexibilité.

## **B. La rigidité et la flexibilité du régime**

**437. Rigidité et flexibilité dans le domaine pénal.** Traditionnellement, dans le domaine pénal, la rigueur et la rigidité étaient la règle. Cependant, aujourd'hui, pour des causes variées et complexes, il est indéniable que la position des juristes continentaux envers le droit pénal a changé. La réévaluation du rôle créateur de la jurisprudence constitue un antidote à la rigidité du droit pénal. La jurisprudence apporte le bénéfice de la flexibilité du système. Il convient de souligner ici que l'on ne peut pas tomber dans l'excès opposé, une attention exaspérée, voire un fétichisme de la jurisprudence, ainsi qu'un vice de rigidité peut en résulter. L'apport bénéfique de la jurisprudence aux fins de la flexibilité du système était plus envisageable quand elle n'était pas surabondante. La décision agissait alors sur la rigueur du principe abstrait de la norme positive, l'adoucissant progressivement.

**438. Distinction entre la flexibilité et le flou du droit.** La flexibilité du droit est une notion dans le domaine de la sociologie du droit. M. le Professeur Jean Carbonnier, écrivant un livre intitulé « Flexible droit pour une sociologie du droit sans rigueur »<sup>1033</sup>, est un auteur renommé de ce domaine. Mais dans ces dernières décennies, Mireille Delmas-Marty lance le défi du « flou » du droit dans le domaine pénal<sup>1034</sup>. Quelle est la ligne qui sépare la flexibilité du « flou » du droit ? Du point de vue de Carbonnier, la conception du « flou » du droit s'entrecroise sans doute avec la perspective du droit flexible<sup>1035</sup>. Mireille Delmas-Marty élabore sa conception dans le contexte du droit pénal, évoquant les transformations qui se sont produites dans ce domaine, notamment l'affirmation d'un éventail de peines diversifiées, les changements sur le plan de l'interprétation. Son hypothèse est celle d'un pluralisme juridique. Le flou du droit se situe au-dedans, à l'intérieur. La flexibilité a une aile marchante qui tend à un certain retrait du droit, au non-droit. D'ailleurs, le « flou » du droit dérive en partie d'une réaction contre la logique classique (la conception d'un sous-ensemble flou), assez étrangère à flexible droit.

L'évolution du régime de la sanction procédurale en France **(1)** et en Chine **(2)** nous permet de connaître concrètement la rigidité et la flexibilité du droit.

### 1. En France

**439. Manifestations de la rigidité et de la flexibilité du régime de la nullité.** La rigidité ou la certitude du droit se reflète sur la précision des cas de nullité par la loi écrite. Au cours de l'évolution du régime de la nullité de procédure pénale, le législateur français précise les cas de la nullité de deux manières : l'une porte sur la dispersion des dispositions concernant les cas de la nullité dans plusieurs chapitres du Code de procédure pénale ; l'autre consiste au regroupement des cas de la nullité dans un même article. La première manière est utilisée actuellement par le législateur français. L'exemple typique de la seconde manière est la liste des cas de la nullité créée dans la loi du 4 janvier 1993. Cette dernière permet d'arriver à l'apogée de la rigidité du régime de la nullité de procédure pénale. En tout, le trop ne vaut rien.

**440. Bases axiologiques du droit.** Il est opportun de revenir au problème des bases axiologiques du droit. D'un certain point de vue, il est nécessaire de concilier deux profils contradictoires, dont chacun est doué de sa propre valeur. D'un côté, le droit doit avoir une fonction de certitude, et de l'autre il doit avoir une capacité d'adaptation. Il y a donc une fonction qui implique rigidité et certitude. De l'autre côté, la valeur de la norme se vérifie sur la base de la nécessité de s'adapter à la réalité sociale. En tant que droit, il doit être porteur de certitude. Grâce à la certitude, les citoyens peuvent prévoir si leurs actes violent les lois. Mais, il doit fournir aussi un minimum d'adaptation aux besoins de la collectivité. Si l'on renforce en excès le côté de la rigidité du droit, ou au contraire, le côté de la flexibilité du régime, le droit éloignerait son point d'équilibre, ainsi, il ne peut pas très bien être mis en pratique.

**441. Art d'équilibre.** Heureusement, le législateur français a reconnu que la loi du 4 janvier 1993 a conduit au déséquilibre du régime de la nullité de procédure

<sup>1033</sup> Jean Carbonnier, *Flexible droit pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 2014.

<sup>1034</sup> Mireille Delmas-Marty, *Le flou du droit : Du code pénal aux droits de l'homme*, PUF, 2004.

<sup>1035</sup> Raymond Verdier (dir.), *Jean Carbonnier L'homme et l'œuvre*, Presse universitaire de Paris ouest, 2011.

pénale. Dans la loi du 24 août 1993, il a supprimé la liste des cas de nullité créée par la loi du 4 janvier 1993. Désormais, les cas de nullité sont dispersés dans les chapitres du code de procédure pénale. C'est le côté de la rigidité du régime de la nullité. En même temps, la jurisprudence sur la nullité continue à évoluer. Cela permet de maintenir la flexibilité du régime. Dans une certaine mesure, grâce à la flexibilité, le régime de la nullité de procédure pénale fait preuve d'un grand dynamisme. C'est la raison pour laquelle le régime de la nullité de procédure pénale ne dépérit pas au cours de ces deux siècles, et continue à s'épanouir aujourd'hui en France. Néanmoins, comme nous l'avons indiqué ci-dessus, il ne faut pas exagérer la fonction de la flexibilité du régime. Au fond, la certitude, la stabilité ou l'unification d'un régime est aussi nécessaire. En bref, l'équilibre entre la rigidité et la flexibilité est une clé du succès d'un régime. Si quelqu'un veut exploiter au maximum l'avantage d'un régime, il doit connaître cet art de l'équilibre et l'employer avec sagesse.

## 2. En Chine

**442. Comparaison.** Par essence, l'esprit de la loi dans la règle d'exclusion des preuves illégales établi par la Loi de Procédure Pénale chinoise de 2012 ressemble à celui de la loi française du 4 janvier 1993. Plus précisément, cet esprit de la loi consiste à renforcer la rigidité du régime à travers la précision des cas des actes annulés ou exclus dans une même disposition. On a déjà présenté les articles concernant le régime de la sanction procédurale chinoise. Ici, il convient de rappeler leur formule d'expression : « lorsqu'un élément de preuve est obtenu par un moyen illégal, il doit / peut être exclu du dossier de la procédure pénale ». Certains auteurs proposent également d'établir une liste contenant les cas d'exclusion des preuves illégales<sup>1036</sup>, afin de faciliter la pratique judiciaire. Cependant, malgré l'absence du régime mûr de la jurisprudence en Chine, la sanction procédurale chinoise a aussi sa flexibilité. Cette dernière est réalisée par les mots vagues qui permettent leur interprétation par les organes judiciaires. Du point de vue de certains auteurs, l'utilisation de mots vagues ou incertains produit un effet assez négatif<sup>1037</sup>. Trop de liberté d'interprétation des lois conduirait à la distorsion de l'esprit des dispositions de la Loi de Procédure Pénale.

**443. Nos avis et nos perspectives.** À notre avis, lorsque le législateur chinois a décidé d'établir le régime de la règle d'exclusion des preuves illégales, son orientation est correcte : maintenir en même temps la rigidité et la flexibilité du régime, mais sa méthode est discutable. Dans un même article, le législateur non seulement précise les cas d'exclusion d'une preuve illégale, mais aussi utilise des mots vagues ou incertains. Il semble que cette méthode permette de manifester d'un côté la rigidité du régime, et de l'autre côté la flexibilité du régime. Mais en fait, les mots vagues ou incertains conduisent à l'affaiblissement de la rigidité du régime. Sur ce point, nous estimons qu'il mérite de s'inspirer des expériences françaises qui permettent de distinguer entre les nullités textuelles et les nullités substantielles. Les premières signifient la précision des cas de la nullité dans les articles (sans aucune

<sup>1036</sup> Yan Zhao hua (闫召华), « Étude sur la difficulté d'exclusion des preuves illégales » ( “非法证据排除难研究” ), in *Fa Zhi yu She Hui Fa Zhan* (《法制与社会发展》), 2014, n° 2.

<sup>1037</sup> Wu Hong yao (吴宏耀), « La règle d'exclusion des preuves illégales et son effectivité. Étude sur les voies d'amélioration de la règle d'exclusion des preuves illégales » ( “非法证据排除的规则与实效——兼论我国非法证据排除规则的完善进路” ), préc.

l'ambiguïté des mots). Dans les dernières, il s'agit de la stipulation d'un principe dans la disposition afin de conférer le pouvoir aux magistrats pour apprécier librement le prononcé des nullités cas par cas. Du fait, grâce un nouveau texte intitulé « Dispositions concernant plusieurs questions relatives à l'exclusion stricte des preuves recueillies illégalement dans les affaires pénales » promulgué en 2017, la rigidité du régime de la sanction procédurale chinoise est renforcée. Au moins sur le plan des aveux illégaux, les auteurs de ce nouveau texte n'utilisent plus de mots vagues, mais stipulent clairement les cas d'exclusion des aveux illégaux. Puisque la rigidité de ces derniers est acceptée presque à l'unanimité des juristes, nous espérons que le futur amendement de la Loi de Procédure Pénale absorbera ladite disposition. Concernant les autres moyens de preuves (la preuve matérielle ou écrite), nous pensons mettre l'accent sur la flexibilité du régime. Autrement dit, au cours de l'application de la règle d'exclusion des preuves, les organes judiciaires prennent la responsabilité de regrouper les cas d'exclusion des preuves matérielles ou écrites. Dès que les magistrats ont une pratique habituelle sur l'exclusion des preuves matérielles ou écrites, les normes pratiques peuvent être intégrées dans la Loi de Procédure Pénale.

**444. Conclusion.** En résumé, la rigidité et la flexibilité coexistent dans les régimes de la sanction procédurale des deux pays. Leurs formes de la rigidité sont les mêmes : l'énumération des cas de la sanction procédurale. Cependant, leurs formes de flexibilité sont différentes : la jurisprudence en France, les termes vagues en Chine. En fait, la rigidité et la flexibilité sont deux facettes du droit. Selon les expériences françaises, on peut constater que l'équilibre de ces deux caractéristiques est un enjeu pour le régime de la sanction procédurale. Pour la Chine, il convient de s'inspirer de cet art d'équilibre.

## Section II. L'objectif du régime

**445. Plan.** Quand on envisage d'analyser un régime dans la perspective macroscopique, il est nécessaire de penser à l'objectif du régime. C'est une autre facette du régime. Dans cette section, nous allons tout d'abord analyser les objectifs différents du régime de la sanction procédurale dans les deux pays et préciser leur influence (§1), et ensuite étudier leurs causes (§2).

### § 1. Objectifs différents et leur influence

**446. Méthode de comparaison.** La méthode de « lecture » de l'objet observé est liée à notre culture. L'Européen lira le dessin horizontalement, puisque c'est ainsi qu'il a appris à lire. Mais on pourrait aussi lire verticalement, comme l'aurait fait un Chinois, et on verrait autre chose. Il ne s'agit pas là que d'une perception légèrement déformée : elle est en totale contradiction avec la première, les conclusions de deux observateurs seraient radicalement opposées. Et pourtant ces deux observateurs voient « la même chose », mais avec des « lunettes » différentes. Lorsqu'on compare un système, il est donc nécessaire de « changer de lunettes », mais ce n'est pas suffisant : il faudrait pouvoir abandonner les lunettes<sup>1038</sup>. Pour nous, il est impossible

<sup>1038</sup> M. L. IZORCHE, « Propositions méthodologiques pour la comparaison », *préc.*, p. 289.

d'abandonner les lunettes, car les observateurs ne peuvent pas abandonner leur culture, leur éducation, leur coutume. Mais il est possible de changer de lunettes. Donc, nous allons essayer de « changer de lunettes » pour analyser l'objectif du régime (A) et approfondir son influence (B).

### A. Analyse des objectifs différents

**447. Objectif du régime français.** L'objectif du régime de la sanction procédurale dans les deux pays est différent. Du côté de la France, en se référant principalement au grief, le droit français considère la nullité de la procédure pénale comme une réparation accordée à la personne poursuivie<sup>1039</sup>. Sur le plan de la jurisprudence, l'enjeu de la recevabilité et du prononcé de la nullité est le grief, c'est-à-dire que le principe est « pas de grief, pas de nullité ». De plus, lorsqu'un juge décide de prononcer la nullité, il n'est pas suffisant de vérifier l'existence du grief, mais encore l'effectivité du grief. En d'autres termes, le juge prononcerait la nullité, seulement quand les actes atteignent effectivement les droits d'un suspect ou accusé.

**448. Objectif du régime chinois.** À la différence de la France, le droit chinois considère la règle d'exclusion des preuves illégales comme une protection de l'image de la justice. Elle est par essence une mesure de la sanction mais non une mesure réparatrice. Ce point de vue peut être constaté, d'une part, par le contexte de l'établissement de la règle d'exclusion des preuves illégales. Le régime de la règle d'exclusion des preuves illégales est né dans un contexte où de nombreuses erreurs judiciaires ont été dénoncées par les médias. Ces erreurs judiciaires affaiblissent la croyance du citoyen chinois envers la justice pénale, et de même portent atteinte à l'image de la justice. Ainsi, la crise de la justice est apparue en Chine. Pour freiner cette crise, l'organisme central de la justice a décidé de rechercher les causes des erreurs judiciaires. Selon le résultat de cette recherche, la cause la plus importante porte sur l'utilisation de la torture ou d'autres moyens illégaux pendant l'interrogatoire. Pour prohiber l'extorsion des aveux par la torture et éviter les erreurs judiciaires, la règle d'exclusion des preuves illégales originaire de la *Common law* a été introduite dans le droit chinois. D'autre part, ce point de vue peut être constaté aussi par l'étendue de l'exclusion. Sur le plan de la pratique judiciaire, ce que les magistrats décident d'exclure sont principalement les aveux obtenus par les moyens illégaux. S'agissant des autres moyens de preuves, comme les preuves écrites ou matérielles, les magistrats les excluent rarement. Ainsi, l'objectif immédiat de la règle d'exclusion des preuves illégales est la prohibition de l'extorsion des aveux par la torture et la prévention des erreurs judiciaires. L'objectif radical de la règle d'exclusion des preuves illégales est la protection de l'image et du prestige de la justice.

**449. Comparaison.** Il semble que « la réparation accordée à la personne poursuivie » et « la protection de l'image de la justice » sont deux choses différentes. Mais en fait, ce sont le recto et le verso d'une même chose (le régime de la sanction procédurale). Plus précisément, lorsqu'un enquêteur obtient une preuve de manière illégale, son acte porte atteinte non seulement aux droits du suspect ou accusé, mais

---

<sup>1039</sup> Patricia Hennion-Jacquet, « La double dénaturation des nullités en matière pénale », in *Recueil Dalloz*, 2004, p. 1265.

aussi à l'image et la réputation de la justice. Si un magistrat ordonne l'illégalité de cet acte et décide d'exclure les éléments des preuves obtenus par cet acte, cela permet de réparer les droits de la personne poursuivie et aussi de réhabiliter la justice. Plus simplement, des visions différentes apportent des expressions différentes sur l'objectif du régime. On poursuit avec une question : des visions différentes entraînent-elles l'influence sur le contenu du régime ?

## B. L'influence des objectifs différents

**450. Droit chinois.** Les visions différentes conduisent notamment à une influence sur le critère d'exclusion ou annulation d'une preuve illégale. Le droit chinois adopte l'énumération pour préciser les cas d'exclusion des preuves obtenues par les actes illégaux. Par exemple, puisque l'extorsion des aveux par la torture conduit nécessairement à nuire l'image de la justice, le législateur chinois stipule sans réserve qu'il faut exclure les aveux extorqués par la torture. Cependant, il tolère les autres cas où un acte viole les formalités prévues par la loi, par exemple, sans signature de la personne perquisitionnée dans un procès-verbal de perquisition. La loi consacre que les preuves obtenues dans ledit cas « peuvent » être exclues. Le législateur ajoute que le magistrat peut décider de ne pas exclure ces preuves lorsque l'enquêteur peut rectifier leurs vices ou donner une explication raisonnable.

**451. Droit français.** Le droit français adopte le critère de « l'effectivité du grief » selon lequel le juge décide le prononcé de la nullité d'un acte. Ayant un rapport étroit avec l'atteinte des droits de la défense, ce critère est instauré progressivement et stabilisé ces dernières décennies. Au cours de l'évolution, l'objectif du régime de la nullité de procédure pénale oscille entre « la réparation des droits de la personne poursuivie » et « la protection de l'image de la justice ». Cette opinion peut être constatée par deux aspects. Le premier concerne la distinction entre les nullités d'ordre public et les nullités d'intérêt privé. M. le Professeur Pradel définit la notion de ces deux cas de nullités : les nullités d'ordre public tiennent à la méconnaissance des principes touchant à l'ordre public et doivent être relevées même s'il n'a pas atteint aux droits de la défense ; les nullités d'intérêt privé portent atteinte aux droits de la défense<sup>1040</sup>. Ces conceptions illustrent les différents points de départ de ces deux sortes de nullités : l'ordre public et les droits de la défense. La distinction entre les deux sortes de nullités permet aussi de manifester la volonté des juristes français : trouver un point d'équilibre entre lesdits deux objectifs du régime. Le second aspect concerne la distinction entre les nullités textuelles et les nullités substantielles. Les nullités textuelles consistent en des cas d'inobservation de formalités prévus expressément par la loi. À l'inverse, les nullités substantielles concernent l'annulation d'actes appartenant à la procédure d'audience « bien que la peine de la nullité ne fût pas textuellement attachée à l'absence de la formalité »<sup>1041</sup>. En effet, le doctrine du régime de nullités de procédure pénale s'est compliquée à cause de ces deux distinctions. C'est la raison pour laquelle le régime de nullités nous donne l'impression d'un labyrinthe. Aujourd'hui, la seconde distinction est quasiment abandonnée,

<sup>1040</sup> Jean Pradel, *Procédure pénale*, préc., n° 782.

<sup>1041</sup> Jean Pradel, *Procédure pénale*, préc., n° 782.

puisqu'il est nécessaire d'apprécier l'effectivité du grief dans tous les cas du prononcé de nullité. Ainsi, toutes les sortes de nullités sont des nullités substantielles. Avec le développement des droits de la défense, le critère du grief joue un rôle très important dans les affaires de nullités. L'atteinte des droits de la défense est un élément fondamental envisagé par un juge, lorsque ce dernier prend une décision sur les nullités. Ainsi, il n'est pas surprenant que le droit français considère « la réparation des droits de la défense » comme l'objectif du régime de nullité de procédure pénale.

## § 2. Les causes des objectifs différents

**452. Question.** Pour approfondir notre étude, il est nécessaire de se demander pourquoi le régime de la sanction procédurale dans les deux pays poursuit des objectifs différents. Il convient ici d'étudier séparément la situation de la Chine **(A)** et celle de la France **(B)**.

### A. En Chine

**453. Transplantation du régime.** Étant un régime célèbre de la *Common law*, la règle d'exclusion des preuves illégales s'appuie sur son système de la jurisprudence et vise à protéger l'image de la justice. La Chine est un pays avec une tradition du droit écrit. S'inspirant des expériences européennes et japonaises, les chinois ont modernisé leur système de justice. C'est-à-dire, le système de la justice pénale de la Chine s'approche de celui de l'Europe continentale. De plus, le système de la jurisprudence n'a pas encore été bien établi en Chine. Ainsi, il est évident que le « sol » chinois ne favorise pas la transplantation de la règle d'exclusion des preuves illégales. Mais pourquoi le législateur chinois décide-t-il fermement de la transplanter ?

**454. Du côté de l'objectif du régime.** D'une part, l'objectif de « la protection de l'image de la justice » correspond au but de la réforme de la justice pénale chinoise et s'adapte aux circonstances de la société chinoise. En Chine, étant l'un des appareils d'État, l'organe judiciaire exerce l'autorité judiciaire. L'impartialité ou la partialité de la procédure judiciaire influence immédiatement l'image de la justice, et en conséquence influence l'image de l'État et la confiance du citoyen envers l'État. Sous la politique du Parti-unique, le rapport entre le Parti Communiste Chinois et l'État est étroit. Si l'image de l'État est atteinte, celle du PCC est également touchée. Cela donnera un effet de domino : le citoyen chinois affaiblit sa confiance envers le PCC ; et il y aura une crise de la gouvernance du PCC. En fait, le fondement de l'instauration de la République Populaire Chinoise est la reconnaissance de la légalité du pouvoir dirigeant du PCC par le peuple chinois. Donc, l'affaiblissement de la confiance du peuple chinois envers le PCC touche la base de l'État. En réalité, à cause de la dénonciation des erreurs judiciaires par les médias, l'image de la justice est fortement atteinte. Dans cette circonstance, la protection de l'image de la justice et la réhabilitation de l'appareil judiciaire sont urgentes. Grâce à ces besoins réels, l'appareil juridique a commencé à attacher de l'importance à la règle d'exclusion des preuves illégales, qui vient de la *Common law* et vise à la protection de l'image de la justice. Le législateur a introduit en 2012 la règle d'exclusion des preuves illégales dans la Loi de Procédure Pénale. En bref, puisque l'image de la justice touche la sécurité de

l'État, les dirigeants chinois ont décidé de transplanter la règle d'exclusion des preuves illégales et continuent à l'améliorer. Certes, cette nouvelle règle permet aussi de renforcer les droits de l'homme. Mais à vrai dire, la protection des droits de l'homme est une cause secondaire de la transplantation de la règle d'exclusion des preuves illégales.

**455. Du côté de la tradition du droit écrit.** D'autre part, en *Common law*, les règles d'exclusion des preuves illégales, issues de la jurisprudence, sont consacrées par la loi, par exemple, le code du droit de la preuve de Californie. C'est une exception dans les pays anglo-saxons qui considèrent la jurisprudence comme la source du droit. Les juristes chinois s'intéressent beaucoup à ces règles de la *Common law*, car la Chine est un pays avec une tradition du droit écrit. Au niveau de la technique de la transplantation, le code du droit de la preuve fournit une référence aux juristes chinois qui veulent confirmer toutes les règles de la preuve en droit écrit. Ainsi, sur le plan de la transportation des règles, il est facile de transplanter le système de la preuve de la *Common law*. Malgré cela, l'effet de l'application du système de la preuve ne permet pas de le transporter d'un pays à un autre. En fait, la règle d'exclusion des preuves illégales n'est pas très bien appliquée en Chine. Les causes de ce fait sont variées et nombreuses. Mais vu sous l'aspect de l'origine du système, il convient d'évoquer deux éléments. Premièrement, malgré la forme du droit écrit, les règles de la preuve en *Common law* se basent sur la jurisprudence. Autrement dit, avant la naissance du code du droit de la preuve, les dispositions prévues dans ce code sont déjà appliquées dans la pratique judiciaire. Ce que les rédacteurs du code ont fait est le recueil des normes de la jurisprudence. Deuxièmement, le système de la preuve en *Common law* a un lien étroit avec la singularité de la procédure pénale anglo-saxonne. Plus précisément, dans la procédure pénale du système de *common law*, le jury se charge de traiter les contentieux sur les faits, c'est-à-dire qu'il décide la culpabilité ou l'innocence de l'accusé ; le juge s'occupe de contentieux sur le droit, par exemple, le contentieux sur la légalité dans la recherche des preuves. Ainsi, les règles d'exclusion des preuves illégales ne sont appliquées qu'au moment où le juge traite les contentieux sur le droit. Par contre, en Chine, d'un côté, les règles d'exclusion des preuves illégales sont créées directement par le législateur, c'est-à-dire qu'elles ne sont pas sur la base de la pratique judiciaire ; d'un autre côté, le juge pénal prend la décision sur tous les contentieux, qu'ils soient sur les faits ou le droit. Ce contraste est frappant. Ainsi donc, il n'est pas surprenant que la règle d'exclusion des preuves illégales ne soit pas très bien appliquée en Chine.

Malgré cela, l'organisme central de l'autorité judiciaire n'abandonne pas le régime de la règle d'exclusion des preuves illégales, mais continue à l'améliorer. La cause principale de cette position porte sur l'objectif de ce régime correspondant aux besoins réels de la société chinoise. Quant au contenu du régime, l'appareil judiciaire peut le rectifier selon ses expériences pratiques. En fait, il est en train de s'engager actuellement. Nous pensons que la Chine pourrait développer son propre système de la preuve pénale.

## B. En France

**456. Développement des droits de la défense.** Grâce au développement des droits de la défense en France, l'objectif du régime de nullités de procédure pénale n'est plus oscillant entre la protection de l'intérêt public et celle de l'intérêt privé. Le droit français considère finalement « la réparation des droits de la défense » comme l'objectif du régime de nullités. Le développement des droits de la défense en France peut être constaté par l'affirmation de la valeur fondamentale des droits de la défense dans le droit processuel. Si aujourd'hui la valeur fondamentale des droits de la défense est affirmée fermement par les pénalistes français, une telle qualification n'est pas allée d'elle-même et sans rencontrer de difficulté. Il est donc intéressant de retracer le chemin parcouru, afin d'analyser de quelle manière les droits de la défense ont pu être affirmés. Il convient ici d'envisager le droit français **(1)** et le droit international **(2)**.

### 1. L'affirmation de la valeur fondamentale des droits de la défense dans le droit français

**457. Attitude réservée du juge ordinaire.** Le juge ordinaire a adopté une attitude réservée sur la valeur fondamentale du principe des droits de la défense. Le Conseil d'État a toujours eu une attitude ambiguë à l'égard de la valeur juridique du principe du respect des droits de la défense. Il décide implicitement dès 1944<sup>1042</sup> et plus explicitement en 1945<sup>1043</sup>, que le principe du respect des droits de la défense est un principe général du droit. Mais il faudra attendre un arrêt en date du 31 octobre 1980<sup>1044</sup> pour qu'il adopte la terminologie de principe général du droit. En effet, appréhender le principe du respect des droits de la défense comme un principe général du droit empêche de lui conférer une nature fondamentale<sup>1045</sup>. Il est majoritairement admis qu'une telle notion possède une valeur supradécretale mais infralégislative, et ne s'impose donc pas au législateur qui peut tout à fait contredire un tel principe par une règle formelle<sup>1046</sup>. Cette terminologie est aujourd'hui fixée. Il semble que le Conseil d'État n'ait jamais qualifié de « fondamental » le principe du respect des droits de la défense. La Cour de cassation a également adopté une terminologie flottant à l'égard du principe du respect des droits de la défense. Toutefois, la Cour de cassation s'est montrée sur ce point plus audacieuse que le juge administratif. En effet, dans un arrêt remarqué rendu par l'Assemblée plénière le 30 juin 1995, elle affirme que la défense constitue « un droit fondamental à caractère constitutionnel »<sup>1047</sup>.

**458. Consécration constitutionnelle des droits de la défense.** L'affirmation de la valeur fondamentale des droits de la défense résulte essentiellement de la

---

<sup>1042</sup> CE 5 mai 1944. *Dame veuve Trompier-Gravier*, Rec. 133 ; CE 26 oct. 1945, *Aramu et autres*, D. 1946. 158, note G. Morange.

<sup>1043</sup> CE 18 nov. 1964, *Rainaut*, AJDA 1965. 408 ; CE 13 déc. 1968, *Association syndicale des propriétaires de Champigny sur Marne*, *RD publ.* 1969. 512, note Waline.

<sup>1044</sup> CE 31 oct. 1980, *Fédération nationale des unions des jeunes avocats*, D. 1981. IR III ; JCP 1983. II. 20003 ; *RD publ.* 1981. 499.

<sup>1045</sup> Yannick Capdepon, *Essai d'une théorie générale des droits de la défense*, préc., p. 60.

<sup>1046</sup> R. Chapus, *Droit administratif général*, Montchrestien, T. 1, 15<sup>e</sup> éd., 2008.

<sup>1047</sup> Ass. plén. 30 juin 1995, *JCP* 1995. II. 22478, concl. M. Jéol ; D. 1995. 573, note R. Drago.

jurisprudence du Conseil constitutionnel<sup>1048</sup>. Cependant il y a également une évolution terminologique. Dans un premier temps, le principe est affirmé comme « découlant des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République »<sup>1049</sup>, avant de devenir lui-même un « principe fondamental reconnu par les lois de la République »<sup>1050</sup>. Aujourd'hui, le Conseil qualifie la défense de « droit fondamental à caractère constitutionnel »<sup>1051</sup> déduit de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen<sup>1052</sup>. Cependant, cette différence de vocable et de fondement ne semble pas d'apporter de sérieuses conséquences sur la nature fondamentale du principe. Un droit ou un principe fondamental a vocation à être utilisé par le Conseil constitutionnel afin d'invalider un texte législatif qui y porterait atteinte. Ainsi, la simple reconnaissance du principe par ce dernier emporte nécessairement la reconnaissance de sa nature fondamentale.

**459. Attraction constitutionnelle des droits de la défense.** De plus, l'affirmation du caractère fondamental des droits de la défense résulte d'un processus plus global d'attraction du droit processuel par le droit constitutionnel. En effet, le droit constitutionnel se définit traditionnellement comme l'ensemble des règles de droit public consacrées à l'organisation et au fonctionnement politique<sup>1053</sup>, alors que l'on peut définir largement le droit procédural comme les règles techniques d'organisation des procès. Cette différence d'objet laisse penser de prime abord à l'absence de rapport possible entre les deux matières. Un point de rencontre envisageable réside toutefois dans le contrôle de la constitutionnalité des lois, par lequel le Conseil constitutionnel peut être conduit à connaître les règles relatives à de nombreuses matières. C'est dire que, des règles procédurales, il ne pouvait guère connaître que la procédure pénale, puisqu'elle est la seule à relever exclusivement du domaine de la loi<sup>1054</sup>. À ce titre, l'attraction constitutionnelle des droits de la défense ne pouvait que concerner cette matière, se révélant impossible en procédure civile ou en procédure administrative.

**460. « Constitutionnalisation » du droit processuel et droits de la défense.** La notion de droit fondamental se présente comme le point de rencontre des deux disciplines (droit constitutionnel et droit processuel), entraînant un phénomène dit de « constitutionnalisation du droit processuel ». Cette conception a donné lieu à un vif débat doctrinal<sup>1055</sup> dont la portée sur le fond peut certainement être relativisée. On

---

<sup>1048</sup> V. ici la liste proposée par N. Molfessis, *Le Conseil constitutionnel et le droit privé*, LGDJ, 1997, n° 272 ; Ass. plén. 30 juin 1995, *JCP* 1995. II. 22478, concl. M. Jéol ; *D.* 1995. 573, note R. Drago.

<sup>1049</sup> Cons. const. 2 déc. 1976, Rec. 39.

<sup>1050</sup> Cons. const. 19-20 janv. 1981, n° 80-127 DC, *JCP* 1981. II, note Franck.

<sup>1051</sup> Cons. const. 13 août 1993, Rec. 224.

<sup>1052</sup> Cons. const. 23 juill. 1999, n° 99-416 DC ; Cons. const. 17 déc. 2010, n° 2010-62, QPC.

<sup>1053</sup> G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, préc., p. 741, sous la définition du terme « public » ; L. Favoreu et al., *Droit constitutionnel*, Dalloz, 13<sup>e</sup> éd., 2010, n° 25, qui précise que les institutions étatiques constituent l'objet unique du droit constitutionnel primaire.

<sup>1054</sup> Art. 34 de la Constitution du 4 octobre 1958.

<sup>1055</sup> Pour une critique sévère de l'idée, B. Beignier, *Droits fondamentaux et règles principales du procès civil*, Montchrestien, 3<sup>e</sup> éd., 2000, p. 3 et s ; Du même auteur, « Procédure civile et droit constitutionnel », in *Légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Economica, 1999. Pour une critique plus nuancée, T. Le Bars, *Droit judiciaire privé*, LGDJ, 2<sup>e</sup> éd., 2002, n° 24, l'auteur, tout en admettant le phénomène, entend en limiter l'importance. Il reste qu'une grande partie de la doctrine adhère plus ou moins complètement à l'idée, v. par ex. L. Cadiet et E. Jeuland, *Droit judiciaire privé*, 10<sup>e</sup> éd., LexisNexis, 2017, n° 26, pour qui « Le droit du procès

peut effectivement considérer que l'expression « constitutionnalisation » est inappropriée si elle signifie simplement que la Constitution est une source du droit en la matière. Mais il n'en demeure pas moins qu'elle n'est qu'une manière de désigner le phénomène bien réel et peu contestable de l'influence du droit constitutionnel sur l'ensemble du droit processuel et même, du reste, sur l'ensemble du droit<sup>1056</sup>. Si la plus grande part du processus d'attraction du droit processuel par le droit constitutionnel repose sur la notion de droit fondamental, c'est plus précisément les droits de la défense qui ont été concernés par le phénomène<sup>1057</sup>. Si l'on observe les décisions du Conseil en la matière, on constate que la plupart d'entre elles concernent le principe des droits de la défense<sup>1058</sup> appliqué relativement à des garanties de procédure<sup>1059</sup>. Le principe du respect des droits de la défense ainsi proclamé constitue à ce titre un, sinon le, principe fondamental de tout procès, de toute procédure.

## **2. L'affirmation de la valeur fondamentale des droits de la défense dans le droit international**

**461. Absence formelle des droits de la défense dans les textes internationaux.** La valeur fondamentale des droits de la défense suppose leur reconnaissance au-delà du droit français. On remarquera immédiatement que les textes internationaux n'utilisent pas explicitement l'expression « droits de la défense ». La Déclaration universelle des droits de l'Homme, le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, ces trois textes les plus connus se contentent d'énumérer des garanties de procédure<sup>1060</sup>. Malgré cette absence formelle des droits de la défense dans ces textes, on ne peut pas conclure à leur inexistence. Afin de montrer comment un texte international assure la protection des droits de la défense, nous allons centrer notre analyse sur la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, en raison de son autorité particulière en droit français.

**462. Article 6 de la CEDH.** Il semble que l'article 6 de la CEDH envisage la défense procédurale de la même manière que le législateur français, c'est-à-dire en énumérant un certain nombre de garanties. Le premier paragraphe consacre la garantie d'accès au juge, celle de son indépendance et de son impartialité, l'exigence d'équité de la procédure ou encore celle d'un délai raisonnable. Le paragraphe 2 stipule le principe de la présomption d'innocence, alors que le paragraphe 3 édicte des garanties spécifiques à la matière pénale telles que, par exemple, le droit à

---

n'échappe pas à la constitutionnalisation du droit » ; N. Molfessis, « La procédure civile et le droit constitutionnel », in *Les vingt ans du nouveau Code de procédure civile*, La Documentation française, p. 245.

<sup>1056</sup> L. Favoreu, « La constitutionnalisation du droit », in *Mélanges Drago*, Economica, 1996, p. 25 ; N. Molfessis, *Le Conseil constitutionnel et le droit privé*, LGDJ, 1997, n° 272.

<sup>1057</sup> N. Molfessis, « La procédure civile et le droit constitutionnel », préc., p. 245, n° 14.

<sup>1058</sup> Cons. const. 28 juill. 1989, n° 89-260 DC, Rec. 71.

<sup>1059</sup> Tel, notamment, le contradictoire (Cons. const. 29 déc. 1989, n° 89-268 DC, Rec. 110). Pour une décision touchant de nombreux aspects des droits de la défense, Cons. const. 18 janv. 1985, n° 85-182 DC, Rec. 27.

<sup>1060</sup> Aux termes de l'article 10 de la DUDH, « Toute personne a droit, en pleine égalité, à ce que sa cause soit entendue équitablement et publiquement par un tribunal indépendant et impartial, qui décidera, soit de ses droits et obligations, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle ». L'article 14 du Pacte comprend un premier paragraphe rédigé en des termes similaires à l'article 10, précité. Il édicte ensuite, à l'instar de l'article 6 de la CEDH, les garanties spécifiques à la personne accusée d'une infraction pénale.

l'assistance d'un défenseur<sup>1061</sup> ou encore le droit d'interroger ou de faire interroger des témoins à charge<sup>1062</sup>. Ce texte ne consacrait donc pas la protection des droits de la défense sous la forme d'une norme générale et distincte des différentes garanties mais uniquement la protection des garanties elles-mêmes.

**463. Utilisation des droits de la défense par la Cour européenne.** Si l'article 6 ne mentionne aucune référence aux « droits de la défense », l'expression est couramment utilisée par la Cour européenne. En matière pénale, la Cour européenne recourt essentiellement aux droits de la défense. Certaines affirmations laissent songer à une distinction des droits de la défense et des garanties de procédure. Par exemple, dans l'arrêt *Delta c/ France*<sup>1063</sup>, la Cour européenne était appelée à sanctionner une procédure pénale à l'occasion de laquelle le prévenu n'avait pas pu, malgré une demande en ce sens, faire interroger à la barre des personnes ayant témoigné contre lui durant l'enquête. Afin de résoudre cette question, la Cour affirme que l'utilisation des dispositions remontant à la phase d'instruction préparatoire ne se heurte pas en soi à l'article 6, § 3, d) et 6, § 1, *sous réserve du respect des droits de la défense* qui commandent d'accorder à l'accusé une occasion adéquate et suffisante de contester un témoignage à charge et d'en interroger l'auteur<sup>1064</sup>. L'article 6, § 3, d) consacre le droit d'interroger ou de faire interroger un témoin à charge. Il s'agit d'une garantie procédurale spécifique. Or, par cette affirmation, la Cour n'assimile pas cette garantie aux droits de la défense puisqu'elle utilise précisément cette dernière notion pour décider de la compatibilité de l'utilisation d'un témoignage obtenu durant l'enquête avec la garantie spécifique de l'article 6, § 3, d). Cela signifie, en d'autres termes, que le respect ou la violation de cette garantie lors de l'utilisation d'un témoignage recueilli avant le jugement dépendra du respect des droits de la défense, autrement dit du fait de savoir si l'impossibilité de faire citer le témoin a, ou non, empêché le requérant de s'en défendre. D'ailleurs, les autres affaires illustrent plus clairement la distinction entre les droits de la défense et les garanties procédurales. La Cour européenne affirme, dans l'affaire *Saïdi c/ France*, que « *les droits de la défense sont restreints de manière incompatible avec les garanties de l'article 6 lorsqu'une condamnation se fonde uniquement ou dans une mesure déterminante sur des dispositions faites par une personne que l'accusé n'a pu faire interroger ni au stade de l'instruction ni pendant les débats* »<sup>1065</sup>. L'idée d'incompatibilité des droits de la défense et des garanties de l'article 6 montre assez clairement la distinction de celles-ci et de ceux-là. De la même manière, et plus clairement encore, l'arrêt *Vacher c/ France* du 17 décembre 1996 précise que l'absence de fixation d'un délai pour produire un mémoire et l'inobservation du délai habituel par la Cour de cassation sans en avoir informé le requérant ont privé ce dernier « *de la possibilité de se défendre de façon concrète et effective* » devant cette juridiction<sup>1066</sup>.

---

<sup>1061</sup> CEDH, art. 6, § 3, b).

<sup>1062</sup> CEDH, art. 6, § 3, d).

<sup>1063</sup> CEDH 19 déc. 1990, *Delta c/ France*, requête n° 11444/85.

<sup>1064</sup> CEDH 19 déc. 1990, *Delta c/ France*, requête n° 11444/85, § 36.

<sup>1065</sup> CEDH 20 sept. 1993, *Saïdi c/ France*, série A n° 265-C, § 43 et 44. V. également par ex. CEDH 6 févr. 2007, *Mentes c/ Turquie*, requête n° 36487/02, § 5, reprenant exactement la motivation de l'arrêt *Saïdi*.

<sup>1066</sup> CEDH 17 déc. 1996, *Vacher c/ France*, JCP 1997. I. 4000, obs. Sudre, § 30. Comp. CEDH 21 avr. 1998, *Daud c/ Portugal*, Recueil des arrêts et décisions, 1998. II. 739, affirmant de manière similaire que le requérant n'a pas

#### **464. Rapport entre les droits de la défense et la notion de procès équitable.**

Au-delà des garanties qu'il proclame, l'article 6 de la Convention est très souvent analysé par la doctrine comme consacrant ce qu'il est devenu courant de nommer « le droit à un procès équitable ». Cette notion peut s'entendre de deux façons. Premièrement, on pourrait l'analyser comme le rassemblement des différentes garanties consacrées par le texte. Deuxièmement, le concept de procès équitable pourrait s'entendre comme une notion normative par elle-même et, partant, distincte des différentes garanties processuelles consacrées par l'article 6. Ainsi, elle se rapprocherait de la définition autonome des droits de la défense. L'utilisation du concept de procès équitable par la Cour européenne semble imposer de retenir cette seconde conception. Mais quel est le lien entre les droits de la défense et la notion de procès équitable ? Pour y répondre, il est nécessaire de définir la notion de procès équitable de manière plus précise. Un auteur a contribué à cette définition. Selon lui, le concept de procès équitable peut se définir ainsi : chaque partie doit être en mesure de soutenir sa cause dans des conditions qui ne la place pas dans une situation de net désavantage eu égard à son adversaire<sup>1067</sup>. Trois principes en découlent : l'accès au juge et le principe des droits de la défense qui permettent d'être en mesure de soutenir une cause (conception individuelle de l'équité) et le principe de l'égalité des armes qui implique l'équilibre des garanties spécifiques offertes à chaque partie (conception collective de l'équité)<sup>1068</sup>. Ainsi, le principe des droits de la défense est contenu dans le concept juridique de procès équitable. On peut conclure que les droits de la défense bénéficient d'une protection supranationale confortant leur valeur du principe fondamental.

**465. Intégration fonctionnelle des droits de la défense.** Après tout, la valeur fondamentale des droits de la défense est affirmée dans le droit français et le droit international. Cette affirmation permet de renforcer la fonction des droits de la défense en droit processuel. La mise en œuvre des droits de la défense se constate, en droit processuel, dans le cadre du contentieux relatif à la nullité de la procédure. C'est donc le plus souvent les droits de la défense qui sont invoqués par les plaideurs et, en prolongement, utilisés par les juges. Il est donc d'ores et déjà possible de constater une différence entre l'effet produit par la mise en œuvre des droits de la défense et celui produit par celle des différentes garanties de défense. En effet, l'utilisation des différentes garanties de défense ne vise pas l'obtention d'une nullité. Celui qui, par exemple, réclame la consultation du dossier d'une procédure, celui qui propose au juge une preuve ou celui qui réclame l'assistance d'un avocat, n'agit nullement en vue de l'annulation des actes. Il réclame le bénéfice d'une garantie de défense en vertu d'un devoir reposant sur autrui ou d'un pouvoir dont il est titulaire. À l'inverse, dans le cadre des nullités en droit processuel, les droits de la défense sont toujours utilisés afin de motiver (pour les plaideurs) ou de fonder (pour le juge) le prononcé de la nullité. Ainsi, cela ne surprend pas, l'objectif du régime de nullités de procédure pénale consiste à « la réparation des droits de la défense ».

---

bénéficié d'une défense concrète et effective (§ 8, in fine).

<sup>1067</sup> Yannick Capdepon, *Essai d'une théorie générale des droits de la défense*, préc., p. 71.

<sup>1068</sup> *Ibid.*



## Conclusion du Chapitre I

**466. Sur le plan de l'histoire.** Lors de la comparaison sur le plan de l'histoire, nous avons distingué la naissance du régime de son évolution. D'une part, concernant la naissance du régime, on a constaté que la naissance des régimes de la sanction procédurale dans les deux pays suit la même voie : de la théorie à la pratique et à la législation. Leur différence porte sur les formes de la mise en pratique avant la législation. Pour la France, ces sont les jurisprudences ; pour la Chine, ces sont les textes d'interprétation des lois. Nous avons ensuite analysé les causes de cette différence. L'une concerne la structure des pouvoirs et l'autre concerne le recrutement des magistrats. De plus, on a également constaté la possibilité de l'établissement du régime de la jurisprudence et de l'amélioration du régime de sanction procédurale de la Chine. D'autre part, quant à l'évolution des régimes, notre comparaison se concentre sur leurs ressemblances. La première concerne l'étendue des personnes habilitées à demander les nullités ou l'exclusion des preuves illégales. Nous avons découvert que, dans la pratique judiciaire des deux pays, le droit de la demande d'ouverture de la sanction procédurale est dans un premier temps réservé aux agents de l'autorité judiciaire, et ensuite ouvert aux parties privées. En fait, le développement des droits de la défense accompagne l'ouverture progressive du droit de la demande aux individus. Par ailleurs, après avoir étudié l'évolution des régimes de la sanction procédurale, on a constaté la coexistence de la rigidité et de la flexibilité du droit. Et on estime que l'art d'équilibre de ces deux caractéristiques est très important pour bien appliquer un régime. Voici les comparaisons sur le plan de l'histoire. Néanmoins, il existe une autre facette pour comparer les régimes de la sanction procédurale dans les deux pays.

**467. Sur plan de l'objectif du régime.** Sauf la facette de l'histoire, l'objectif du régime est une autre facette pour comparer les régimes de la sanction procédurale dans les deux pays. Tout d'abord, leurs objectifs sont différents. Le régime français vise à « réparer les droits de la défense », alors que le régime chinois vise à « protéger l'image de la justice ». Ensuite, des objectifs différents influencent directement les manières de fixation des cas de la sanction procédurale. Les juges français utilisent notamment le critère de « l'effectivité de grief » pour prononcer les cas des nullités. Et les magistrats chinois décident d'exclure les preuves illégales selon les cas énumérés par les législateurs. Enfin, nous avons analysé les causes de ces objectifs différents. Du côté de la Chine, on s'est rappelé l'origine de la règle d'exclusion des preuves illégales. C'est un régime du droit anglo-saxon. Son objectif original est la protection de l'image de la justice. À cause de cet objectif satisfaisant aux besoins de la société chinoise, les législateurs chinois ont introduit la règle d'exclusion des preuves illégales dans le droit chinois. Ainsi, son objectif dit « la protection de l'image de la justice » est maintenu en droit chinois. Du côté de la France, nous avons retracé le chemin parcouru de l'affirmation de la valeur fondamentale des droits de la défense. Cela nous permet de constater qu'au fur et à mesure du développement des droits de la défense, « la réparation des droits de la défense » est considérée comme l'objectif du régime de la nullité en matière pénale. Voici nos analyses comparées au point de

vue macroscopique sur les régimes de la sanction procédurale dans les deux pays. Il convient de poursuivre les analyses comparées au point de vue microscopique.

## Chapitre II. Un regard microscopique

**468. Plan.** Au niveau microscopique, il convient d'étudier le contenu du régime de la sanction procédurale, comportant quatre éléments principaux : les personnes habilitées à invoquer l'ouverture de la procédure, les organes habilités à connaître cette demande, le délai d'exercice du droit de requête (**section I**), les conséquences de la sanction procédurale. Quant au premier élément, nous l'avons analysé de la manière comparée dans le chapitre précédent. Ici, nous allons analyser les trois autres éléments en droit comparé. En effet, le dernier élément concerne deux niveaux : l'étendue de la sanction et le sort des actes intéressés (**Section II**).

### Section I. Délais d'exercice du droit de requête et organes compétents

**469. Trois objectifs de l'étude.** Les analyses comparées impliquent tout d'abord le discernement des ressemblances et des différences entre les deux pays. Mais pour approfondir notre étude, il convient d'analyser en même temps leurs causes (**§1**). Ensuite, nous allons proposer de nous inspirer de certaines expériences françaises et analyser la possibilité d'imitation des expériences françaises en droit chinois (**§2**).

#### § 1. Discernement des ressemblances et des différences et analyse de leurs causes

**470. Vue générale.** Sur le plan du délai d'exercice du droit de requête et des organes compétents, les éléments différents entre le droit français et le droit chinois sont beaucoup plus que ceux en communs (**A**). Leurs causes peuvent être analysées sur un plan plus large (**B**).

##### A. Différences et ressemblances

**471. Différence sur le délai d'exercice du droit de requête.** De prime abord, il y a une grande différence entre la Chine et la France sur le délai d'exercice du droit de requête. En droit français, le législateur prévoit un délai de forclusion. Plus précisément, la personne poursuivie doit soulever la nullité dans un certain délai à compter de chaque audition ou interrogatoire. Ce délai était de vingt jours (prévu par la loi du 24 août 1993) dans un premier temps, et puis a été porté à trois mois par la loi du 5 mars 2007. Au-delà de ce délai, la personne poursuivie perdra son droit de requête de nullités. Les français l'appellent le mécanisme « de purge ». Ce dernier a été instauré en 1993 quand le droit de la demande de nullité est ouvert aux parties privées. En fait, cette ouverture a amené l'abus du droit de requête de nullités, portant atteinte à l'efficacité de la procédure pénale. Afin de freiner l'abus du droit de requête, le mécanisme « de purge » est mis en œuvre en droit français. Ce mécanisme vise à rassembler les contentieux de nullités dans la phase d'avant-procès, en d'autres termes, à empêcher que les contentieux de nullités entrent dans l'audience du

tribunal. Il favorise ainsi le bon déroulement de l'audience du tribunal. À l'inverse, en droit chinois, il n'y a pas un tel mécanisme ou un mécanisme similaire. Le législateur chinois ne prévoit pas la limite du délai relatif à la demande de l'exclusion des preuves illégales. La Loi de Procédure Pénale consacre explicitement que les suspects ou les accusés ou leurs avocats peuvent demander à exclure les preuves illégales dans toutes les phases de la procédure. Ici, « toutes les phases de la procédure » signifie de la phase de l'enquête à celle du jugement.

**472. Différence sur les organes compétents.** La différence sur le délai d'exercice du droit de requête apporte la différence sur les organes habilités à connaître la demande de nullités. En droit français, le mécanisme « de purge » permet de centraliser presque tous les contentieux de nullités dans la phase d'avant-procès. Ainsi, il est logique que la compétence de la chambre d'instruction soit de plus en plus élargie, et au contraire, celle des juridictions du jugement soit relativement resserrée. La situation est différente en Chine. Dans chaque phase de la procédure pénale, la personne poursuivie peut soulever l'exclusion des preuves illégales. Mais à qui peut-elle demander ? Les organes habilités à connaître cette demande sont différents selon la phase de la procédure pénale. Plus précisément, dans la phase d'enquête, c'est l'organe d'enquête qui déclare la recevabilité ou l'irrecevabilité de la demande d'exclusion des preuves illégales ; au cours de la phase de la poursuite, le ministère public se charge de recevoir cette sorte de demande ; lors de la phase du jugement, l'accusé demande l'exclusion des preuves illégales au juge. Ainsi, en comparaison avec la France, en Chine, la compétence en matière d'exclusion des preuves illégales est décentralisée. Néanmoins, c'est une analyse comparée concentrée plutôt sur le droit écrit. Si l'on tourne nos regards vers la pratique judiciaire, y a-t-il encore ces différences ?

**473. Ressemblances dans la pratique judiciaire.** Si l'on revient au contexte de l'instauration du mécanisme « de purge » en France, on trouvera que la situation actuelle de la Chine ressemble à celle de la France à l'époque des années quatre-vingt-dix. Il convient tout d'abord de rappeler ce contexte. Après l'ouverture du droit de requête de nullités aux parties privées par la loi du 4 janvier 1993, la personne poursuivie ou son avocat utilise ce droit de requête comme une stratégie de la défense. Ces individus diffèrent intentionnellement la demande de nullités. Au cours de l'audience du tribunal, si les accusés ou leurs avocats demandent la nullité d'un acte, le juge doit suspendre son jugement sur les questions du fond et traiter prioritairement les contentieux de nullités. Pour la personne poursuivie, cela permet de gagner du temps pour la préparation de sa défense ; mais en général, cela fait obstacle au déroulement de l'audience et influence en conséquence l'efficacité de la justice pénale. Compte tenu de cet effet négatif, le législateur français a prévu un délai de forclusion dans la loi du 24 août 1993. Ce nouveau mécanisme permet d'empêcher l'abus du droit de requête de nullités dans la pratique judiciaire.

Aujourd'hui, en Chine, la situation est similaire à celle dans laquelle la France se trouve après que la loi du 4 janvier 1993 ayant ouvert le droit de requête de nullités aux parties privées. Lorsqu'un juge est en train de traiter les questions de fond d'une affaire, si l'accusé ou son avocat demande à exclure les preuves illégales, le juge doit

suspendre son investigation sur les contentieux du fond, et ordonne en tout premier lieu les contentieux sur l'exclusion des preuves illégales. L'appareil judiciaire a remarqué les désavantages de ce fait et envisage de prendre les mesures pour atténuer l'effet négatif. L'idée de ces mesures, consistant à la centralisation des contentieux de l'exclusion des preuves illégales dans la phase d'avant-procès, est assimilé au mécanisme « de purge » de la France. Mais les formes de cette idée sont différentes dans les deux pays. Le législateur français utilise le mécanisme du délai, alors que l'autorité judiciaire chinoise profite d'un nouveau régime dit la séance d'avant-procès. Depuis le texte intitulé « la Réglementation sur le renforcement d'exclusion de la preuve illégale dans les affaires pénales » promulgué en 2017, il semble que l'autorité judiciaire chinoise s'efforce de rassembler les contentieux d'exclusion des preuves illégales dans la séance d'avant-procès.

## B. Analyse des causes

**474. Explication des mesures différentes.** On a déjà évoqué qu'en France l'instauration du « délai de forclusion » s'attache à l'ouverture du droit de requête de nullités aux parties privées. De toute évidence, le délai de forclusion est créé pour empêcher l'abus du droit de requête et protéger l'intérêt de l'efficacité de la procédure pénale. Ainsi, on peut considérer la création de ce délai comme une mesure de sagesse permettant de trouver un point d'équilibre au milieu des intérêts relatifs aux différentes personnes. En Chine, il n'existe pas de telle mesure. Est-ce que cela signifie que l'autorité judiciaire chinoise n'a pas besoin de mettre en balance les intérêts différents ? La réponse est négative, car les expériences de la pratique judiciaire en Chine illustrent que l'utilisation du droit de requête à l'excès conduit au ralentissement du déroulement de la procédure pénale, en d'autres termes, touche l'intérêt de l'efficacité de la procédure. Alors pourquoi le législateur chinois n'a pas encadré le droit de la demande d'exclusion des preuves illégales à travers la limitation du délai ? Il convient de rappeler le contexte de l'établissement de la règle d'exclusion des preuves illégales. On a déjà mentionné que c'est le résultat de l'imitation des règles de la preuve de la *Common law*. La procédure pénale dans les pays anglo-saxons est centrée sur l'audience. Plus précisément, tous les contentieux, incluant ceux ayant lieu au cours de l'enquête sont transférés au juge du procès. Dans ce système de la justice pénale, les règles de la preuve ne peuvent être appliquées qu'en audience. Puisque le droit prévoit le délai de l'audience, il n'est pas nécessaire de créer un autre délai pour limiter le droit de la demande d'exclusion des preuves. Ainsi donc, dans le droit de la preuve du *Common law*, il n'existe pas un délai prévu spécialement pour la demande d'exclusion des preuves.

Quand le législateur chinois a décidé de transplanter les règles de la preuve de la *Common law*, il a réalisé que la structure de la procédure pénale de la *Common law* est différente que celle de la Chine. C'est pourquoi il prévoit que la règle d'exclusion des preuves illégales peut être appliquée non seulement en audience, mais aussi dans la phase d'enquête et de la poursuite. Néanmoins, le législateur chinois n'a pas pris conscience de la question du délai. Durant l'application de la règle d'exclusion des preuves illégales, il surgit un nouveau problème ralentissant le déroulement de la

procédure : l'accusé ou son avocat utilise le droit de la demande d'exclusion des preuves illégales comme une stratégie de défense. Afin de résoudre ce problème, l'autorité judiciaire chinoise a commencé à envisager d'encadrer le droit de la demande d'exclusion des preuves illégales.

**475. Explication sur les organes compétents différents.** Quant à la différence des organes habilités à connaître les contentieux en vue de sanction procédurale, il faut l'expliquer par la structure de la procédure pénale. L'instruction préliminaire est une singularité de la procédure pénale française. On peut la considérer comme une procédure intermédiaire. Dans cette procédure, le juge d'instruction se charge du contrôle judiciaire sur les actes d'enquête. La chambre d'instruction est une juridiction d'instruction du second degré. Compte tenu de la dualité de fonction d'enquêteur et de juge à l'égard du juge d'instruction, la loi autorise la compétence à la chambre d'instruction pour connaître la demande de nullité. Cela favorise à garantir l'impartialité des décisions sur les nullités de procédure, puisque le principe « *Nemo iudex in causa sua* » (personne ne doit être juge de sa propre cause) est respecté.

La structure de la procédure pénale chinoise est différente de la française. La doctrine chinoise compare sa procédure pénale à la production à la chaîne. L'enquête, la poursuite et le jugement sont trois opérations successives exécutées respectivement par trois organes : l'organe de police, le ministère public et la cour. Selon la Constitution et la Loi de Procédure Pénale, se chargeant de fonctions différentes, ces trois organes se coopèrent. C'est-à-dire, sans organe dominant, chaque organe maîtrise sa propre autorité. Ce point est différent de la procédure pénale française qui est sous contrôle de magistrats. À la différence de la France, dans la phase d'avant-procès, la Loi de Procédure Pénale ne consacre pas une intervention d'un juge d'instruction. Néanmoins, le rôle du parquet chinois ressemble, dans une certaine mesure, au juge d'instruction français. Par exemple, tous les deux peuvent autoriser la détention d'un suspect ou d'un accusé.

## § 2. Possibilité d'imitation des expériences françaises

**476. Question.** S'inspirant des expériences françaises, la Chine peut-elle instaurer un délai de forclusion pour centraliser les contentieux d'exclusion des preuves illégales dans la phase d'avant-procès ? Pour répondre cette question, il convient tout d'abord d'apprécier s'il existe déjà ou s'il y a la possibilité de créer, en Chine, un organe parallèle à la Chambre d'instruction française **(A)**. Ensuite, il est nécessaire d'analyser comment on peut fixer ce délai de forclusion et le point de compter le délai **(B)**. D'ailleurs, il faut prendre en considération certaines questions techniques **(C)**.

### A. Question sur l'organe

**477. Indispensabilité d'un organe compétent.** On a évoqué qu'en France le mécanisme du « délai de forclusion » s'appuie sur le système de l'instruction préparatoire. Si l'on veut centraliser les contentieux d'exclusion des preuves illégales dans la phase d'avant-procès, il est indispensable d'avoir un organe habilité à connaître cette sorte de contentieux.

**478. Hypothèse de la séance d'avant-procès.** En Chine, il n'existe pas de système parallèle à l'instruction préparatoire de la France. La séance d'avant-procès créée par la LPP en 2012 semble ouvrir la porte aux juges dans la phase d'avant-procès. Certains auteurs chinois estiment donc que cette innovation signifie que l'autorité juridique chinoise est en train de préparer une procédure intermédiaire qui permet au juge de procéder au contrôle judiciaire dans la phase d'avant-procès<sup>1069</sup>. Alors, s'agissant de l'organe compétent en matière de l'exclusion des preuves illégales, est-ce que l'on peut envisager la séance d'avant-procès ? Notre réponse est négative. Selon la Loi de Procédure Pénale, composée de trois participants (le parquet, le juge, l'accusé ou son avocat), la séance d'avant-procès est organisée provisoirement pour préparer l'audience. Ainsi, cette séance n'est pas permanente. On ne peut pas la considérer comme un organe habilité à connaître la demande d'exclusion des preuves illégales dans la phase d'avant-procès.

**479. Hypothèse du Ministère public.** Après avoir vu le système de l'institution judiciaire chinoise, il semble que le Ministère public puisse être un organe compétent en matière d'exclusion des preuves illégales dans la phase d'avant-procès. En premier lieu, cette hypothèse est conforme à la loi fondamentale. Selon la Constitution et la LPP, le Ministère public a la fonction de surveiller l'application de la loi. Il est ainsi logique que le Ministère public contrôle la légalité et la loyauté des actes du recueil des preuves dans la phase d'avant-procès.

En deuxième lieu, cette hypothèse est rationnelle, car le statut du Ministère public est relativement indépendant. En Chine, le statut du parquet est un sujet souvent débattu dans la doctrine. Traditionnellement, le parquet a trois fonctions : l'enquête (la corruption des personnes qui travaillent dans l'organisme de l'État), la poursuite, la surveillance de l'application des lois. C'est la raison pour laquelle le statut du parquet est ambiguë. Au point de vue de sa fonction de surveillance de l'application des lois, le parquet est un organe indépendant et judiciaire ; sur la facette de sa fonction de poursuite, le parquet est un organe représentant l'État qui se confronte à la personne poursuivie devant le tribunal ; sous l'angle de sa fonction d'enquête, le parquet est un organe qui doit rechercher les crimes et découvrir les criminels. Parmi ces trois fonctions, la fonction d'enquête influence davantage la qualification de son statut indépendant. Néanmoins, après la réorganisation des institutions de l'État chinois en 2018, la fonction d'enquête dont le parquet disposait est transférée à la Commission de la surveillance, anciennement connue sous le nom de Comité central pour l'inspection disciplinaire du PCC. Désormais, le parquet a la dualité de la fonction de la poursuite et de la surveillance de l'application des lois. Du point de vue de certains auteurs, le transfert de la fonction d'enquête dont le parquet disposait conduirait à affaiblir le pouvoir du parquet, et accroître en conséquence la difficulté d'exécution de sa fonction de surveillance de l'application des lois<sup>1070</sup>. À notre avis, cette innovation permet de renforcer le statut indépendant du parquet.

---

<sup>1069</sup> Mo Xiangyi (莫湘益), « Séance d'avant-procès : une étude en théorie et en pratique » ( “庭前会议：从法理到实证的考察” ), préc.

<sup>1070</sup> Zhu Xiaoqing (朱孝清), « Renforcement et développement du système du parquet après la réforme de la Commission nationale de la surveillance » ( “国家监察体制改革后检察制度的巩固与发展” ), préc.

En troisième lieu, sur le plan de la pratique judiciaire, par rapport aux autres organes judiciaires, le nombre des contentieux sur l'exclusion des preuves illégales que le parquet connaît est le plus élevé ; de même, les cas où le parquet prononce l'exclusion des preuves illégales est le plus nombreux.

Ainsi, compte tenu de la situation théorique et pratique, on peut constater que le parquet chinois a la possibilité d'être un organe habilité à connaître les contentieux d'exclusion des preuves illégales dans la phase d'avant-procès. Si l'organe compétent est bien choisi, on peut se demander comment fixer le délai de forclusion ?

## B. Fixation du délai

**480. Proposition.** Le Code de procédure pénale de la France prévoit un délai de forclusion de six mois à compter de chaque audition ou interrogatoire. Pour concevoir un délai de forclusion en droit chinois, il est nécessaire de connaître dans un premier temps le délai de l'enquête et de la poursuite en Chine. Ici, on cite l'exemple du cas où la personne poursuivie est détenue. La raison de ce choix consiste à l'augmentation du taux de la détention. Le parquet suprême indique, dans le rapport sur le nombre des personnes détenues, que le taux de détention est au minimum de 85% dans la décennie dernière<sup>1071</sup>. Ainsi, on peut dire que dans la plupart des affaires pénales, les suspects ou les accusés sont en détention. Alors quelle est la durée de la détention ?

**481. Durée de la garde à vue.** Avant tout, il convient de rappeler que la garde à vue et la détention sont deux choses séparées en Chine. Mais lorsque l'on veut estimer la durée de la détention, il faut compter également la durée de la garde à vue. Autrement dit, la durée de la garde à vue est incluse dans celle de la détention, car la personne est déjà détenue durant sa garde à vue. Quant à la durée de la garde à vue, l'article 89 de la LPP stipule que « l'organe d'enquête doit demander l'autorisation de la détention au parquet dans les trois jours à compter du premier interrogatoire ; en cas exceptionnel, la durée de trois jours peut être prolongée d'un jour à quatre jours ; si les suspects commettent des méfaits et s'enfuient en se cachant çà et là, s'ils ont commis à plusieurs fois les infractions, ou s'ils commettent des crimes organisés, la durée peut être prolongée à 30 jours. Lorsque le parquet connaît ladite demande, il doit rendre sa décision dans les 7 jours ». De toute évidence, la loi consacre les cas où la durée de la détention est au maximum de 37 jours avant que le parquet ne donne l'autorisation de la détention.

**482. Durée de la détention.** Concernant la durée de la détention autorisée par le parquet, la loi prévoit qu'elle ne dépasse pas 2 mois (art. 154 de la LPP). Mais elle peut être prolongée d'un mois pour des cas compliqués à condition d'obtenir l'autorisation du parquet supérieur (art. 154 de la LPP). En ce qui concerne les quatre sortes des crimes, cette durée peut être prolongée de deux mois à condition d'avoir l'autorisation du parquet au niveau de la province ou de la région autonomes ou encore de la municipalité (art. 156 de la LPP) ; si dans cette durée prolongée, l'enquête

---

<sup>1071</sup> Chen Yong sheng (陈永生), « Problèmes sur la détention et les solutions : étude centrée sur la réforme du système de la détention dans la Loi de Procédure Pénale en 2012 » ( “逮捕的中国问题与制度应对——以 2012 年刑事诉讼法对逮捕制度的修改为中心” ), in *Zheng Fa Lun Cong* (《政法论丛》), 2013, n° 4.

ne peut pas être achevée, et que la personne poursuivie encourt peut-être une peine d'emprisonnement de 10 ans, la durée peut être prolongée encore une fois de 2 mois (art. 157 de la LPP). Ainsi, la durée de la détention peut être au maximum de 7 mois. Néanmoins, la loi prévoit encore des cas dérogatoires permettant de prolonger la durée de la détention : premièrement, lorsque les affaires ne peuvent pas être transférées devant le tribunal pendant une durée très longue à cause de sa complexité ou de sa sensibilité politique, le parquet suprême peut demander à la Commission permanente de l'Assemblée nationale populaire la prolongation de la durée de détention (art. 155 de la LPP) ; deuxièmement, lorsqu'un suspect refuse de donner son vrai nom et prénom ou son adresse, la durée de l'enquête est comptée à partir du moment où l'enquêteur confirme l'identité du suspect (art. 158, aliéna 2 de la LPP). Dans la pratique judiciaire, si l'enquêteur ne peut pas achever l'enquête du crime dans une durée maximale de détention de 6 mois, il peut demander encore une fois la prolongation selon les derniers cas dérogatoires. Ainsi, la limite de durée de la détention est très vague. Il n'est donc pas surprenant que la personne poursuivie soit détenue pendant plusieurs années dans certains cas.

**483. Durée de la poursuite.** Après l'achèvement de l'enquête, c'est la phase de la poursuite. Selon l'article 169 de la LPP, le délai de la poursuite est en principe d'un mois ; il peut être prolongé de quinze jours lorsque les affaires sont compliquées. Ainsi, la durée maximale de la poursuite est d'un mois et demi.

**484. Constatation d'un délai de forclusion.** Après tout, dans la phase d'avant-procès, en droit chinois, la durée minimum de la détention est de 3 mois plus 10 jours (100 jours) ; la durée maximale de la détention est d'environ 10 mois. Donc il est opportun que la loi chinoise prévoit un délai de forclusion de trois mois à compter de chaque interrogatoire. Au-delà de la question sur l'organe et sur la fixation d'un délai, il est nécessaire de résoudre les autres questions relativement techniques.

### C. Questions techniques

**485. Première question technique.** Tout d'abord, au cours de l'enquête, comment les suspects, peuvent-ils demander l'exclusion des preuves illégales au parquet ? Depuis la réforme de la procédure pénale en 2012, l'enquêteur ne peut plus faire l'interrogatoire dans une cellule à l'intérieur de l'organe de police, il ne peut la faire que dans le centre de détention dans lequel le parquet doit envoyer au moins un procureur permanent. Ainsi, dans la phase de l'enquête, les suspects peuvent demander l'exclusion des preuves illégales à ce procureur permanent. Ce dernier la transfère au Ministère public.

**486. Deuxième question technique.** Ensuite, si le Ministère public accepte la demande d'exclusion des preuves illégales que les suspects ou leurs avocats apportent durant l'enquête, comment enquête-t-il sur la légalité ou la loyauté des actes d'enquête ? Est-ce que le Ministère public peut demander à l'organe d'enquête d'apporter les éléments de preuve démontrant ses propres actes d'enquête ? Notre réponse est affirmative. En théorie du droit, le Ministère public ayant la fonction de l'autorisation de la détention, joue un rôle relativement indépendant et neutre dans la procédure pénale. Il n'y a aucun problème logique ou théorique, si la loi autorise au

Ministère public le pouvoir d'investigation de la légalité des actes d'enquête. Néanmoins, certains peut-être doutent de l'effectivité de ce pouvoir du Ministère public. À la différence des pays occidentaux, en Chine, la police judiciaire n'agit pas sous le contrôle du parquet, car la police et le parquet sont deux organes égaux selon les lois chinoises, voire même, dans la pratique la puissance de la police est plus forte que celle du parquet. Certes, il convient de douter de l'effectivité du pouvoir du parquet à l'égard du contrôle des actes de police judiciaire. Mais, on ne pourrait pas nier la légitimité de ce pouvoir du parquet à cause de sa trop faible effectivité. En effet, c'est la même situation quand l'on parle du rapport entre l'organe de police et la juridiction. Mais dans ce cas, on ne nie pas que la juridiction peut juger la légalité des actes d'enquête même si la puissance de la police est plus forte que la juridiction en réalité. Ainsi, on constate que le parquet peut également contrôler la légalité des actes d'enquête dans la phase d'avant-procès.

D'ailleurs, l'effectivité du contrôle judiciaire a un bel avenir en perspective. Depuis juillet 2015, tous les chefs de CAPJ provinciaux ne sont plus à la tête des Bureaux de la sécurité publique provinciaux (l'organe de police), même si ces deux positions sont occupées par la même personne au niveau central. Dans une certaine mesure, cet arrangement empêche le bureau de la sécurité publique de faire de l'ombre à la justice. Autrement dit, la puissance de la police est affaiblie dans une certaine mesure dans le domaine du droit pénal.

**487. Troisième question technique.** Enfin, si le Ministère public devient un organe unique habilité à connaître tous les contentieux sur l'exclusion des preuves illégales dans la phase d'avant-procès, comment peut-on modifier le mécanisme actuel visant à centraliser cette sorte de contentieux dans l'avant-procès ? Précisément, devons-nous supprimer ou garder les dispositions sur la séance d'avant-procès prévu dans le texte de 2017 ? La séance d'avant-procès vise à préparer l'audience. Afin de permettre de se concentrer sur les contentieux substantiels en audience, toutes les questions procédurales (incluant la question sur l'exclusion des preuves illégales) sont discutées lors de la séance d'avant-procès. Si le parquet connaît les contentieux sur l'exclusion des preuves illégales, lorsqu'il ne peut pas rendre sa décision à la fin de la phase de poursuite, il doit transférer ces contentieux indécis au tribunal. Cela influencera l'efficacité du déroulement de l'audience. Pour les contentieux d'exclusion des preuves illégales que le parquet ne peut pas résoudre à cause de leur complexité, il convient de les transférer tout d'abord à la séance d'avant-procès. Ces contentieux ne peuvent être transférés au tribunal que lorsque le magistrat ne peut rendre une décision pendant la séance d'avant-procès. Ainsi, il convient de garder les dispositions sur la séance d'avant-procès prévues dans le texte 2017.

**488. Conclusion.** En somme, le mécanisme visant à traiter les contentieux d'exclusion des preuves illégales dans la phase d'avant-procès permet au juge de se concentrer sur les questions substantielles en audience, et conduit en conséquence à renforcer l'efficacité du jugement. Ce mécanisme correspond au but de la réforme de la justice pénale chinoise. Nous pouvons nous inspirer des expériences françaises en la matière. Ci-dessus, nous avons analysé la possibilité d'imitation des expériences

françaises et émis certaines propositions sur la réforme. Mais il faut souligner que ces propositions sont plutôt théoriques. Pour tester leur faisabilité, il est nécessaire de mettre en œuvre des expériences-pilotes.

## **Section II. Étendue de la sanction et sort des actes concernés**

**489. Objectifs.** Les conséquences de la sanction procédurale consistent en l'étendue de la sanction et le sort des actes concernés. Nos objectifs dans cette section sont les mêmes que dans la section précédente. Nous allons tout d'abord discerner les différences et les ressemblances du régime de la sanction procédurale dans les deux pays, et analyser leurs causes (§1), et puis, expliquer la possibilité d'imitation des expériences françaises (§2).

### **§ 1. Discernement des différences et des ressemblances et analyse de leurs causes**

**490. Plan.** S'agissant de l'étendue de la sanction et du sort des actes intéressés, nous allons comparer le droit chinois non seulement avec le droit français actuel mais aussi avec l'ancien. Après avoir étudié leurs différences et ressemblances (A), nous allons analyser leurs causes (B).

#### **A. Différences et ressemblances**

**491. Différence à l'égard de l'étendue de la sanction.** En France, l'étendue de la sanction procédurale a été large dans un premier temps, mais se resserre progressivement. Précisément, la loi du 8 décembre 1897 consacrait que la nullité entachait non seulement l'acte irrégulier mais aussi tous les actes ultérieurs de l'instruction. C'était un système extrémiste. Mais depuis le code de procédure pénale de 1959, ce système radical est atténué. Sur la nullité substantielle, le législateur français autorise au juge une large marge de manœuvre pour décider si un acte porte atteinte aux formalités substantielles, et aussi décider si la nullité affecte les actes ultérieurs. La réforme de la loi du 4 janvier 1993 permet de généraliser cette pratique. Aujourd'hui, en droit français, c'est toujours le juge qui décide de l'étendue de la nullité.

En Chine, la question de l'étendue de la sanction procédurale est beaucoup débattue dans la doctrine et elle est apparue dans la pratique judiciaire. Mais la Loi de Procédure Pénale et ses textes d'interprétation ne la consacrent pas. Avant la réforme de la procédure pénale de 2012, de nombreux auteurs ont beaucoup discuté sur l'étendue de l'effet de l'exclusion des preuves illégales. Mais ils se sont concentrés notamment sur la théorie du « *fruit of the poisonous tree* » de *Common law*. Et concernant l'étendue de l'effet de l'exclusion des preuves illégales en droit chinois, ils ne peuvent pas s'accorder les uns avec les autres. Lorsque la Loi de Procédure Pénale a été amendée en 2012, le législateur chinois a évité cette question polémique. Sur ce fait, il existe deux points de vue : l'un est négatif, l'autre est positif. Négativement, certains pensent que c'est une lacune de la loi<sup>1072</sup> ; positivement, d'autres estiment

---

<sup>1072</sup> Wang Chao (王超), « La faiblesse et la réforme des règles de l'exclusion des preuves illégales » (“非法证据排

que le législateur autorise le pouvoir aux organes d'application des lois pour décider l'étendue de l'effet de l'exclusion des preuves illégales<sup>1073</sup>. En fait, dans la pratique judiciaire, avec l'application de la règle d'exclusion des preuves illégales, la question sur l'effet de l'exclusion des preuves illégales est inévitablement apparue. Malgré l'imprécision en droit écrit, les organes judiciaires doivent décider si une preuve illégale exclue entache ses preuves dérivées. Puisque la plupart des cas concernent l'exclusion des aveux dans la pratique judiciaire, la question de l'étendue de l'effet de l'exclusion des preuves illégales est concrétisée en l'exclusion des aveux répétés. Sur la base des expériences pratiques de plusieurs années, le texte de 2017 consacre explicitement les cas d'exclusion des aveux répétés.

**492. Ressemblances à l'égard de l'étendue de la sanction.** Au-delà des différences précédentes, il existe aussi des ressemblances : les magistrats prennent une attitude très réservée sur l'étendue de l'effet de la nullité ou de l'exclusion des preuves illégales. La jurisprudence française nous démontre que le critère en cette matière est de plus en plus strict : dans un premier temps, les magistrats exigent que les actes annulés soient « le support nécessaire » des autres actes de la procédure ; actuellement, les magistrats utilisent la notion de « support nécessaire exclusif ». Désormais, lorsqu'il y a un lien de causalité entre un acte annulé et un ou plusieurs actes ultérieurs de la procédure, et lorsqu'un acte annulé est un support unique d'un ou plusieurs actes ultérieurs de la procédure, les magistrats peuvent annuler ces actes dérivés.

En Chine, l'article 5 du texte de 2017 prévoit que « *lorsque les enquêteurs extorquent les aveux d'un suspect ou d'un accusé par la torture, les aveux répétés que ce suspect ou cet accusé fait dans les phases suivantes sous l'influence de la torture précédente doivent être exclus* ». Ainsi, l'exclusion des aveux répétés doit satisfaire aux deux conditions : en premier lieu, les aveux répétés ont un lien de causalité avec la torture ou les autres moyens illégaux utilisés pendant l'interrogatoire ; en second lieu, les aveux répétés et les aveux initiaux sont de même contenu. En outre, dans la pratique judiciaire, les organes judiciaires n'excluent les aveux répétés que dans des cas particuliers. Ces cas sont très rares.

**493. Types des actes ou des preuves intéressées.** En ce qui concerne les types des actes annulés ou des preuves exclues, la situation actuelle de la Chine ressemble à celle de la France avant 1959. Il convient tout d'abord de rappeler les dernières dispositions sur les types des preuves exclues. Les lois la prévoient respectivement dans des phases différentes de la procédure. À l'achèvement de l'enquête, l'organe d'enquête doit exclure les éléments de preuve recueillis illégalement qui ont été vérifiés au cours de l'examen et ne doit pas s'en servir pour présenter une demande d'autorisation de détention ou de poursuite (art. 14, alinéa 2 du texte 2017). Dans la phase de poursuite, le parquet populaire doit exclure les preuves collectées illégalement qui ont été vérifiées et ne doit pas les utiliser pour fonder une demande d'autorisation de détention ou de poursuite. Les éléments de preuve collectés

---

除规则的虚置化隐忧与优化改革”), in *Revue de science juridique* (《法学杂志》), 2013, n°12.

<sup>1073</sup> Wu Hong yao (吴宏耀), « Les règles et les effets de l'exclusion des preuves illégales » (“非法证据排除的规则与实效——兼论我国非法证据排除规则的完善进路”), préc.

illégalement qui sont exclus doivent être transférés avec le dossier de l'affaire et doivent être spécifiés dans l'acte (art. 17, alinéa 3 du texte 2017). Dans la phase du jugement, si les éléments de preuves illégales sont exclus, le juge ne peut pas les prononcer en audience et rendre sa décision définitive sur la base de ces éléments de preuves (art. 34 du texte 2017). Bref, les organes judiciaires ne peuvent pas soulever une demande ou prendre une décision sur la base des éléments de preuves exclus, mais ces derniers ne seraient pas matériellement retirés du dossier de la procédure pénale. Autrement dit, l'obligation des organes judiciaires est seulement morale. La loi oblige les magistrats à considérer les éléments de preuves exclus comme inexistantes et leur interdit d'en faire état pour former leur conviction. En fait, si les éléments de preuves ne sont pas matériellement retirés du dossier, les organes judiciaires peuvent à tout moment les connaître à travers la consultation du dossier. Malgré l'interdiction prévue par la loi, nul n'est à l'abri que les magistrats forment leur conviction sous l'influence des preuves illégales à l'origine exclues du dossier.

## B. Analyse des causes

**494. Explication du pouvoir du magistrat en matière de l'étendue de la sanction procédurale.** Pourquoi les législateurs dans les deux pays ont-ils des attitudes si différentes envers l'étendue de la sanction procédurale ? L'une des raisons les plus importantes consiste dans le retard de l'État de droit en Chine. Ce point a déjà été précisément analysé dans un chapitre précédent<sup>1074</sup>. Ici, il n'est pas nécessaire de le préciser encore une fois. De plus, pourquoi les législateurs dans les deux pays préfèrent-ils d'autoriser aux magistrats une large marge de manœuvre pour décider de l'étendue de la sanction procédurale ? La raison implique le caractère du régime de la sanction procédurale. En fait, comme l'on ne peut pas préciser tous les cas de nullités ou d'exclusion des preuves illégales, on ne peut pas déterminer les cas où un acte annulé entache les actes ultérieurs de la procédure. C'est la raison pour laquelle la façon la plus opportune consiste à laisser les magistrats apprécier au cas par cas.

**495. Explication de la position réservée du magistrat sur l'étendue de la sanction procédurale.** Quant au critère de l'appréciation, les deux pays fixent un critère relatif général et réservé dans la pratique judiciaire. Pourquoi les magistrats dans les deux pays adoptent-ils une position réservée sur l'étendue de la sanction procédurale ? Nous allons l'expliquer de deux côtés. D'une part, il s'agit d'intérêt particulier de la justice pénale : la manifestation de la vérité. En droit pénal, les deux pays attachent de l'importance à la vérité substantielle. Traditionnellement, le but de la justice pénale dans les deux pays est la recherche de la vérité. Ce but n'a pas été modifié, malgré l'influence forte du système de la justice pénale anglo-saxon qui souligne la procédure équitable en droit pénal des deux pays. En Chine, la justice pénale a vécu une évolution de milliers d'années. Elle vise traditionnellement à la manifestation de la vérité. La nécessité de la transformation de ce but traditionnel en un but « modernisé » est contestable, sans compter la difficulté de cette transformation, parce que le but traditionnel de la justice pénale est déjà imprégné dans la culture de la société chinoise. En France, M. le Professeur Parain a

---

<sup>1074</sup> V. supra n° 209-210.

excellamment expliqué pourquoi la recherche de la vérité est beaucoup plus importante qu'en droit civil ou administratif : « *en matière pénale, la recherche de la vérité sert d'une part l'intérêt de la société tout entière à se défendre contre des agissements préjudiciables à l'ordre et à la paix publique et d'autre part la liberté et la dignité individuelles de l'auteur prétendu de ces agissements. L'un est un intérêt public ; les autres font partie des droits fondamentaux de la personne humaine. La demande n'est plus simplement une action en réparation pécuniaire d'un préjudice individuel. Il s'agit principalement de réprimer les délits et les crimes, d'obtenir le châtement ou le redressement du coupable. Dans ces conditions, la recherche de la vérité en droit pénal est beaucoup plus importante qu'en droit civil. La défense de la société et l'intérêt de la répression exigent que tous les moyens soient mis en œuvre pour découvrir le coupable, et pour acquérir une connaissance exacte de toutes les circonstances de l'infraction afin de déterminer sous quelle qualification les faits doivent être poursuivis et punis. À ce souci s'ajoute, dans le droit pénal moderne, le besoin d'une information, également complète et sûre, relativement à la personnalité du coupable afin d'individualiser la peine ou même s'adapter la sanction aux possibilités de rééducation du coupable conformément aux doctrines de défense sociale. Ces buts touchant à la protection de l'existence de la société, la recherche de la vérité ne saurait recevoir en droit pénal les limitations artificielles qu'elle connaît en droit civil* »<sup>1075</sup>. Pour réaliser le but de la manifestation de la vérité, le juge pénal doit obtenir au maximum les éléments de preuve et les renseignements. L'élargissement de l'étendue de l'effet des preuves annulées conduirait peut-être à la rupture de la chaîne des preuves. Cette dernière empêcherait dans une certaine mesure la recherche de la vérité.

D'autre part, il s'agit de besoins réels : la lutte contre les crimes. La justice pénale doit s'adapter aux circonstances de la société. En général, lorsque le taux de crime augmente dans une société et que l'ordre public est gravement atteint, la justice pénale doit mettre un accent particulier sur sa fonction de lutte contre les crimes. Comme le proverbe chinois le dit bien : *luan shi yong zhong dian* (乱世用重典), traduit en français « les maladies désespérées doivent avoir des remèdes désespérés ». Dans ce contexte, il est raisonnable de resserrer l'étendue de l'effet de la sanction procédurale. En effet, l'évolution du régime de nullité de procédure pénale française permet d'illustrer l'adaptation de la justice pénale aux circonstances de la société. Avant 1959, l'étendue de l'effet de nullité a été très large. Actuellement, face à la globalisation du terrorisme et des crimes organisés, elle est resserrée fermement. C'est facile à comprendre. Plus de terrorisme ou de crimes organisés signifie l'augmentation de la difficulté des enquêtes concernant les crimes. C'est-à-dire que la recherche des preuves est complexifiée. Dans ce cas, il est opportun que l'on réduise la limite dans la recherche des preuves. Comme l'a écrit M. le Professeur Pararin, « *la démonstration de l'exacte vérité en droit pénal est beaucoup plus impérieuse que dans toute autre branche du droit. Dans l'intérêt de l'accusation et de la répression et dans l'intérêt de la défense, il est nécessaire d'organiser une recherche plus large et plus efficace de la vérité. Cependant l'ampleur et la puissance des procédés de preuve du*

---

<sup>1075</sup> Jean Pararin, « Le particularisme de la théorie des preuves en droit pénal », in *Quelques aspects de l'autonomie du droit pénal*, préc., p.10-11.

*droit pénal mettent en danger des libertés fondamentales, voire des droits appartenant à des tiers étrangers à la poursuite pénale. C'est là encore un problème particulier au droit pénal. Certaines garanties se révèlent donc nécessaires ; la meilleure garantie sera parfois de revenir aux modes de preuve ou aux règles d'administration de la preuve ... dans le conflit entre les procédés de preuve et les libertés individuelles, c'est la recherche de la vérité qui apparaît comme le facteur prépondérant. S'il est très difficile d'obtenir les éléments des preuves, il est également difficile de manifester la vérité. Ainsi, il est nécessaire de diminuer la difficulté de la recherche des preuves »<sup>1076</sup>.*

**496. Explication de la différence sur le critère d'appréciation de l'étendue de la sanction procédurale.** Pourquoi la France adopte-t-elle un critère dit « le support nécessaire exclusif » pouvant être appliqué à tous les moyens de preuves, alors que la Chine confirme exclusivement les conditions d'exclusion des aveux répétés ? Pour l'expliquer, il convient de rappeler la situation d'application de la règle d'exclusion des preuves illégales. Bien que la loi de la procédure pénale stipule que la règle d'exclusion des preuves implique tous les moyens de preuves, incluant les aveux, les témoignages, les preuves écrites, les preuves matérielles, les données numériques, etc., celui le plus touché dans la pratique judiciaire est l'aveu. Ainsi, la question de l'exclusion des aveux répétés a été beaucoup débattue après l'application de la règle d'exclusion des preuves illégales, alors que l'effet des autres moyens des preuves exclues est rarement discuté par les juristes. Compte tenu de l'exigence urgente dans la pratique judiciaire, le texte 2017 prévoit explicitement l'exclusion des aveux répétés. De toute évidence, c'est une mesure temporaire. Dans la perspective, au fur et à mesure que la règle d'exclusion des preuves illégales sera appliquée effectivement aux autres moyens de preuves, l'étendue de l'effet des autres moyens des preuves exclues sera un sujet débattu. Ainsi, tôt ou tard la Chine a besoin d'un critère général, unifié et stabilisé pour décider l'étendue de l'effet d'une preuve exclue.

**497. Explication de la ressemblance sur la sorte des actes annulés : la recherche de la vérité.** On se pose une dernière question : pourquoi la sorte des preuves exclues en droit chinois actuel ressemble à celle des actes annulés prévue par les lois françaises promulguées avant 1959 ? La raison la plus fondamentale consiste en l'intérêt particulier de la procédure pénale : la recherche de la vérité. D'un côté, la loi consacre que les magistrats ne peuvent pas rendre leurs décisions sur la base des actes annulés ou des preuves exclues ; d'un autre côté, dans la pratique judiciaire, les actes annulés ou les preuves exclues ne sont pas matériellement retirés du dossier de la procédure pénale. Le contraste entre les deux côtés est complètement évident. Ce que la loi consacre semble contradictoire avec ce qui s'est passé dans la pratique judiciaire. Mais l'interprétation de la loi permet d'éliminer cette contradiction. Pour les juristes chinois, ce que la loi consacre doit être entendu comme « interdire au magistrat de considérer les preuves exclues comme les preuves sur lesquelles il peut rendre son jugement définitif ». Autrement dit, cela n'empêche pas un magistrat de les considérer comme des renseignements servant à l'intime conviction. Dans une

---

<sup>1076</sup> Jean Pararín., Le particularisme de la théorie des preuves en droit pénal, in Quelques aspects de l'autonomie du droit pénal, préc., p.44.

certaine mesure, cette pratique contribue à la recherche de la vérité en droit pénal.

**498. Explication de la ressemblance sur les types des actes annulés : le particularisme de l'État de la procédure pénale.** Au-delà de la recherche de la vérité, le particularisme de l'État de la procédure pénale permet également expliquer ladite pratique. Malgré l'infiltration de la conception des droits de l'homme, le droit pénal et la procédure pénale chinois sont toujours les droits du particularisme de l'État. Ce point de vue s'adapte également au droit pénal et procédure pénale française antérieur à 1959. Mais en France, on utilise les autres expressions : droit objectif et droit subjectif.

Le droit objectif est fait des règles, des institutions du droit ; la notion coïncide pratiquement avec celle de système juridique<sup>1077</sup>. Les droits subjectifs sont des prérogatives que le droit objectif reconnaît aux individus, les aires d'action qu'il leur découpe<sup>1078</sup>. Au commencement, est le droit objectif ; de lui découleront ensuite les droits subjectifs ; c'est le modèle classique<sup>1079</sup>. Un caractère du droit français de notre époque aura été la tendance à se subjectiver, en se résoudre en une averse de droits subjectifs. Deux circonstances avaient créé un climat favorable à cette transformation : dans l'ordre des sciences humaines, la place conquise par la psychologie aux dépens de la sociologie (les sociologues privilégiaient les institutions, les psychologues l'individu) et dans le discours idéologique, l'exaltation permanente des droits de l'homme, qu'accompagnait un certain recul des valeurs collectives (le peuple, la démocratie, la république).

L'évènement ne s'est pas déroulé sans rencontrer de résistances, car il y a dans l'exaltation du droit subjectif une philosophie individualiste dont les excès appelaient une réfutation facile au nom de l'intérêt général, de l'ordre public, de la République. D'Auguste Comte, qui redécouvrit la société en inventant la sociologie, vint une formule choc : l'homme n'a d'autre droit que d'accomplir toujours son devoir<sup>1080</sup>. La constitution de la Seconde République, en 1848, n'hésita pas à énumérer les devoirs du citoyen<sup>1081</sup>. Sur cette ligne de pensée, au début de notre siècle, Léon Duguit – un grand nom du droit constitutionnel – nia carrément la notion de droit subjectif et se fit fort de reconstruire sans elle tout le système juridique : le droit objectif distribue, attribue des compétences aux intérêts individuels et collectifs<sup>1082</sup>.

C'est la Seconde Guerre mondiale qui rendit vigueur aux droits subjectifs. Le régime nazi les avait tellement opprimés qu'à la Libération, ils explosèrent. La Constitution de 1946 a pour préambule une déclaration des droits subjectifs dits de la seconde génération ; et en 1948, l'ONU fit des droits de l'homme une Déclaration universelle. La V<sup>e</sup> République accueillit largement les droits de l'homme dans sa

---

<sup>1077</sup> Jean Carbonnier, *Droit et passion du droit sous la V<sup>e</sup> République*, Flammarion, 1996, p.121.

<sup>1078</sup> *Ibid.*

<sup>1079</sup> Dans une perspective opposée, on part des droits subjectifs ; le droit objectif se reconstituera ensuite comme un réseau de droits subjectifs.

<sup>1080</sup> Mary Pickering, « Le positivisme philosophique : Auguste Comte », in *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2011, n° 2, p. 49-67.

<sup>1081</sup> <https://www.conseil-constitutionnel.fr/les-constitutions-dans-l-histoire/constitution-de-1848-ii-republique>, consulté le 16 avril 2019.

<sup>1082</sup> Stéphane Pinon, « Le positivisme sociologique : l'itinéraire de Léon Duguit », in *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2011, n° 2, p. 69-93.

Constitution, mais l'effet individualiste n'apparut pas immédiatement.

La présentation de la montée du droit subjectif en droit français permet d'illustrer qu'avant 1959, le droit objectif a toujours joué un rôle plus important que le droit subjectif en droit pénal et en procédure pénale. Dans ce contexte, l'intérêt individuel n'a pas encore surpassé l'intérêt général ou collectif. C'est la raison pour laquelle l'encadrement de la nullité de procédure était flexible. Depuis 1959, les droits subjectifs ont pullulé dans le domaine pénal. En fait, le fond des solutions ne change pas beaucoup : c'est la manière d'aborder les questions qui change, qui est inversée, subjectivée. On peut comparer sur les tables des matières, entre le Code pénal de 1810 et le Nouveau Code pénal de 1994, certaines rubriques typiques. Le législateur de 1810 aimait les expressions matérielles, directes ; celui de 1994 en a de moins simples, l'une entre autres, qui revient souvent atteinte à ... à des valeurs, et surtout à des droits subjectifs (la vie privée, la liberté, le secret professionnel), etc. En conséquence, là où la loi disait jadis meurtre, assassinat, parricide..., elle dit aujourd'hui atteintes volontaires à la vie de la personne. Dans la procédure pénale, les droits individuels, notamment les droits de la défense ont augmenté. Dans ce contexte, la loi consacre que les actes annulés doivent être retirés matériellement du dossier de la procédure pénale.

## **§ 2. Possibilité d'imitation des expériences françaises**

**499. Deux aspects à l'égard de l'amélioration de la règle d'exclusion des preuves illégales.** Avec le changement des circonstances de la société chinoise, dans la perspective, l'amélioration de la règle d'exclusion des preuves illégales peut s'engager dans deux aspects. D'une part, la loi consacrera un critère général, unifié et stabilisé pour apprécier l'étendue d'exclusion des preuves illégales. D'autre part, les preuves exclues doivent être matériellement retirées du dossier de la procédure pénale.

**500. Critère général, unifié et stabilisé.** La jurisprudence française confirme un critère général que l'acte annulé est le support nécessaire exclusif des actes ultérieurs de la procédure. Nous estimons que l'autorité judiciaire chinoise peut s'inspirer de ce critère français. Si les preuves exclues sont les supports nécessaires exclusifs des autres preuves dérivées, les magistrats doivent exclure également ces dernières. Nous pouvons constater la possibilité de l'utilisation de ce critère en droit chinois à travers trois éléments. En premier lieu, on trouve la confirmation du critère de l'étendue de la sanction procédurale. Plus précisément, les conditions d'exclusion des preuves dérivées ou d'annulation des actes dérivés sont strictes. En deuxième lieu, la notion du « support nécessaire exclusif » se base sur le lien de causalité entre les actes annulés et les actes dérivés. La doctrine chinoise est d'accord avec la constitution d'un critère sur la base de lien de causalité. En troisième lieu, si les juristes chinois veulent confirmer un critère général, unifié et stabilisé, il convient d'avoir un organe unique habilité à connaître de contentieux d'exclusion des preuves illégales dans la phase d'avant-procès. Généralement, si les organes différents connaissent les mêmes contentieux, leurs décisions sont probablement différentes. Actuellement, en Chine, les trois organes judiciaires (la police judiciaire, le parquet, le juge) ont la

compétence sur les contentieux d'exclusion des preuves illégales. En fait, la compétence éparse ne contribue pas à la constitution d'un critère général, unifié et stabilisé. Néanmoins, on a déjà analysé la question de l'organe compétent et proposé d'autoriser au Ministère public la compétence exclusive sur les contentieux d'exclusion des preuves illégales. Si les réformateurs acceptent notre proposition, cela sert à l'établissement d'un critère général, unifié et stabilisé sur l'étendue d'exclusion des preuves illégales en Chine.

**501. Retrait des preuves exclues du dossier.** La réalisation de notre proposition influencera les types des preuves exclues en droit chinois. Si dans la phase d'avant-procès le parquet a traité les contentieux d'exclusion des preuves illégales, les documents concernant les preuves illégales ne sont pas nécessairement transférés au tribunal. Cela permet de séparer le jugement du fond et celui de la procédure. En fait, la séparation entre le jugement du fond et celui de la procédure demande à retirer matériellement des preuves exclues du dossier. Par ailleurs, on a considéré le particularisme de l'État en matière pénale comme l'une des causes. On se demande ici si les droits individuels seront renforcés dans le domaine pénal en Chine ? Notre réponse est affirmative. Sur le plan de l'histoire de la procédure pénale chinoise depuis la fondation de la République populaire de la Chine en 1949, les droits de la défense sont de plus en plus renforcés. La réforme de la procédure pénale en 2012 démontre le renforcement des droits de l'homme. Par contre, il convient de souligner notre pensée d'équilibre. Si l'on développe à l'excès les droits individuels, il y aura des effets pervers sur l'ensemble du droit. Par exemple, en France, le pullulement des droits subjectifs est un facteur d'inflation du droit. La passion du droit dans la société s'enflamme d'être la projection désordonnée d'une infinité de passions individuelles, en rivalité entre elles, ego contre ego<sup>1083</sup>. Chaque droit subjectif arrive à la lumière armé d'une action en justice, débordant de prétentions nouvelles. Il y a désormais dans la société française plus de processivité virtuelle, plus de droit encore en perspective. De plus, Les droits subjectifs fragilisent le droit objectif qui prend appui sur eux, parce qu'ils sont eux-mêmes bâtis sur des fondements incertains<sup>1084</sup>. D'ailleurs, les droits subjectifs vident le droit objectif de son contenu, mais ils ne le remplacent pas. C'est qu'ils n'ont pas la force immédiate des règles de droit, mais seulement un accès à cette force<sup>1085</sup>. Les juristes chinois peuvent tirer les leçons de ces expériences françaises.

---

<sup>1083</sup> Jean Carbonnier, *Droit et passion du droit sous la V<sup>e</sup> République*, préc., p.124.

<sup>1084</sup> Jean Carbonnier, *Droit et passion du droit sous la V<sup>e</sup> République*, préc., p.125.

<sup>1085</sup> *Ibid.*

## Conclusion du Chapitre II

**502. Délai de requête et organe compétent.** Dans la première section, notre comparaison se concentre sur le délai d'exercice du droit de requête et les organes habilités à connaître de contentieux en vue de sanction procédurale. S'agissant du délai d'exercice du droit de requête, le droit français fixe un délai de six mois à compter de chaque audition ou interrogatoire, alors que le droit chinois ne stipule pas un tel délai. Quant aux organes compétents, en France, seule la chambre d'instruction est habilitée à connaître les contentieux de nullités dans la phase d'avant-procès ; durant le procès, c'est la juridiction du jugement qui les reçoit. En Chine, les organes habilités à connaître les demandes d'exclusion des preuves illégales sont trois : l'organe d'enquête, le parquet et le tribunal du jugement. Les parties privées peuvent demander à exclure des preuves illégales à l'un des trois organes selon la phase de procédure dans laquelle elles se trouvent. On a également analysé les causes de ces différences. Malgré celles-ci, il existe également des ressemblances entre les deux pays. La situation actuelle dans la pratique judiciaire chinoise ressemble à celle avant l'instauration du mécanisme de « purge » en France. C'est la raison pour laquelle l'on pense à s'inspirer d'expériences françaises pour créer un délai de forclusion. Nous avons essayé de constater la possibilité d'imitation des expériences françaises. On doit résoudre tout d'abord le problème sur l'organe, et ensuite fixer un délai raisonnable de forclusion, et enfin répondre aux questions techniques. En dehors du délai d'exercice du droit de requête et d'organes compétents, on peut comparer les deux autres aspects du régime de la sanction procédurale : l'étendue de la sanction et le sort des actes concernés.

**503. Étendue de la sanction et sort des actes.** Dans la seconde section, nos analyses comparées concernent l'étendue de la sanction et le sort des actes concernés. Tout d'abord, on peut voir la différence sur l'étendue de la sanction entre les deux pays : le droit chinois ne l'a pas encore consacré alors que le droit français permet aux magistrats de décider l'étendue de la nullité. Cette différence peut être expliquée par le retard de l'État de droit en Chine. Par ailleurs, nous avons aussi précisé qu'à cause de la nature du régime de la nullité, le droit français autorise les magistrats à décider l'étendue de la nullité. Ensuite, il existe aussi une ressemblance dans ce domaine. Plus précisément, dans la pratique judiciaire, les magistrats prennent une attitude très réservée sur l'étendue de la sanction. Les magistrats français utilisent un critère dit « support nécessaire exclusif » pour décider l'étendue de la nullité. Et les magistrats chinois doivent prendre en considération des conditions prévues par le nouveau texte de 2017 pour décider l'étendue d'exclusion des preuves illégales. Bien que ledit texte prévoie uniquement les cas d'exclusion des aveux, les autres moyens de preuves seront prévus au futur. La position stricte des magistrats envers l'étendue de la sanction dans les deux pays peut être expliquée d'un côté par la manifestation de la vérité, et d'un autre côté, par les besoins réels de la lutte contre les crimes. De plus, le sort des actes concernés en droit chinois ressemble à celui en droit français avant 1959. C'est-à-dire, les actes nuls ou exclus ne sont pas retirés matériellement du dossier de la procédure pénale. Nous avons donné les explications sur cette

ressemblance : l'une concerne encore l'intérêt particulier de la procédure pénale : la recherche de la vérité ; l'autre concerne le particularisme de l'État de la procédure pénale. Enfin, on a analysé la possibilité d'imitation de deux expériences françaises. La première porte sur un critère général, unifié et stabilisé pour apprécier l'étendue de la sanction procédurale. La seconde concerne le retrait des preuves exclues du dossier de la procédure pénale.

## Conclusion du Titre II

**504. Contenu et objectif étudié.** Une étude comparée de la sanction procédurale dans les deux pays est présentée systématiquement dans cette partie. Sur le plan macroscopique, nous avons discerné les ressemblances et dissemblances de l'histoire du régime, d'une part, et celles de l'objectif du régime, d'autre part. Au niveau microscopique, nous avons comparé les quatre éléments : le délai d'exercice du droit de requête, l'organe compétent, l'étendue de la sanction et le sort des actes concernés. Au-delà de discernement des ressemblances et dissemblances, leurs causes sont analysées. De plus, nous avons étudié la possibilité et la faisabilité d'imitation de certaines expériences françaises, incluant l'établissement du régime de la jurisprudence, la création d'un délai de forclusion, la fixation d'un organe compétent d'avant-procès, le développement d'un critère uniforme et stabilisé permettant d'apprécier l'étendue de l'exclusion, le retrait des matériaux concernant les preuves exclues du dossier. Néanmoins, on peut également tirer la leçon d'expériences françaises. L'évolution du régime de la nullité lie étroitement aux droits de la défense. Les droits subjectifs sont pullulés en procédure pénale française. Le développement des droits subjectifs est indéniablement nécessaire. Mais sans limitation, il porte atteinte au droit objectif qui est la base des droits subjectifs. Cela démontre encore l'idée d'équilibre que nous soulignons à plusieurs fois.

« Trop ne vaut rien ». Il convient de faire appeler à ce proverbe. La sanction procédurale favorise à la protection des droits de l'homme et de l'image de la justice, et permet d'encadrer l'autorité des agents publics. Mais si cette sanction est trop stricte ou raide, ou si le magistrat exclut les preuves illégales aux méprises de principe de proportionnalité, l'intérêt de « la manifestation de la vérité » sera atteint. C'est aussi la raison pour laquelle les magistrats français et chinois sont prudents et réservés sur le prononcé d'exclusion des preuves illégales.



# CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE

**505. Contenu étudié.** Le sujet de la seconde partie porte sur l'encadrement de la liberté de la preuve dans la phase de l'appréciation de l'admissibilité des preuves en France et en Chine. Cet encadrement est incarné par les régimes de la sanction procédurale dans les deux pays. Ainsi, ces derniers sont présentés individuellement et précisément dans un premier temps. Du côté de la France, nous avons non seulement présenté le régime actuel de la sanction procédurale, mais aussi synthétisé son évolution historique. Du côté de la Chine, nous avons précisé à la fois la loi écrite et l'effet de son application. Ensuite, une étude comparée entre les deux régimes de la sanction procédurale s'engage. Nous avons discerné tout d'abord les éléments communs et différents, et puis analysé leurs causes, et enfin, dans le cas nécessaire, proposé de s'inspirer ou tirer une leçon des expériences françaises.

**506. Conclusion.** À travers de cette étude, nous constatons que les régimes de la sanction procédurale dans les deux pays permettent de garantir l'intérêt supérieur en matière pénale – « la manifestation de la vérité », et l'équilibre entre la rigidité et la flexibilité du régime favorise à son amélioration.



# CONCLUSION GÉNÉRALE

**507.** Cette étude fut introduite par une interrogation sur le clivage entre la théorie et la pratique de la règle d'exclusion des preuves illégales en Chine. En théorie, étant établie par les deux textes sur la preuve pénale édictés en 2010 et introduit dans la LPP en 2012, cette règle permet de rassembler toutes les dispositions sur l'exclusion des preuves recueillies illégalement. Généralement, les aveux ou les témoignages obtenus de manière illégale sont strictement exclus ; les preuves matérielles et écrites recueillies illégalement sont relativement tolérées par le législateur, elles ne sont retenues si les agents d'enquête procèdent à une correction ou à une justification. Néanmoins, en pratique, la règle d'exclusion des preuves illégales n'est pas bien appliquée. Les cas d'exclusion des preuves illégales sont rares, et la plupart des cas concernent les aveux obtenus illégalement. Face à l'écart entre la loi écrite et la pratique, il convient d'analyser d'abord ses causes, et puis présenter les propositions pour réduire cet écart.

Concernant ses causes, la règle d'exclusion des preuves illégales venant du droit anglo-saxon ne s'adapte pas à la structure de la procédure pénale chinoise, qui est différente que l'Angleterre ou les États-Unis. Cela excite notre attention au système de la preuve pénale en droit européen. En Chine, il existe un malentendu traditionnel sur ce dernier sujet : le système de la preuve pénale en droit romano-germanique, nommé par la liberté de la preuve et l'intime conviction, ne concerne pas la restriction de la liberté. L'Allemagne et la France sont les deux pays représentant du droit romano-germanique. Du côté de l'Allemagne, certains auteurs ont déjà étudié le système de la preuve pénale pour dissiper ce malentendu. Cependant, il n'y a pas d'étude similaire sur le droit français. Ainsi, notre thèse contribue partiellement à étudier la restriction de la liberté de la preuve dans la procédure pénale française. Étant donnée que l'étude exclusive sur le droit étranger ne suffit pas à servir à poser et justifier les propositions de la réforme de la justice pénale chinoise, notre thèse consacre également à une étude comparée entre le système français et chinois. Observant que ces dernières années la réforme de règles d'exclusion des preuves en droit américain vise à renforcer la valeur de la vérité substantielle, la présente étude a pour objet de démontrer que l'encadrement de la liberté de la preuve permet d'atteindre un point d'équilibre dans la procédure pénale, et de parvenir à « la manifestation de la vérité » dans les pays adoptant le modèle mixte de la procédure pénale.

L'étude centra tout d'abord sur l'encadrement de la liberté de la preuve dans la phase de la recherche des preuves. Afin de connaître systématiquement ce sujet dans les deux pays et d'établir une base pour l'étude comparée suivante, les situations de l'encadrement de la liberté de la preuve dans les deux pays furent étudiées séparément. En droit français, au cours de la recherche des preuves, l'encadrement de la liberté de la preuve est réalisé par deux principes : la légalité de la preuve et la loyauté de la preuve. Les dispositions sur les modalités des procédés de recueil des preuves reflètent le principe de la légalité de la preuve. Deux catégories de procédés

furent citées comme exemple. L'une porte sur les procédés traditionnels, comme l'interrogatoire et la perquisition ou la saisie ; l'autre concerne les procédés scientifiques, comme l'écoute judiciaire et le prélèvement corporel. En effet, il existe un paradoxe sur ces dispositions. Il semble que la restriction soit de plus en plus forte grâce à l'accroissement des articles. Mais la sévérité de la restriction est en réalité affaiblie à cause de l'élargissement des cas de dérogation. S'agissant de principe de la loyauté de la preuve, sa source se trouve dans la jurisprudence. Une dichotomie du principe de la loyauté de la preuve fut présentée. Plus précisément, la jurisprudence exclut les preuves illégales ou déloyales obtenues par les agents de l'autorité publique, mais admet celles recueillies par les parties privées. L'exception à l'égard de la partie privée est parfois utilisée par les agents de l'autorité publique afin d'obtenir facilement les éléments de preuves. En théorie, lorsque l'individu sous la commission de l'enquêteur obtient de manière illégale les éléments de preuves, ces éléments doivent être annulés. Néanmoins, dans la pratique, il est parfois délicat de distinguer les faits commis par la partie privée de l'agent de l'autorité publique. Ainsi, entre le principe et l'exception, l'encadrement de la liberté de la preuve dans la recherche des preuves permet de rechercher un point d'équilibre dans la procédure pénale.

En droit chinois, lors de la recherche des preuves, l'encadrement de la liberté de la preuve est réalisé par la règle d'exclusion des preuves illégales. Le processus de l'établissement de cette dernière fut présenté dans un premier temps. Les règles concernant les procédés de recueil des preuves furent étudiées ensuite. Afin de faciliter les analyses comparées dans le texte suivant, les mêmes catégories de procédés furent citées : l'interrogatoire, la perquisition ou la saisie, l'écoute judiciaire et le prélèvement corporel. Grâce à cette étude textuelle, on constata que d'une part, le législateur se fut efforcé d'améliorer les dispositions sur l'interrogatoire et l'écoute judiciaire, d'autre part, il existe encore les carences normatives sur ces quatre procédés de recueil des preuves et les défauts de l'imprécision des lois. Ainsi, le législateur fut aussi à la recherche d'un point d'équilibre, mais afin d'encadrer les procédés de recueil des preuves.

Sur la base de l'étude respective de situations de l'encadrement de la liberté de la preuve dans la recherche des preuves dans les deux pays, les analyses comparées s'engagèrent. D'un côté, quatre éléments différents furent discernés. Le premier porte sur les solutions différentes : pour la Chine, la règle d'exclusion des preuves illégales ; pour la France, la légalité et la loyauté dans la recherche de la preuve. Les raisons internes et externes expliquent cette différence. Le deuxième concerne les niveaux impliqués : pour la Chine, exclusivement la loi ; pour la France, la loi et la jurisprudence. La raison de cette différence consiste à l'état de la jurisprudence dans les deux pays. En troisième lieu, il s'agit de la qualité de la loi. Celle de la France est meilleure que la Chine. Les raisons associées sont l'histoire de la modernisation du droit, le régime du contrôle de la qualité des lois et l'impulsion d'évolution du droit. Le dernier élément porte sur la qualité de la personne. Le droit français distingue l'agent de l'autorité publique de la partie privée, alors que le droit chinois n'en distingue pas. D'un autre côté, deux éléments communs furent discernés. Le premier est à la recherche d'un point d'équilibre dans la procédure pénale. Afin de justifier ce point de vue,

l'interrogatoire et l'écoute judiciaire furent cités comme exemples. Nous estimons que les deux pays attachent de l'importance aux procédés de recueil des aveux. Les raisons culturelles et traditionnelles furent posés pour expliquer ce phénomène. Le second élément commun porte sur la faiblesse du contrôle des actes des enquêteurs. Les causes furent étudiées sous l'angle du régime politique.

Après la recherche des preuves, c'est la phase de l'appréciation des preuves. Dans la seconde partie, notre étude concentra sur l'encadrement de la liberté de la preuve lors de l'appréciation de l'admissibilité des preuves. Dans cette phase, la sanction procédurale reflète l'encadrement de la liberté de la preuve. La méthode de l'étude dans cette partie fut de la même de celle dans la première partie. La première étape consista à l'étude respective de la sanction procédurale dans les deux pays. En droit français, la sanction procédurale consiste en le régime de nullité. On étudia notamment la nullité de l'information et de l'enquête, incluant les cas de nullité et la mise en œuvre de nullités. Historiquement, le régime de nullité dura presque deux siècles. Depuis 1808, l'évolution de la nullité à l'origine de la jurisprudence fut fluctuante.

S'agissant de cas de nullité de l'instruction et de l'enquête, leur évolution se distingue en trois périodes. Dans la première période (de 1808 à 1897), les nullités existent exclusivement dans la jurisprudence et la doctrine. Les cas de prononcé de nullités furent rares dans la pratique. Dans la deuxième période (de 1897 à 1959), le législateur fixa la première fois les nullités textuelles par la loi du 8 décembre 1897. Cependant, les nullités substantielles évoluèrent également dans la jurisprudence. Dans la troisième période (depuis 1959), le CPP de 1959 augmenta les cas de nullités substantielles et consacra les nullités substantielles par une disposition. Depuis 1959, le régime de nullité fut relativement stabilisé. Cependant, les réformes de la loi 6 août 1975, de la loi 4 janvier 1993 et de la loi 24 août 1993 conduisirent à la fluctuation du régime de nullité. Précisément, la loi 6 août 1975 contribua à la distinction entre les nullités d'ordre privé et d'ordre public. À travers la loi 4 janvier 1993, une liste de cas de nullités textuelles fut fixée par un article. Mais cette liste fut supprimée par la loi 24 août 1993. Désormais, le régime de nullité reprit celui prévu par le CPP de 1959, c'est-à-dire que les nullités textuelles sont éparées dans les chapitres du Code de procédure pénale et les nullités substantielles sont prévues par une disposition.

La mise en œuvre de nullités de l'instruction et de l'enquête concerna quatre aspects. Le premier fut la personne habilitée à invoquer les nullités de l'instruction et de l'enquête. Ce droit fut réservé à l'agent de l'autorité publique dans un premier temps, et ouvert à la partie privée depuis 1993. Le deuxième aspect concerna l'organe compétent pour connaître de contentieux de l'exclusion des preuves illégales : la chambre d'instruction dans l'avant-procès, les juridictions du jugement en procès. Aujourd'hui, la compétence de la chambre d'instruction est de plus en plus élargie, au contraire, celle des juridictions du jugement est resserée. Cela peut être expliqué par les mécanismes de « purge » établis par la loi 4 janvier 1993, notamment « le délai de forclusion ». Ce dernier fut une particularité du régime de nullité en droit français, et aussi le troisième aspect étudié. Le dernier aspect porta sur les conséquences de nullité, incluant l'étendue de l'annulation et le sort des actes annulés. Selon la

jurisprudence actuelle, le critère de l'appréciation de l'étendue de l'annulation devint strict : du « support nécessaire » au « le support nécessaire et exclusif ». Concernant le sort des actes annulés, ces deniers ne furent pas retirés matériellement dans un premier temps. Depuis les réformes, les actes durent être annulés matériellement.

Ainsi, le législateur français fixa lui-même les modalités de la mise en œuvre de nullités, mais laissa une large marge de manœuvre aux magistrats pour prononcer les cas de nullité. La jurisprudence permit d'établir un critère dit « l'effectivité de grief » pour apprécier les cas de nullité, et de former un critère dit « le support nécessaire et exclusif » pour décider l'étendue de nullité. Puisque ces deux critères devinrent de plus en plus stricts, on estima que « la manifestation de la vérité » est toujours un intérêt supérieur considéré par les magistrats dans les contentieux de nullité.

En droit chinois, la règle d'exclusion des preuves illégales reflète la sanction procédurale. Compte tenu du clivage entre la loi et la pratique, une étude empirique fut envisagée afin de connaître l'effet de l'application de loi. De plus, le nouveau texte 2017 visant à l'application stricte d'exclusion des preuves illégales mérita d'être précisé. S'agissant de cas d'exclusion des preuves illégales prononcés en procès, 228 jugements firent l'objet de l'étude. Parmi eux, 19 décisions portent sur l'exclusion des preuves illégales (17 concernent l'exclusion des aveux, 1 concerne l'exclusion des expertises, 1 concerne l'exclusion des aveux et des procès-verbaux de l'identification). Ainsi, les aveux sont les principaux motifs d'exclusion. Pour étudier les cas d'exclusion des preuves illégales dans la phase d'avant-procès, une investigation personnelle fut menée au parquet de district de Dong Cheng à Pékin. Selon les données collectées, aussi, le parquet exclut rarement les preuves recueillies illégalement et les aveux firent l'objet principal d'exclusion. Le nouveau texte 2017 précise les dispositions sur les aveux recueillis illégalement apparus fréquemment dans la pratique. Il définit des aveux recueillis par tout moyen illégal et fixa le critère d'exclusion dit « l'aveu spontané ». Les magistrats peuvent utiliser ce critère pour décider d'exclusion des aveux, même si la loi ne peut pas énumérer exhaustivement les moyens illégaux (ex : la menace, la tromperie, l'épuisement).

Concernant la mise en œuvre d'exclusion des preuves illégales, trois éléments furent précisés. Tout d'abord, selon la loi, la personne habilitée à demander l'exclusion des preuves illégales fut soit les agents de l'autorité publique, soit les parties privées. Mais en pratique, la demande de la part de la partie privée fut rarement acceptée par l'autorité judiciaire. Ainsi, le droit de la demande par l'individu fut limité en réalité. Ensuite, l'organe d'enquête et le parquet sont compétents pour connaître des contentieux d'exclusion des preuves illégales dans la phase d'avant-procès, alors que les juridictions du jugement ont ses compétences dans le procès. Selon la loi, le demandeur doit dans un premier temps fournir les indices ou les données concernant l'illégalité des procédés de recueil des preuves, sinon l'organe compétent décide l'irrecevabilité de la demande. C'est le premier obstacle de l'entrée dans la procédure d'exclusion des preuves illégales. Lorsque cet obstacle est traversé, l'organe met en œuvre une enquête officielle dans laquelle la charge de preuve est assumée par l'enquêteur. Mais dans la pratique, les moyens de preuves le plus souvent utilisés sont la lettre d'explication fournie par l'organe d'enquête et l'enregistrement audiovisuel

d'interrogatoire. L'organe compétent ne motive pas ses décisions d'exclusion des preuves illégales. Enfin, il s'agit de l'étendue d'exclusion et du sort des preuves exclues. Dans la pratique, l'exclusion des aveux répétés est un sujet très débattu. Le texte 2017 précise encore les modalités de la mise en œuvre d'exclusion des preuves illégales, et notamment stipule les conditions de l'exclusion des aveux répétés.

Finalement, une étude comparée sur la sanction procédurale dans les deux pays fut procédée systématiquement. Au regard macroscopique, l'histoire et l'objectif du régime furent deux aspects étudiés. D'un côté, sur l'histoire du régime, la naissance des régimes de la sanction procédurale dans les deux pays suit la même voie : de la théorie à la pratique et à la législation. Leur différence porta sur les formes de la mise en pratique avant la législation. Ses causes concernent la structure des pouvoirs et le recrutement des magistrats. De plus, les ressemblances quant à l'évolution des régimes furent discernées : l'une concerne le droit de la demande d'ouverture de la sanction procédurale, l'autre concerne la coexistence de la rigidité et de la flexibilité du droit. D'un autre côté, les objectifs des régimes sont différents dans les deux pays. Le régime français vise à « réparer les droits de la défense », alors que le régime chinois a pour objet de « protéger l'image de la justice ». Les causes de cette différence furent analysées. Sur le plan microscopique, quatre éléments furent comparés. Le premier porta sur le délai d'exercice du droit de requête fixé par le droit français mais non le droit chinois. Le deuxième concerna les organes compétents. En France, seule la chambre d'instruction est habilitée à connaître de contentieux de nullité dans la phase d'avant-procès ; durant le procès, c'est la juridiction du jugement qui les reçoit. En Chine, les organes habilités à connaître les demandes d'exclusion des preuves illégales sont trois : l'organe d'enquête, le parquet et le tribunal du jugement. Le troisième porta sur l'étendue de la sanction. Le droit chinois ne l'eut pas encore consacré alors que le droit français permit aux magistrats de décider l'étendue de la nullité. Dernièrement, le sort des actes concernés en droit chinois ressembla à celui en droit français avant 1959. C'est-à-dire, les actes nuls ou exclus ne furent pas retirés matériellement du dossier de la procédure pénale. Les causes de différences et ressemblances furent analysées et la possibilité d'imitation des expériences françaises fut proposée et étudiée. En somme, les régimes de la sanction procédurale dans les deux pays furent en fluctuation. L'auteur d'application de loi joue un rôle très important dans le développement de ces régimes. Il fut réservé et prudent pour décider d'annuler ou exclure les preuves illégales. Cela signifie que les magistrats dans les deux pays attachent de l'importance à l'intérêt supérieur en matière pénale - « la manifestation de la vérité ».

Afin d'accélérer l'amélioration de la règle d'exclusion des preuves illégales en droit chinois, plusieurs propositions pourraient déjà être suggérées :

- 1° La jurisprudence devrait être établie ;
- 2° La qualité de loi devrait être augmentée. Les dispositions, notamment celles sur les modalités de procédés de recueil des preuves devraient être précisées ;
- 3° L'agent de l'autorité publique devrait être distingué de l'individu, lorsqu'ils obtiennent les preuves de manière illégale ;
- 4° Le délai de forclusion de trois mois à compter de chaque interrogatoire devrait

être fixé afin de rassembler les contentieux d'exclusion des preuves illégales dans l'avant-procès et d'éviter de ralentir le jugement ;

5° Le parquet devrait être l'organe unique ayant la compétence de connaître de contentieux d'exclusion des preuves illégales dans la phase d'avant-procès. Ceux que le parquet n'a pas déterminés devraient être traités dans la séance d'avant-procès. Les juridictions du jugement ne reçoivent tels contentieux que s'ils n'ont pas été déterminés dans la séance d'avant-procès ;

6° Un critère unifié, stabilisé et général devrait être fixé pour apprécier les cas d'exclusion des preuves illégales et décider l'étendue de l'exclusion.

7° Les actes concernant les preuves illégales devraient être matériellement retirés du dossier.

À l'issue de cette étude, certaines idées ayant la valeur universelle pourraient être formulées :

1° La réforme de la justice pénale est influencée par les circonstances politiques, notamment le changement de la politique pénale par le gouvernement ;

2° L'instrumentalisme de la justice pénale existe dans le pays démocratique et non démocratique ;

3° La séparation des pouvoirs au sens strict n'existe pas en France. La notion française de la séparation des pouvoirs signifie la séparation des fonctions de l'autorité. Cette dernière était toujours accentuée et bien appliquée en Chine.

4° Sous l'empire de circonstances externes permettant de renforcer les droits de l'homme, un gouvernement peut prendre certaines mesures pour répondre à l'exigence de l'Union internationale ou européenne. Mais ces mesures ne peuvent être appliquées en réalité que si les conditions dans la société interne sont bien réunies.

5° Par essence, l'impulsion de la réforme existe dans la société interne. Les événements ou les circonstances sociales imposent parfois la réforme de la justice pénale.

6° Dans l'histoire, il semble que certaines réformes n'amènent pas à l'avancement de l'État de droit. Mais ces réformes satisfont aux besoins sociaux.

7° Les éléments culturels, traditionnels, politiques ou sociaux ont un grand impact sur la réforme de la justice pénale. Le succès d'une réforme dépend non seulement de son harmonie avec les éléments précités, mais aussi d'autres régimes concernés.

8° « La manifestation de la vérité » est un intérêt supérieur en matière pénale. C'est-à-dire qu'elle est prioritaire lorsqu'il y a un conflit entre les intérêts.

9° Les voies pour parvenir à « la manifestation de la vérité » sont différentes. Chaque pays devrait s'efforcer de trouver sa propre voie sur la base de sa structure de la procédure pénale.

10° Une étude comparée permet non seulement d'accroître nos connaissances sur le droit étranger, mais aussi d'approfondir nos compréhensions sur notre propre droit à travers « le changement des lunettes ». Si les identités nationales pourraient être abandonnées temporairement, une position plus neutre permet de formuler les propositions ayant la valeur universelle.

# BIBLIOGRAPHIE

## I. Dictionnaires et ouvrages non juridiques

- CHEVALLIER J., *L'État post-moderne*, 3<sup>e</sup> éd., LGDJ, coll. Droit et société, 2008.
- CONSTANT B. (邦雅曼·贡斯当), *De la liberté des anciens comparée à celle des modernes* (《古代人的自由与现代人的自由》), traduit par YAN Kewen (阎克文) et LIU Mangui (刘满贵), Presse de Shanghai Ren Min (上海人民出版社), 2005.
- CORNU G., *Vocabulaire juridique*, PUF 2016.
- DONG Zhongshu (董仲舒), *Chun qiu fan lu* (春秋繁露), Zhong hua shu ju (中华书局), 1975.
- FOUCAULT M., *La volonté de savoir*, Paris, 1976.
- FOUCAULT M., *Surveiller et punir*, Paris, Gallimard, 1975.
- FUKUYAMA F., *La fin de l'histoire et le dernier homme*, Flammarion, 2018.
- GUINCHARD S. et DEBARD Th. (dr.), *Lexiques des termes juridiques (2018-2019)*, Dalloz, 2018.
- HUNTINGTON S. P., *Le choc des civilisations*, Odile Jacob, 2000.
- ISAAC J. & ALBA A., *Cours d'histoire Malet-Isaac. De 1848 à 1914*, Hachette, 1961.
- JAVARY C. J.-D., *Les trois sages chinoises*, Albin Michel, 2010.
- JEUGE-MAYNART I. (Dir.), *Le Petit Larousse*, Larousse, 2009.
- LA ROCHE-FLAVIN B., *XIII Livres des Parlements de France*, Genève, 1621.
- MALET-ISSAC, *Histoire 2<sup>e</sup>. De la révolution de 1789 à la révolution de 1848*, Hachette, 1961.
- ORWELL G., *1984*, Londres, Penguin books, 2008.
- QIAN Mu (钱穆), *Réussite ou échec de la politique chinoise dans l'histoire* (《中国历代政治得失》), Librairie de San Lian (三联书店), 2001.
- REY A. (dir.), *Dictionnaire historique de la langue française*, Le Robert, 3<sup>ème</sup> éd. 2000.
- RIALS S. (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-Puf, coll. Quadrige-dicos poche, 2003.
- SIEGFRIED A., *Les États-Unis d'aujourd'hui*, Paris : Librairie Armand Colin, 1927.
- Zhu Zi Ji Cheng* (《诸子集成论语正义》), Zhong hua shu ju (中华书局), 1954.

## II. Traités, manuels et ouvrages juridiques généraux

### - Sources en langue française

AMBROISE-CASTÉROT C., *Procédure pénale*, Presses Universitaires de France, 2018.

BOULOC B., *Procédure pénale*, Dalloz, 2016.

CHAPUS R., *Droit administratif général*, Montchrestien, T. 1, 15<sup>e</sup> éd., 2008.

DESPORTES F., *Traité de procédure pénale*, Economica, 2015.

DEUMIER P., *Introduction générale au droit*, 2<sup>e</sup> éd., LGDJ, coll. Manuel, 2013.

ESMEIN A., *Histoire de la procédure criminelle en France (et Spécialement de la procédure inquisitoire depuis le XIII siècle jusqu'à nos jours)*, Paris, 1882, rééd. Verlag Sauer et Auvermann KG, 1969.

FAVOREU L. et al., *Droit constitutionnel*, Dalloz, 13<sup>e</sup> éd., 2010.

GARRAUD R., *Précis de droit criminel*, 10<sup>ème</sup> éd., Paris 1909.

GUINCHARD S., BUISSON J., *Procédure pénale*, 12<sup>e</sup> éd., LexisNexis, 2019.

HART H., *Le concept de droit*, traduit par Michel Van De Kerchove, Facultés universitaires Saint-Louis 1976.

HÉLIE F., *Traité de l'instruction criminelle*, Tome IV, 2<sup>ème</sup> éd., 1866.

JOUSSE D., *Traité de la justice criminelle de France*, Paris, 1771.

LECA A., *La genèse du droit – Essai d'introduction historique au droit*, 3<sup>e</sup> éd., Librairie de l'Université d'Aix-en-Provence, 2002.

MATHIEU B., *La loi*, 2<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2004.

MERLE R. *Traité de droit criminel. Tome 2, Procédure pénale*. Éd. Cujas, 2001.

PACTET P., Ferdinand Mélin-Soucranamien, *Droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 26<sup>e</sup> éd., 2007.

PRADEL J., *Procédure pénale*, Cujas, 2017.

RASSAT M.-L., *Procédure pénale*, Ellipses, 2017.

ROUX J.-A., *Cours de droit criminel*, t. II, L. Tenin, 1927.

VERGÈS E., VIAL G., LECLERC O., *Droit de la preuve*, Puf, 2015.

ZOLLER E., *Droit constitutionnel*, Paris, PUF, 1998.

- **Sources en langue anglaise**

ANDERSON T. and TWINING W., *Analysis of Evidence*, Northwestern University Press, 1998.

NOYE W. A., *Evidence: Its history and Policies*, 1991.

THAMAN S. C., *Comparative Criminal Procedure: A Casebook Approach*, Carolina Academic Pr, 2002.

THAMAN S. C., *Exclusionary Rules in Comparative Law*, Springer, 2013.

TWINING W. and STEIN A. (eds.), *Evidence and Proof*, New York University Press, 1992.

TWINING W., *Rethinking Evidence: Exploratory Essays*, Cambridge University Press, 2006.

TWINING W., *Theories of Evidence: Bentham and Wigmore*, Stanford University Press, 1985.

- **Sources en langue chinoise**

BOULOC B. (贝尔纳·布洛克), *Procédure pénale* (《法国刑事诉讼法》), traduit par LUO Jiezhen (罗结珍译), Pékin : Presse de Université des sciences juridiques et politiques de la Chine (北京：中国政法大学出版社), 2009.

CAI Dun min (蔡墩铭), *Psychologie du jugement* (《审判心理学》), Taipei: Presse de ShuiNu (台北：水牛出版社), 1986.

CHEN Guangzhong (陈光中), *Le droit de la preuve* (《证据法学》), Presse de la loi (法律出版社), 2011.

CHEN Guangzhong (陈光中), *Procédure Pénale* (《刑事诉讼法》), Presse de Université de Pékin et Presse de l'enseignement supérieur (北京大学出版社、高等教育出版社), 2002.

CHEN Pu sheng (陈朴生), *Le droit de la preuve pénale* (《刑事证据法》), Taipei: Presse de SanMinShuJu (台北：三民书局), 1979.

CHEN Rui hua (陈瑞华), *Le droit de la preuve pénale* (《刑事证据法学》), Pékin : Presse de Université de Pékin (北京：北京大学出版社), 2012.

CUI Min (崔敏), *Étude de la théorie des preuves pénales* (《刑事证据理论研究综述》), Pékin : Presse de Université de police du peuple de la Chine (北京：中国人民公安大学出版社), 1989.

DIAO Rong hua (刁荣华), *Traité comparative du droit de la prevue pénale* (《比较刑

事证据法各论》), Taipei: Presse de HanLin (台北: 汉林出版社), 1984.

*Étude de la preuve (manuel d'essai de l'école supérieure (《证据学 (高等学校试用教材)》)*, Presse de QunZhong (群众出版社), 1983.

HE Jia hong (何家弘), *Nouvelle édition du droit de la preuve (《新编证据法学》)*, Pékin: Presse de la loi (北京: 法律出版社), 2000.

HE Jia hong et LIU Pin Xin (何家弘、刘品新), *Le droit de la preuve (《证据法学》)*, Pékin : Presse de la loi (北京: 法律出版社), 2004.

HE Jia hong et ZHANG Wei ping(何家弘, 张卫平), *Traduction sélectionnée du droit de la preuve étranger (《外国证据法选译》)*, Pékin : Presse de la juridiction du peuple (北京: 人民法院出版社), 2000.

LANG Sheng (郎胜), *L'interprétation de Loi de Procédure Pénale de République Populaire de Chine (《中华人民共和国刑事诉讼法释义》)*, Presses de la loi (法律出版社) 2012.

LI Xue Deng (李学灯), *Étude comparée sur le droit de la preuve (《证据法比较研究》)*, Presse de Wu Nan Tu Shu (五南图书出版公司), 1992.

SONG Yinghui (宋英辉), *Étude sur l'objet de la procédure pénale (《刑事诉讼目的论》)*, Presse de l'Université de Renming Gongan (中国人民公安大学出版社), 1995.

WANG Shengming (王胜明), Zhao Dapeng (赵大鹏), *L'interprétation de loi des avocats de RPC (《中华人民共和国律师法释义》)*, la presse de la loi (法律出版社) 2007.

ZHANG Jinfan (张晋藩), *Histoire de l'institution judiciaire de la France (《中国司法制度史》)*, Presse de Ren Ming Fa Yuan (人民法院出版社), 2004.

### III. Thèses, monographies et ouvrages spécialisés

#### - Sources en langue française

Actes du colloque « *La réforme du travail législatif* », Cahiers constitutionnels de Paris I, Dalloz 2006.

ANGELESCO A. C., *La technique législative en matière de codification civile. Étude de droit comparé*, Paris, E. de Boccard, 1930.

ANGEVIN H., *La pratique de la chambre d'accusation*, traité-formulaire, éd. Litec, 1994.

AUDIER F. etc., *Diversifier le recrutement public : le cas des magistrats*, Presses de l'École des Mines, 2016, p. 13.

BALME S., *Chine, les visages de la justice ordinaire*, Presses de Sciences Po 2016.

BARRAUD B., *La jurisprudence et la doctrine*, L'Harmattan 2017.

BEAUVAIS P. et PARISOT R. (dir.), *Les transformations de la preuve pénale*, LGDL-Lextensos, 2018.

- BÉCANE J.-C., COUDERC M., HÉRIN J.-L., *La loi*, 2<sup>e</sup> éd., Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2010.
- BECCARIA C., *Traité des délits et des peines*, Cujas, 1966.
- BEIGNIER B., *Droits fondamentaux et règles principales du procès civil*, Montchrestien, 3<sup>e</sup> éd., 2000.
- BENTHAM J., *Traité des preuves judiciaires*, t. I, Bossange Frères, Paris, 1823.
- BERGEAUD-WETTERWALD A., et SAINT-PAU J.-C., *La preuve pénale : Problèmes contemporains en droit comparé*, Editions L'Harmattan, 2013.
- BERGEAUD-WETTERWALD A., *Le droit à la preuve*, LGDJ, 2010.
- BESSON A., ARPAILLANGE P. et VOUIN R., *Code de procédure pénale annoté*, Paris 1959.
- BOISVERT A. M., *La lutte au terrorisme et les réflexes du législateur canadien à un déplacement des frontières du droit répressif*, Colloque Poitiers-Montréal, décembre 2002, LGDJ, 2004.
- BONNIER E., *Traité théorique et pratique des preuves en droit civil et en droit criminel*, 5<sup>ème</sup> éd., Paris 1888.
- BOULOC B., *L'acte d'instruction*, LGDJ, 1965.
- BOURSIER M.-E., *Le principe de loyauté en droit processuel*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, préf. S. Guinchard, vol. 23, 2003.
- BOUZAT P., *Traité théorique et pratique de Droit pénal*, Dalloz, 1951.
- BROUCHOT J., *Analyse et commentaire du code de procédure pénale*, Paris 1960.
- BUISSON J., *L'acte de police*, Th. Droit, Lyon III, 1988.
- CADIET L. et JEULAND E., *Droit judiciaire privé*, 10<sup>e</sup> éd., LexisNexis, 2017.
- CAPDEPON Y., *Essai d'une théorie générale des droits de la défense*, Dalloz, 2013.
- CAPPELLO A., *La constitutionnalisation du droit pénal. Pour une étude du droit pénal constitutionnel*, LGDJ 2014.
- CARBASSE J.-M., *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, 3<sup>e</sup> éd., PUF, 2014.
- CARBONNIER J., *Droit et passion du droit sous la V<sup>e</sup> République*, Flammarion, 1996.
- CARBONNIER J., *Flexible droit pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 2014.
- CARBONNIER J., *Théorie sociologique des sources du droit*, Association corporative des étudiants en droit de l'Université Panthéon-Sorbonne, 1961.
- CARRÉ-DE-MALBERG R., *Contribution à la théorie générale de l'État spécialement d'après les données fournies par le droit constitutionnel français*, Paris, Dalloz, 2004.
- CHAGNOLLAUD D., *Droit constitutionnel contemporain. Tome 1 : Théorie générale*.

- Les régimes étrangers*, Paris, Dalloz, 5<sup>e</sup> éd., 2007.
- CHAMPEIL-DESPLATS V., *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2014.
- CILISSEN J., *Introduction historique au droit – Esquisse d’une histoire universelle du droit – Les sources du droit depuis le XIII<sup>e</sup> siècle – Éléments d’histoire du droit privé*, Bruylant (Bruxelles), 1979.
- CLÉMENT S., *Les droits de la défense dans le procès pénal. Du principe du contradictoire à l’égalité des armes*, thèse, Nante, 2007 n°31.
- CONCHON Hélène, *L’évolution des nullités de l’instruction préparatoire*, l’Harmattan, 2002.
- Conseil d’État, *Sécurité juridique et complexité du droit. Rapport public 2006*, La documentation française, Paris, 2006.
- Conseil d’État, *Simplification et qualité du droit*, La documentation française, Paris, 2016.
- CONSTANTINESCO L.-J., *Traité de droit comparé. Tome II, La méthode comparative*, Librairie générale de droit et de jurisprudence 1974.
- CORIO LAND S. et LETOUZEY E. (dir.), *La transposition du droit de l’Union européenne dans la loi pénale interne: l’intégration d’un corps étranger*, CEPRISCA, 2017.
- COUTANT, *Essai d’une théorie sur les nullités en procédure pénale, administrative et civile*, thèse Aix-Marseille, 1996.
- DALBERG-ACTON J.E.E., *Le pouvoir corrompt*, traduit par Michel Lemosse, Bibliothèque classique de la liberté, Les Belles Lettres, 2018.
- DEBRÉ J.-L., *La justice au XIX<sup>e</sup> siècle*, Paris, 1980.
- DELMAS-MARTY M., *Le flou du droit : Du code pénal aux droits de l’homme*, PUF, 2004.
- DI MARINO, *Les nullités de l’instruction préparatoire*, 1977, thèse, Aix-en-provence.
- DOUTREMEPUICH C. (dir.), *Les fichiers des empreintes génétiques en pratique judiciaire*, La Documentation française, Paris, 2006.
- DULONG R., *L’aveu : histoire sociologie, philosophie*, Presse Universitaire de France, 2001.
- DURUPT B., *La Police judiciaire. La scène de crime*, Gallimard, coll. Découvertes, t. 403, 2000.
- FRANÇOIS G., *La réception de la preuve biologique, Étude comparative de droit civil et droit pénal*, thèse Paris I, 2004.
- GARAPON A., Ioannis Papadopoulos, *Juger en Amérique et en France*, Odile Jacob, 2003.

GARRADU R., *Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale*, Librairie de la Société du Recueil J.-B. Sirey & du Journal du Palais, 1912.

GÉNY F., *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, t. II, LGDJ, 1919.

GIANNOULOPOULOS D., *L'exclusion de preuves pénales déloyales : une étude comparée des droits américain, anglais, français et hellénique*, Paris 1, 2009.

GIUDICELLI-DELAGE G., *Les transformations de l'administration de la preuve pénale : perspectives comparées. Allemagne, Belgique, Canada, Espagne, États-Unis, France, Italie, Portugal, Royaume-Uni*, Société de législation comparée, 2006.

GUERRIN M., *Les irrégularités de procédure sanctionnées par la nullité dans la phase préalable au jugement pénal*, thèse Strasbourg, 1999.

*Guide de légistique*. La Documentation française, 2017.

HALPERIN, *Le Tribunal de cassation et les pouvoirs sous la Révolution, 1790-1799*, 1987, LGDJ.

HUYGHE F.-B., *Les écoutes téléphoniques*, Que sais-je ? 2009.

IMBERT J. (dir.), *Quelques procès criminels des XVIIe et XVIIIe siècle*, Trav. Et Rech. Fac. Droit et Sc. Econom. Paris, 1964.

JESTAZ Ph., JAMIN Ch., *La doctrine*, Dalloz, coll. Méthode du droit, 2004.

JESTAZ Ph., *Les sources du droit*, Dalloz, coll. Connaissance du droit, 2005.

*Juger les juges, du Moyen-âge au CSM*, La documentation française, AFHJ, coll. Histoire de la justice.

*L'aveu, Antiquité et Moyen Âge*, Collection de L'École française de Rome, 1986.

LAGARDE X., *Réflexion critique sur le droit de la preuve*, LGDJ, 1994.

LASSERRE-KIESOW V., *La technique législative. Étude sur les codes civils français et allemand*, L.G.D.J., 2002.

LE BARS T., *Droit judiciaire privé*, LGDJ, 2<sup>e</sup> éd., 2002.

LEGEAIS R., *Les règles de preuve en droit civil, permanence et transformation*, LGDJ, 1955.

LEGRAND P., *Le droit comparé*, PUF, 2016.

LEGRAND V., *Le droit à l'assistance d'un défenseur dans le procès pénal*, thèse, Bordeaux, 2005.

MAISTRE DU CHAMBON P., *L'instruction contradictoire et la jurisprudence*, Paris, Librairie techniques, libraires de la Cour de cassation, 1953.

MATHIEU B. et VERPEAUX M.(dir.), *Le statut constitutionnel du parquet*, Dalloz, 2012.

MATSOPOULOU H., *Les enquêtes de police*, LGDJ, 1996.

- MERLE R., *La pénitence et la peine*, éd. Cujas-Cerf, 1985.
- MILHAUD et MONTEUX, *L'instruction criminelle : La loi du 8 déc. 1897 sur l'instruction préalable*, Paris, 1898.
- MINC A., *Au nom de la loi*, Gallimard, 1998.
- MITTERMAIRE C –J –A ., *Traité de la preuve en matière criminelle ou exposition comparée des principes de la preuve criminelle, etc., de ses applications diverses en Allemagne, en France, en Angleterre, etc.*, traduc. Alexandre, Paris 1848.
- MOLFESSIS N., *Le Conseil constitutionnel et le droit privé*, LGDJ, 1997.
- MOLINA E., *La liberté de la preuve des infractions en droit français contemporain*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2001.
- MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, Paris : Garnier Frères, 1871.
- PELLÉ S. (dir.), *Les droits fondamentaux du gardé à vue*, PUPPA 2013.
- PERRIER J.-B. (dir.), *L'audition libre : de la pratique à la réforme*, LGDJ, 2017.
- PONCET D., *L'instruction contradictoire dans le système de la procédure pénale Genevoise et en droit français*, thèse Genève 1867.
- POUSSON-PETIT J. (dir.), *L'identité de la personne*, Bruylant, 2002.
- PRADEL J. et VARINARD A., *Les grands arrêts de la procédure pénale*, 9<sup>e</sup> édition, Dalloz, 2016.
- PRADEL J., *L'instruction préparatoire*, Cujas, 1996.
- RAMBAUD T., *Introduction au droit comparé. Les grandes traditions juridiques dans le monde*, PUF 2014.
- RASSAT M.-L., *Le ministère public entre son passé et son avenir*, thèse, LGDJ, 1967.
- ROGIEZ-THUBERT P., *La parole est au cadavre. Le quotidien d'un officier de police*, éd. Démos, coll. Criminologie et société, 2011.
- ROUSSEL Gildas, *Les procès-verbaux d'interrogatoire : Rédaction et exploitation*, L'Harmattan 2005
- SAINT-PAU J.-C. (dir.), *Traité de la personnalité*, LexisNexis, 2013.
- SCATTOLIN A., *La volonté de la personne poursuivie. Étude de droit français et aperçus de droits étrangers*, thèse dactyl., Poitiers, 1996.
- SHI P., *Le jury criminel : l'étude compare en Angleterre, France et Chine*, Universitaires européennes 2010.
- Terré F.(dir.), *L'américanisation du droit*, Dalloz, 2001.
- TROPER M., *La Séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, Paris, LGDJ, 1980.

TROUSSOV A., *Introduction à la théorie de la preuve judiciaire* (trad. Piatigorski), Moscou, 1964.

VABRES D., *Traité de droit criminel et de législation pénale comparée*, Librairie du Recueil Sirey, 1947.

VERDIER R. (dir.), *Jean Carbonnier L'homme et l'œuvre*, Presse universitaire de Paris ouest, 2011.

VERGÈS E., *Les principes directeurs du procès judiciaire*, th., Université Aix-Marseille III – Paul Cézanne, 2000.

VIAL G., *La preuve en droit extrapatrimonial de la famille*, Dalloz, 2008.

VIDAL et MAGNOL, *Cours de droit criminel et de sciences pénitentiaires*, t. II, 9<sup>ème</sup> éd., Paris, Rousseau et Cie, 1949.

VON WAHLENDORF H. A. Schwarz-Liebermann, *Droit comparé. Théorie générale et principes*, 1978.

W. J., *La juridiction d'instruction du second degré*, thèse Nancy, 1982.

- **Sources en langue anglaise**

EHRMANN H., *Comparative legal cultures*, Englewood Cliffs : Prentice-Hall, 1976.

GARRETT B. L., *Convicting the innocent : where criminal prosecutions go wrong*, Harvard University Press, 2012.

H. Bork Robert, *The tempting of America : the political seduction of the law*, Simon&Schuster, 1990.

L. M. Friedman, *The Legal System : A Social Science Perspective*, Russell Sage Foundation, 1975.

M. Hooker, *Legal Pluralism : An Introduction to Colonial and Neo-colonial Laws*, Oxford University Press, 1975.

ZWEIGERT K., KÖTZ H., *Introduction to comparative law*, Oxford 1992.

- **Sources en langue chinoise**

BIAN Jianlin (卞建林) et Yang Yuguan (杨宇冠), *La recherche positive de la règle d'exclusion des preuves illégales* (《非法证据排除规则实证研究》), Presse de l'Université des sciences politiques et juridiques de la Chine (中国政法大学出版社), 2012.

CAI Mei hong (蔡美鸿), *Le modèle de la réforme de la justice du district de Heng Qin* (《横琴新区司法改革模式》), Presse de la loi (法律出版社), 2016.

CHEN Guang zhong (陈光中) . *Étude des problèmes de l'application des règles de l'exclusion des preuves illégales* (《非法证据排除规则实施问题研究》). Pékin : Presse de Université de Pékin (北京: 北京大学出版社), 2014.

CHEN Guangzhong (陈光中), *Recueil des écrits sur le droit de Cheng Guangzhong* (《陈光中法学文集》), Presse de Zhong Guo Fa Zhi (中国法制出版社), 2000.

CHEN Ruihua (陈瑞华), *Les méthodes des études du droit* (《论法学研究方法》), Presse de la loi (法律出版社), 2017.

CHEN Yun (陈云), Sun Wen bo (孙文波), *L'étude sur la réaffectation des fonctions du personnel dans les tribunaux* (《法官员额制问题研究》), Presse de la démocratie et de l'État de droit (中国民主法制出版社), 2016.

DAMAŠKA Mirjan R. (达玛斯卡著), *La preuve : une étude comparée* (《比较法视野中的证据制度》), traduit par WU Hong yao (吴宏耀), WEI Xiao na (魏晓娜), Pékin : Presse de l'Université de Ren Min Gong An (北京: 中国人民公安大学出版社), 2006.

DAMAŠKA Mirjan R. (达玛斯卡著), *Le droit de la preuve dérivée* (《漂移的证据法》), traduit par LI Xue jun (李学军等译), Pékin : Presse de Université des sciences juridiques et politiques de la Chine (北京: 中国政法大学出版社), 2003.

DERSHOWITZ (德肖维茨), *La meilleure défense* (《最好的辩护》), traduit par LI Zhenying et GUO Meijing (李贞莹、郭静美译), Presse de Nan Hai (南海出版公司) 2002.

LANG Sheng (郎胜主编) . *La defense en matière pénale et l'exclusion des preuves illégales* (《刑事辩护与非法证据排除》) . Pékin : Presse de Université de Pékin (北京: 北京大学出版社), 2008.

LIN Hui huang (林辉煌著) . *Traité de l'exclusion des preuves : la théorie et la pratique aux États-Unis* (《论证据排除: 美国法之理论与实务》), Taiwan : Presse de YuanZhao (台湾: 元照出版有限公司), 2006.

LIN Yu xiong (林钰雄), *Atteinte au corps du suspect et la preuve pénale* (《干预处分与刑事证据》), Presse de l'Université de Pékin (北京大学出版社), 2010.

LIN Yuxiong (林钰雄), *La preuve stricte et les preuves pénales* (严格证明与刑事证据), Presse de la loi (法律出版社), 2008.

LIU Genju (刘根菊), *Étude sur les issues de procédure pénale et de régime de l'avocat* (《刑事诉讼与律师制度热点问题研究》), Presse de Hei Long Jiang Renming(黑龙江人民出版社), 2000.

SHI Pengpeng (施鹏鹏), *La procédure criminelle et la preuve pénale en France* (《法国刑事诉讼与证据制度研究》), Presse de Université des sciences politiques et juridiques de la Chine (中国政法大学出版社), 2013.

SUN Changyong (孙长永), *La procédure de l'enquête et les droits de l'homme : une étude comparative* (《侦查程序与人权——比较法考察》), Presse de Fang Zheng (中国方正出版社), 2000.

WANG Chao (王超), *L'utopie de la règle d'exclusion des preuves illégales* (《排除非法证据的乌托邦》), Presse de la loi (法律出版社), 2014.

XIE Youping (谢佑平), *Étude sur la caractéristique politique et juridique de l'autorité de la surveillance du parquet* (《中国检察监督的政治性与司法性研究》), Presse du Parquet (中国检察出版社), 2010.

YANG Yuguan (杨宇冠), *Étude sur l'application de la règle d'exclusion des preuves illégales en Chine* (非法证据排除规则在中国的实施问题研究), Presse du Jian Cha de la Chine (中国检察出版社), 2015.

YANG Yuguan (杨宇冠), *Étude sur la règle d'exclusion des preuves illégales* (“非法证据排除规则研究”), Pékin : Presse de l'Université de Ren Min Gong An (北京：中国人民公安大学出版社), 2002.

ZHANG Bao sheng (张保生主编) . *Propositions et arguments de l'interprétation de Règlement de l'unifications des règles des preuves de la juridiction du peuple* (《〈人民法院统一证据规定〉司法解释建议稿及论证》), Pékin : Presse de Université des sciences juridiques et politiques de la Chine (北京：中国政法大学出版社), 2008.

ZUO Lin (左宁著) . *Étude des règles de l'exclusion des preuves pénales illégales en Chine* (《中国刑事非法证据排除规则研究》) . Pékin : Presse de Université des sciences juridiques et politiques de la Chine (北京：中国政法大学出版社), 2013.

#### IV. Articles

##### - Sources en langue française

ALLAIN E., « Régime des nullités de procédure : précision ou revirement ? », in *Dalloz actualité*, 16 février 2012.

ALLÉHAUT M., « Les droits de la défense », in *La chambre criminelle et sa jurisprudence, Mélanges Patin*, Cujas, 1965, p. 461 et s.

ALLÉHAUT M., « Les droits de la défense », in *Recueil en hommage à Maurice Patin*, 1965.

AMBROISE-CASTÉROT C., « Le consentement en procédure pénale », in *Mélanges Jean Pradel, Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire*, Paris : Cujas, 2006, p. 34 et s.

AMBROISE-CASTÉROT C., « Les empreintes génétiques en procédure pénale », in *Mélanges Bernard Bouloc, Les droits et le droit*, Dalloz, 2007, p. 23 et s.

AMBROISE-CASTÉROT C., « Les prélèvements corporels et la preuve pénale », in *Mélanges Pierre Julien, La justice civile au vingt et unième siècle*, Édilaix, 2003, p. 9-21.

AMBROISE-CASTÉROT C., « Validation européenne des écoutes téléphoniques incidentes d'avocat », in *AJ Pénal* 2016.

BALME S., « La justice pénale en Chine : son évolution et son avenir », notes de l'IHEJ,

2012, p.1-31.

BÉATRICE J., « Méthodologie du droit comparé : bilan et prospective », in *Revue internationale de droit compare*, vol. 57, n°1,2005. pp. 29-48.

BEAUSSONIE G. et CAZALBOU P., « L'intérêt à bénéficier de l'annulation d'un acte subi par autrui », in *Recueil Dalloz* 2016, p. 47 et s.

BEAUSSONIE G., « Immeuble et domicile en droit pénal », *AJ pénal* 2016, p. 59 et s.

BERGEAUD-WETTERWALD A., « Du bon usage du principe de loyauté des preuves ? », *Droit pénal*, n° 4, Avril 2014, étude 7.

BESSON A., « La police judiciaire et le Code de procédure pénale », *D.*, 1958, chron, p.133.

BITAN H., « Le cabinet d'avocats à l'ère numérique », *RLDI*, 2011, n° 72, p. 99 et s.

BLONDET M., « Les ruses et les artifices de la police au cours de l'enquête préliminaire », *JCP*, 1958, I, 1419.

BONFILS P. et LASSERRE-CAPDEVILLE J., « Tentative de clarification de la loyauté de la preuve en matière pénale », in *La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale*, sous la direction de MALABAT V., DE LAMY B., et GIACOPELLI M., *Opinio Doctorum*, Dalloz, 2009, p. 247 et s.

BONFILS P., « Loyauté de la preuve et droit au procès équitable », *Recueil Dalloz*, 2005, p. 122 et s.

BOTTON A., « Entre renforcement et érosion des garanties de la procédure pénale. À propos du titre II de la loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 », *JCP* 2016. 777.

BOULOC B., « Les abus en matière de procédure pénale », in *Rev. sc. crim.*, 1991, p. 211 et s.

BOUZAT et PINATEL, *Traité de droit pénal et de criminologie*, 1979, p. 223, n° 1304 à 1309.

BOUZAT P., « La loyauté dans la recherche des preuves », in *Mélanges L. Huqueney*, Sivey, 1964.

BUISSON J., « Force publique », *Répertoire pénal*, Dalloz.

BUISSON J., « Preuve », *Répertoire pénal*, Dalloz.

CADOPPI A., « Les six niveaux de la comparaison pénale », in *Mélanges Pradel*, Cujas 2006, p.726 et s.

CAPITANT René, « la réforme du parlementarisme », in *id.*, *Écrits d'entre-deux-guerres (1928-1940)*, Paris, Éd. Panthéon-Assas, 2004, p. 327 et s.

CARBONNIER J., « Il y a plus d'une définition dans la maison du droit », *Droits* 1990, n° 11, p. 6 et s.

CARDEPON Y., « La nullité d'une écoute téléphonique réalisée sur la ligne d'un tiers », in *Droit pénal*, 2017, n° 12, p. 13-18.

CHAVENT-LECLÈRE A.-S., « La garde à vue est morte, vive la garde à vue ! À propos de la loi n° 2011-392 du 14 avril 2011 », *Procédures* 2011. Étude 7.

CHAZAL J. -P., « Philosophie du droit et théorie du droit, ou l'illusion scientifique », *Arch. Phil. Droit* 2001, p. 307 et s.

CLÉMENT S., « Songes d'une pure vérité : à propos des détecteurs de mensonges », *RICPT* 2004, p. 55 et s.

COMMAILLE J. et HUREL B., « La réforme de la justice française. Un enjeu entre instrumentalisation et démocratie », in *Droit et Société* 2011, n° 2, p. 395-396.

Congrès international de droit comparé, « Conception générale, définition, méthode et histoire du droit comparé. Le droit comparé et l'enseignement du droit », tenu à Paris du 31 juillet au 4 août 1900. Procès verbaux et documents, vol. I, Paris 1905, p. 31.

CONTE P., « L'arbitraire judiciaire : chronique d'humeur », *JCP* 1988. I. 3343.

CONTE P., « La loyauté de la preuve dans la jurisprudence de la chambre criminelle de la Cour de cassation : vers la solution de la quadrature du cercle ? », *Dr. pén.* 2009, études 8.

COURTINE J.-J., « Les dérives de la vie publique. Sexe et politique aux États-Unis », *Esprit*, oct. 1994, p. 51 et s.

COUVRAT P., « Les méandres de la procédure pénale : commentaire de la loi n° 75. 701 du 6 août 1975 », in *D.* 1976, chron. p. 43.

DAMASKA Mirjan R., « Of hearsay and its analogues », in 76 *Minnesota L. Rev.*, 1992, p. 425-458.

DANJAUME G., « Le principe de la liberté de la preuve en procédure pénale », *D* 1996, p.153 et s.

DAOUD E., « Interceptions judiciaires : mais qui gardera les gardiens ? », in *AJ Pénal*, 2014, p.333 et s.

De Lamy B., « De la loyauté en procédure pénale. Brèves remarques sur l'application des règles de la chevalerie à la procédure pénale », *Mélanges Pradel*, Cujas 2006, p.97 et s.

De Lamy B., « De la loyauté en procédure pénale. Brèves remarques sur l'application des règles de la chevalerie à la procédure pénale », in *Mélanges Pradel*, Cujas 2006, p.98.

De Lamy B., « La loyauté, un principe perturbateur des procédures ? », *JCP G* 2011, 988.

DE MONTECLER M.-C., « Le fichier des empreintes génétiques condamné par la CEDH », in *Dalloz actualité* 27 juin 2017.

DE VABRES D., « La réforme de l'instruction préparatoire », in *RSC*, 1949, p. 499 et s.

DE-COMBLES-DE-NAYVES P. et MERCINIER E., « Le silence est d'or », in *AJ Pénal* 2017, p.27 et s.

DÉCIMA O., « Du droit à la nullité en procédure pénale », note sous Cass. crim. 7 juin 2016, n° 15-87.755, Bull. crim., n° 174 ; JCP G 2016, 1176 note O. Décima.

DÉCIMA O., « Du piratage informatique aux perquisitions et saisies numériques ? », *AJ Pénal* 2017, p.315.

DÉCIMA O., « Terreur et métamorphose. À propos de la loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 sur la lutte contre le terrorisme », *D.* 2016. 1826.

DESGRANGES M.-L., « la Commission chargée d'agréeer les personnes habilitées à effectuer des missions d'identification par empreintes génétique dans le cadre d'une procédure judiciaire », in Christian Doutremepuich (dir.), *Les fichiers des empreintes génétiques en pratique judiciaire*, La Documentation française, Paris, 2006, p. 69 et s.

DETRAZ S., « Sonorisation d'une cellule de garde à vue : un stratagème qui vicie la recherche de la preuve », *D.* 2014, p. 264 et s.

DETRAZ S., « Sonorisation d'une cellule de garde à vue : un stratagème qui vicie la recherche de la preuve », *Recueil Dalloz* 2014 p. 264.

DINTILHAC J.-P., « Le contrôle du parquet sur la police judiciaire », *Archives de politique criminelle* 2011/1 (n° 33), p. 29-48.

FAVOREAU L., « Rapport introductif », in LENOIR N., MATHIEU B., MAUS D. (dir.), *Constitution et éthique biomédicale*, La documentation française, coll. Les cahiers constitutionnels de Paris I, 1998.

FAVOREU L., « La constitutionnalisation du droit », in *Mélanges Drago, Economica*, 1996.

FELDMAN J.-P., « La séparation des pouvoirs et le constitutionnalisme. Mythes et réalités d'une doctrine et de ses critiques », in *Revue française de droit constitutionnel* 2010/3, n° 83, p. 483-496.

FRANCILLON J., « Cyberdélinquance et provocations policières », in *RSC* 2014, p. 577.

FRANCIS C., « La célérité du procès pénal en droit français », in *R.I.D.P.*, p. 521 et s.

FUCINI S., « Affaire Paul Bismuth : régularité des écoutes téléphoniques », in *Dalloz actualité*, 24 mars 2016.

FUCINI S., « Annulation d'actes se référant à des pièces annulées dans une procédure distincte », in *Dalloz actualité*, 04 novembre 2015.

- FUCINI S., « Fichier des empreintes génétiques : recherche en parentalité à partir d'un ADN inconnu », in *Dalloz actualité*, 17 juillet 2017.
- GALLOIS A., « Les nullités de procédure pénale », *Gazette du Palais*, 2017, p.35 et s.
- GALLOIS A., « Loyauté des preuves pénales : la Cour de cassation est-elle allée trop loin ? », *JCP G* 2014, 272.
- Gallois A., « Protection du secret professionnel des avocats : les limites du droit français », in *Recueil Dalloz*, 2015, p.977 et s.
- GAUTHIER J., « Quelques remarques sur la liberté de la preuve et ses limites », *Rev. pén. suisse* 1990, n° 2, p. 184 et s.
- GAUTRON V., « La prolifération incontrôlée des fichiers de police », in *AJ Pénal*, 2007, p.57 et s.
- GÉNY F., « La technique législative dans la codification civile moderne (A propos du centenaire du Code civil) », in *Le Code civil. 1804-1904. Le livre du centenaire publié par la société d'études législatives*. T. II, Paris, Rousseau, 1904, p. 989 et s.
- GIRAULT C., « Identification et identité génétique », in *AJ Pénal*, 2010, p.224 et s.
- GIRAULT C., « Quand la loyauté dicte sa loi », *AJ pénal* 2015, p. 362 et s.
- GOGORZA A., « L'interrogatoire au stade policier – à propos d'un concept oublié », in *Droit pénal* n° 7-8, juillet 2015, étude 16.
- GRUNEBaum-BALLIN Paul, « Comment Bonaparte, Premier Consul, fonda le premier organisme français d'étude des législations étrangères et du droit comparé », in *Revue internationale de droit comparé*. Vol. 5 N°2, Avril-juin 1953. p. 267-273.
- GRZEGORCZYK Ch., « Jurisprudence : phénomène judiciaire, science ou méthode ? », *Arch. Phil. Droit* 1985, p. 35 et s.
- GUYENOT, « Le pouvoir de révision et le droit d'évocation de la chambre d'accusation », in *RSC*, 1964, P. 559 et s.
- HENNION-JACQUET P., « La double dénaturation des nullités en matière pénale », in *Recueil Dalloz*, 2004, p. 1265 et s.
- HERSANT M., « Réflexions sur l'article 802 du code de procédure pénale, loi n° 75. 701 du 6 août 1975 art. 19 », in *D.* 1976, chron. 117.
- HOUIN R., « La technique de la réforme des codes français de droit privé », in *R.I.D.C.* 1956, p. 21-26.
- HOURQUEBIE F., « L'institution du parquet au sein du pouvoir judiciaire », in MATHIEU B. et VERPEAUX M. (dir.), *Le statut constitutionnel du parquet*, Dalloz, 2012, p. 17 et s.
- JESTAZ P., « La jurisprudence : réflexions sur un malentendu », *D.* 1987, p. 11 et s.

KOENIG S. S., « Les perquisition 2.0 : quand l'informatique se saisit de l'immatériel », *AJ Pénal*, 2016, p.238.

KUISEL Richard, « L'américanisation de la France (1945-1970) », *Les Cahiers du Centre de Recherches Historiques*, consulté le 25 mai 2018. URL : <https://journals.openedition.org/ccrh/2889>.

LAJARTHE E., L'identification biologique en matière pénale, in J. Pousson-Petit (dir.), *L'identité de la personne*, Bruylant, 2002, p. 466 et s.

LARVIÈRE D. S., « Avocats – Les écoutes et le secret professionnel de l'avocat », in *La semaine juridique édition générale*, n°20-21, 16 mai 2016, 581 et s.

LE GUNÉHEC F., « La loi du 24 août 1993 : un rééquilibrage de la procédure pénale », in *J.C.P.* 1993, I, 3720.

LE-MONNIER-DE-GOUVILLE P., « Loyauté des preuves et identification du stratagème déloyal », *Lexbase Hebdo*, éd. privé, 2017.

LEAUTÉ J., « Les principes généraux relatifs aux droits de la défense », in *R.S.C.* 1953, p. 47 et s.

LECLERC H., « Les limites de la liberté de la preuve. Aspects actuels en France », *RSC* 1992, p. 15 et s.

Les travaux de la conférence tenue à l'Institut supérieur international de sciences criminelles, Syracuse (Italie), en novembre et décembre 1991, « La protection des droits de l'homme dans l'administration de la justice pénale en Europe centrale et dans l'ex-URSS », *Revue internationale de Droit pénal/International Review of Penal Law*, vol. 63, n° 3-4 et 3-4 bis, 1992.

LEVASSEUR G., « Les nullités de l'instruction préparatoire », in *La Chambre criminelle et sa jurisprudence. Recueil d'études en hommage à la mémoire de Maurice Patin*, Paris, Cujas, 1966, p. 474.

LEVASSEUR G., « Napoléon et l'élaboration des codes répressifs », in *Histoire du droit social*, Mélanges en hommage à Jean Imbert, Paris, PUF, 1989, p. 371 et s.

LEVI J., « La doctrine du légisme en Chine, à l'origine des théories du pouvoir fort », [https://www.clio.fr/BIBLIOTHEQUE/la\\_doctrine\\_du\\_legisme\\_en\\_chine\\_a\\_lorigine\\_d\\_es\\_theories\\_du\\_pouvoir\\_fort.asp](https://www.clio.fr/BIBLIOTHEQUE/la_doctrine_du_legisme_en_chine_a_lorigine_d_es_theories_du_pouvoir_fort.asp), consulté le 25 juillet 2018.

LÉVY J.-P., « Cicéron et la preuve judiciaire », in *Mélanges Henri Lévy-Bruhl*, p. 187-197.

LÉVY J.-P., « L'évolution de la preuve des origines à nos jours », *Travaux de la société Jean Bodin*, 1963-1965.

MAISTRE DU CHAMBON P., « La régularité des provocations policières : l'évolution de la jurisprudence », *JCP G* 1989, I, 3422 et s.

- MAISTRE DU CHAMBON P., « Les nullités substantielles ont-elles leur place dans l'instruction préparatoire ? », *J. C. P.*, I, 1170.
- MALHIÈRE F., « La constitutionnalisation du droit au silence dans le cadre d'une procédure pénale », in *La Gazette du Palais*, n°11, 2017, p.32 et s.
- MANACORDA S., « Droit pénal sous Lisbonne : vers un meilleur équilibre entre liberté, sécurité et justice », in *RSC* 2010, p. 945.
- MARIE-LAURE I., « Propositions méthodologiques pour la comparaison », in *Revue internationale de droit comparé*, vol. 53, n°2, avril-juin 2001. pp. 289-325.
- MARON A. et HAAS M., *La garde à vue n'est pas une garde à ouïe*, note ss Cass. ass. plén., 6 mars 2015, n° 14-84.339 : *JurisData* n° 2015-004033.
- MARQUETTY H., Picquet M., « Le droit au silence de la personne soupçonnée se fait enfin entendre ! », in *Droit pénal* n°7, 2017, p.6-8.
- MATSOPOULOU H., « L'admission avec réserves du principe de la loyauté des preuves en matière pénale », in *Les nouveaux Problèmes actuels de sciences criminelles*, PUAM, VII/XXVII, 2016.
- MATSOPOULOU H., « Les évolutions récentes de la preuve en matière pénale », *Mélanges Pradel*, Cujas 2006, p.419 et s.
- MATSOPOULOU H., « Un revirement jurisprudentiel favorable à l'admission des nullités », *JCP* 2007. II. 10081.
- MATSOPOULOU H., « Une réforme inachevée. À propos de la loi du 14 avril 2011 », *JCP* 2011. 542.
- MAYER D., « L'apport du droit constitutionnel au droit pénal en France », *RSC* 1988, p.439 et s.
- MERLE R., *La garde à vue* : *Gaz. Pal.* 1969, 2<sup>e</sup> semestre, p. 17 à 19.
- MIRKINE-GUETZÉVITCH B., « L'exécutif dans le régime parlementaire », *RPP*, 1931, p. 158 et s.
- MOLFESSIS N., « La procédure civile et le droit constitutionnel », in *Les vingt ans du nouveau Code de procédure civile*, La Documentation française, p. 245 et s.
- MOLINA E., « Réflexion critique sur l'évolution paradoxale de la liberté de la preuve des infractions en droit français contemporain », *RSC* 2002, p. 263 et s.
- MOULLOT P., « 80% des lois françaises émanent-elles vraiment de l'UE ? », in *Libération*, 25 octobre 2017.
- OLLARD R., « Quel statut pour le suspect au cours de l'enquête pénale ? », *JCP* 2014. 912.
- PADOVA Y. et MOREL C., « Droit des fichiers, Droits des personnes », *Gaz. Pal.*, 9 janv. 2004, p. 29 et s.

- PARARIN J., « Le particularisme de la théorie des preuves en droit pénal », in *Quelques aspects de l'autonomie du droit pénal, Étude de droit criminel* (sous la direction et avec une préface de G. Stefani), Dalloz, 1956.
- PEILIN L., « La modernisation orientale et l'expérience chinoise », in *Inventer les sciences sociales post-occidentales*, 2015, n° 5, p. 25-44.
- PELLÉ S., « Garde à vue et audition libre : acte final ? », in *Recueil Dalloz* 2017 p.359 et s.
- PELLÉ S., « La garde à vue : la réforme de la réforme (acte I). À propos de la loi n° 2014-535 du 27 mai 2014 », *D.* 2014. 1508.
- PERRIER J.-B., « Les garanties de la procédure pénale dans la loi du 3 juin 2016 : entre illusion(s) et désillusion(s) », *D.* 2016. 2134.
- PICKERING M., « Le positivisme philosophique : Auguste Comte », in *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2011, n° 2, p. 49-67.
- PICOD F., « Le Traité de Lisbonne : une nouvelle chance pour l'Europe », in *JCP* 2009, n° 52, p. 13 s.
- PINON S., « Boris Mirkine-Guetzévitch et la diffusion du droit constitutionnel », *Droits*, n° 46, 2007, p. 206 et 211.
- PINON S., « Le positivisme sociologique : l'itinéraire de Léon Duguit », in *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2011, n° 2, p. 69-93.
- PRADEL J., « Invocation par un mis en examen d'une nullité concernant un tiers », *D.* 2007. Pan. 973.
- PRADEL J., « L'enquête pénale aujourd'hui. Vers une stabilisation dans l'équilibre ? », *D.* 2014. 1647.
- PRADEL J., « L'enquête pénale aujourd'hui. Vers une stabilisation dans l'équilibre », in *Recueil Dalloz* 2014 p.1647.
- PRADEL J., « Le jury en France : une histoire jamais terminée », in *Le jury dans le procès pénal au XXI<sup>e</sup> siècle*, Conférence internationale, Syracuse, Italie, 26-29 mai 1999, RIDP, 1<sup>e</sup> et 2<sup>e</sup> trimestres 2001, p. 175 et s.
- PRADEL J., « Les droits de la personne suspecte ou poursuivie depuis la loi du 24 août 1993 modifiant celle du 4 janvier 1993 », *D.* 1993, chron. p. 306.
- PRADEL J., « Un regard perplexe sur la nouvelle garde à vue. À propos de la loi du 14 avril 2011 », *JCP* 2011. 665.
- RASCHE E., « Avocats : des écoutes téléphoniques incidents qui font grand bruit », in *Recueil Dalloz*, 2016.
- RASSAT M.-L., « À remettre sur le métier. Des insuffisances de la réforme de la garde

à vue », *JCP* 2011. 632.

RASSAT, « Premiers regards sur la réforme du code de procédure pénale », in *La vie judiciaire* du 4 au 10 janvier 1993, p. 7 et s.

RIBEYRE C., « Loi n° 2016-731 renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale - Et maintenant ? », in *Dr. pénal* 2016. Étude 17.

RIBEYRE C., « Loi portant adaptation de la procédure pénale au droit de l'Union européenne : tout ça pour ça ? », in *Droit pénal* 2015, étude n° 21.

ROBERT J-M., « Nullités de procédure pénale et bonne administration de la justice », *D.* 1971, p. 15 et s.

ROBERT J., « Les lois du 11 juillet et du 6 août 1975 en matière pénale », in *J.C.P.* 1975, I, 2729, n°133-134.

ROUJOU DE BOUBÉE G., « La réforme de la garde à vue (commentaire de la loi n° 2011-392 du 14 avril 2011) », *D.* 2011. 1570.

ROUSSEL G., « La perquisition : de la recherche de preuves à la recherche d'unité », *AJ Pénal* 2016, p.236 et s.

SAID N. A., « La technique de la codification en matière de droit privé en Egypte », in *R.I.D.C.* 1956, p. 371-375.

SAINT-PAU J.-C., « L'interprétation des lois : Beccaria et la jurisprudence moderne », in *RSC* 2015.

SCHWENDENER M., « Les principaux fichiers de la police », in *AJ Pénal* 2003. 21 et s.

SPENCER J. R., « Les limites en matière de preuve : aspects actuels », *RSC* 1992, p. 42 et s.

STRICKLER Y., « La loyauté processuelle, in Principes de justice », *Mélanges en l'honneur de Jean-François Burgelin*, Dalloz, 2008, p. 355.

TAUPIAC-NOUVEL G. et BOTTON A., « La réforme du droit à l'information en procédure pénale », *JCP* 2014. 802.

TOUILLIER M., « Le statut du suspect à l'ère de l'eupéanisation de la procédure : entre « petite » et « grande » révolutions », in *RSC* 2015, P. 127 et s.

Tunc. A. « La technique législative du projet de Code de commerce des États-Unis », in *D.* 1952, chr. p.9-12.

VALLINDAS P. G., « Considération de science législative sur la codification, spécialement en droit privé », in *R.I.D.C.* 1956, p. 22-28.

VANWELKENHUYZEN A., « Les droits de la défense et l'évolution du procès pénal », *RD*

*pén.* 1959, p. 834 et s.

VERGÈS E., « Eléments pour un renouvellement de la théorie de la preuve en droit privé », in *Mélanges J.-H Robert*, Lexisnexis 2012, p. 853 et s.

VERGÈS E., « La procédure pénale à son point d'équilibre », *RSC* 2016, p.551 et s.

VERGÈS E., « Le statut juridique du suspect : un premier défi pour la transposition du droit de l'Union européenne en procédure pénale », *Dr. pénal* 2014., Étude 15.

VERGÈS E., « Loyauté et licéité, deux apports majeurs à la théorie de la preuve pénale », *Recueil Dalloz* 2014, p. 407.

VERGÈS E., « Politique pénale et action publique : la difficile conciliation du modèle français de ministère public et des standards européens », *RSC* 2013. 605.

VERGÈS E., « Provocation policière, loyauté de la preuve et étendue de la nullité procédurale », in *AJ Pénal* 2006, p. 354.

VIANDIER A., La crise de la technique législative, in *Droit. Revue française de théorie juridique*, 1986, 4, p. 80 et s.

VIRBRAC G., MARTRILLE L., « Le corps médico-légal : une nécessaire modification des pratiques de mises sous scellés », in *AJ Pénal*, 2017, p.275 et s.

WANG Wei, « La mise en œuvre d'un contrôle efficace de constitutionnalité en Chine », in *Revue française de droit constitutionnel* 2014/2, n° 98, p.413-444.

WEBER M., «Essai sur le sens de la « neutralité axiologique » dans les sciences sociologiques et économiques », 1917, in *Essais sur la théorie de la science*, 1922, trad. franç., Paris, Plon, 1965.

- **Sources en langue anglaise**

COHEN Jerome A., « A Looming Crisis for China's Legal System », *Foreign Policy*, 22 février 2016.

DAMASKA Mirjan R., « Of hearsay and its analogues », in *76 Minnesota L. Rev.*, 1992, p. 425-458.

ESER A., « The importance of comparative legal research for the development of criminal sciences », in *Law in Motion* (sous la dir. De R. Blanpain), The Hague, 1997, p. 502 et s.

LOTT John R., Jr., "The judicial confirmation process: The difficulty with being smart", in *Journal of empirical legal studies*, 2005/2, p. 443-444.

SACCO R., « Legal formants : a dynamic approach to comparative law », in *The American Journal of Comparative Law*, vol. 39, n° 1.

- **Sources en langue chinoise**

BIAN Jianlin (卞建林), « L'évolution nouvelle de la règle d'exclusion des preuves illégales en Chine » (“我国非法证据的新发展”), in *Revue des sciences criminelles* (《中国刑事法杂志》), 2017, n° 4.

BIAN Jianlin (卞建林), « Les problématiques concernant l'introduction de la règle d'exclusion des preuves illégales en Chine » (“我国非法证据排除的若干重要问题”), in *Journal de l'École Nationale de Procureur* (《国家检察官学院学报》), 2007, n° 1.

CHEN Guangzhong (陈光中) et ZHANG Xiaolin (张小玲), L'application de la règle d'exclusion des preuves illégales en Chine (“非法证据排除规则在我国的适用”), in *Politique et Droit* (《政治与法律》), 2005, n° 1.

CHEN Guangzhong (陈光中), « Commentaire sur la réglementation sur le renforcement d'exclusion de la preuve illégale dans les affaires pénales » (“对《严格排除非法证据规定》的几点个人理解”), in *Revue des sciences criminelles* (《中国刑事法杂志》), 2017, n° 8.

CHEN Guangzhong (陈光中), WANG Haiyan (汪海燕), « La recherche sur la défense d'un avocat au cours d'enquête » (“侦查阶段律师辩护问题研究”), in *Science juridique en Chine* (《中国法学》), 2010, n° 1, p.123-133.

CHEN Ruihua (陈瑞华), « Réflexion sur la réforme de la réaffectation des fonctions du personnel dans les tribunaux » (“法官员额制改革的理论反思”), in *Les juristes* (《法学家》) 2018, n° 3, p.4 et s.

CHEN Ruihua (陈瑞华), « La théorie sur la procédure de l'exclusion des preuves illégales » (“非法证据排除程序的理论展开”), in *Recherche du droit comparé* (《比较法研究》), 2018, n° 1.

CHEN Ruihua (陈瑞华), « Le nouveau système de la preuve légale autour de la règle sur la force probante de la preuve » (“以限制证据证明力为核心的新法定证据主义”), in *Recherche de Science Juridique* (《法学研究》) 2012, n° 6.

CHEN Ruihua (陈瑞华), « Théorie de l'exclusion des preuves illégales » (“非法证据排除的理论解读”), in *Science de la preuve* (《证据科学》), 2010, n° 5.

CHEN Ruihua (陈瑞华), La problématique de la règle d'exclusion des preuves illégales dans la procédure pénale (“刑诉中非法证据排除规则问题研究”), in *Science juridique* (《法学》), 2003, n° 6.

CHEN Weidong (陈卫东), « Les nouvelles opportunités du parquet sous le contexte la promulgation de la réglementation sur le renforcement d'exclusion de la preuve illégale dans les affaires pénales » (“《严格排除非法证据规定》下的检察发展新机遇”), in *Revue des sciences criminelles* (《中国刑事法杂志》), 2017, n° 8.

CHEN Weidong (陈卫东), « Les problématiques concernant l'application de la règle d'exclusion des preuves illégales à l'égard du parquet » (“人民检察院适用非法证据排除规则若干问题的思考”), in *Journal de l'Institut du Parquet National* (《国家检察官学报》), 2013, n° 1.

CHEN Yong sheng (陈永生), « Problèmes sur la détention et les solutions : étude centrée sur la réforme du système de la détention dans la Loi de Procédure Pénale en 2012 » (“逮捕的中国问题与制度应对——以 2012 年刑事诉讼法对逮捕制度的修改为中心”), in *Zheng Fa Lun Cong* (《政法论丛》), 2013, n° 4.

CHEN Yongsheng (陈永生), « La charge de la preuve dans la procédure d'exclusion des preuves illégales » (“非法证据排除规则的举证责任”), in *Science juridique contemporaine* (《现代法学》), 2001, n° 6.

CHEN Yongsheng (陈永生), « La normalisation de la perquisition et la saisie de données électroniques » (“电子数据搜查、扣押的法律规制”), in *Science juridique moderne* (《现代法学》), 2014, n° 5, p.111-127.

CUI Yong dong (崔永东), « La pensée de la prudence de l'application du droit pénal dans le livre intitulé Shen Xing Xian écrit par Qiu Jun pendant la dynastie de Ming » (“明代丘浚《慎刑宪》中的慎刑思想”), in *Revue des Sciences Criminelles de la Chine* (《中国刑事法杂志》), 2012, n° 4.

DAI Changlin (戴长林), « Les questions sur la séance d'avant-procès » (“庭前会议程序若干疑难问题”), in *Ren Ming Si Fa* (《人民司法》), 2013, n° 21.

DAI Fukang (戴福康), « Étude sur la qualité et la quantité des preuves pénales » (“对刑事诉讼证据质和量的探讨”), in *Recherche de Science Juridique* (《法学研究》) 1988, n° 4.

DONG Kaixing (董开星), « L'exclusion des preuves illégales et les stratégies de l'interrogatoire » (“非法证据排除与讯问策略”), in *Revue des sciences criminelles en Chine* (《中国刑事法杂志》), 2012, n° 10, p. 174-183.

FAN Chongyi (樊崇义), WU Guangsheng (吴光升) « La procédure de l'exclusion des

preuves illégales : l'interprétation du texte et la perspective » (“审前非法证据排除程序：文本解读与制度展望”), in *Revue des sciences criminelles en Chine* (《中国刑事法杂志》), 2012, n° 11.

FANG Lei (方雷), « Le système du jury aux yeux des jurés populaires » (“人民陪审员看陪审制度”), in *Journal de la cour populaire* (《人民法院报》), le 29 août 2007.

FENG Lin (丰霖), « Les objectifs et les stratégies de la réforme de la réaffectation des fonctions du personnel dans les tribunaux » (“法官员额制的改革目标与策略”), in *Sciences juridique contemporaines* 《当代法学》 2015, n° 5, p. 140-148.

FENG Lin (冯琳), « Rédaction des lois à la fin de l'Empire de Qing : le premier pas de la modernisation du droit chinois » (“清末修律——中国法律现代化的第一步”), in *Forum des jeunes chercheurs dans l'Institut d'Étude de l'histoire contemporaine de la Chine, l'Académie chinoise des sciences sociales* (《中国社会科学院近代史研究所青年学术论坛》), volume 2003, p. 77 à 104.

GAO Hongjun (高鸿钧), « La mondialisation du droit américain : les exemple typiques et la réflexion de la théorie de loi » (“美国法全球化：典型例证与法理反思”), in *Science juridique en Chine* (《中国法学》), 2011, n° 1.

GU Peidong (顾培东), « L'apparition et l'effet du phénomène dit la référence spontanée des affaires » (“判例自发性运用现象的生成与效应”), in *J Recherche de Science Juridique* (《法学研究》), 2018, n° 2, p. 83 et s.

GUO Xu (郭旭), « L'évolution et la perspective de la règle d'exclusion des preuves illégales » (“我国非法证据排除规则的发展与隐忧”), in *Science de la preuve* (《证据科学》), 2017, n° 6.

HAO Chiyong (郝赤勇), LI Wensheng (李文胜), L'idée sur la règle d'exclusion des preuves illégales (“关于非法证据排除规则的思考”), in *Forum du droit de la preuve* (《证据法学论坛》), vol.3, Presse de Parquet de la Chine (中国检察出版社), 2001, p. 205 et s.

HE Jiahong (何家弘), « L'amélioration de la jurisprudence est nécessaire pour la construction de l'État de droit » (“完善司法判例制度是法治国家建设的需要”), in *État de droit et développement de la société* (《法制与社会发展》), 2015, n° 1, p. 20-30.

HE Jiahong (何家弘), « La nécessité de la jurisprudence pour l'application des règles d'exclusion des preuves illégales » (“适用非法证据排除规则需要司法判例”), in

*Juriste* (《法学家》), 2013, n° 2, p. 106-118.

HE Jiahong (何家弘), « La reconnaissance du système de la preuve légale et la normativité du critère de l'admissibilité de la preuve » (“对法定证据制度的再认识与证据采信标准的规范化”), in *Science juridique en Chine* (《中国法学》), 2005, n° 3.

HE Weifang (贺卫方), « Les militaires d'active rendu à la vie civile entrent dans les tribunaux » (“复转军人进法院”), in *Journal Nan Fang Zhou Mo* (《南方周末》), le 2 janvier 1998.

JI Po min (纪坡民), « Abrogation des Six Lois » (“六法全书废除前后”), in *Nan Fang Zhou Mo* (《南方周末》), le 20 mars 2003.

JIAN Guangzhou (简光洲), « le parquet a rédigé les dossiers et m'a forcé à signer » (“检察官亲笔拟好交代材料逼我签字”), *Journal du matin de l'est* (《东方早报》), 26 octobre 2011.

« La décision sur l'approfondissement de la réforme de la part du Parti communiste » (《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》), adoptée par le Congrès XVIII du Parti communiste.

« Le rapport sur le jury populaire présenté par la Cour suprême au Comité permanent de l'APN » (《最高法向全国人大常委会报告人民陪审员工作情况》), in *Journal populaire* (《人民日报》), le 23 octobre 2013, n° 8.

LAN Yuejun (兰跃军), « Commentaire sur les contestations de la révision de la partie générale de la Loi de Procédure Pénale 2012 » (“2012 年刑事诉讼法总则部分修改若干争议问题述评”), in *Commentaire sur la loi de l'Université de Shanghai* (上大法律评论), 2014, n°1, p.77.

LI Jianming (李建明), « L'encadrement et la surveillance des mesures coercitives d'enquête » (“强制性侦查措施的法律规制与法律监督”), in *Recherche de Science Juridique* (《法学研究》) 2011, n° 4.

LI Qian (李倩), « Étude sur la théorie de beweisverbote » (“德国刑事证据禁止理论问题研究”), in *Droit chinois et étranger* (《中外法学》), 2008, n° 1.

LI Qian (李倩), « Étude sur les catégories de Beweisverbote dans la procédure pénale allemande » (“德国刑事诉讼法证据禁止制度类型分析”), in *Revue des sciences criminelles de la Chine* (《中国刑事法杂志》), 2010, n° 1.

LI Wei hua (黎伟华), « Les obstacles de l'application de la nouvelle loi de l'avocat »

(“新《律师法》实施的几道坎”), in *Démocratie et État de droit*, 2008, n° 11.

LI Weihua (黎伟华), « Les obstacles d'application de loi des avocats » (“新律师法实施的几道坎”), in *La démocratie et l'état de droit* (《民主与法制》), 2008, n° 11, p.17-20.

LI Xunhu (李训虎), « L'observation de la règle sur la force probante de la preuve » (“证明力规则检讨”), in *Recherche de Science Juridique* (《法学研究》) 2010, n° 2.

LI Yan feng (李岩峰), LUO Hui hua (骆惠华), « L'enquête sur la réforme du fonctionnement du pouvoir judiciaire au sein de la Cour intermédiaire de Hu Lu Dao de Liao Ning » (“辽宁葫芦岛中院审判权运行机制改革调查”), *Journal de la cour populaire* (《人民法院报》), le 11 août 2014.

LI Yong (李勇), WANG Biao (王彪), « Les preuves rapportées par les accusés, sont-elles encadrées par la règle d'exclusion des preuves illégales ? » (“辩方证据是否适用非法证据排除规则”), *Journal de Parquet* (《检察日报》), 30 décembre 2015.

LIU Mei (刘玫), ZHANG Jianying (张建英), « La recherche sur les conditions de la perquisition – étude comparée entre la Chine continentale et le Taiwan » (“我国大陆与台湾地区搜查要件之分析研究——比较法视野的考量”), in *Recherche de droit comparé* (《比较法研究》), 2006, n° 5, p.78-86.

LIU Wujun (刘武俊), « L'observation de nouveau sur la tolérance à l'égard de l'honnêteté et la sévérité à l'égard de celui qui résiste » (“重新审视和反思‘坦白从宽、抗拒从严’”), in *Journal Pékin* (《北京日报》) 2010.

LONG Zongzhi (龙宗智), « La construction du droit de la preuve et son théorie » (“大证据学的建构及其学理”), in *Recherche de Science Juridique* (《法学研究》) 2006, n° 5.

LONG Zongzhi (龙宗智), « La voie et la méthode du renforcement de l'efficacité de l'audience » (“庭审实质化的路径和方法”), in *Recherche de Science Juridique* (《法学研究》) 2015, n° 5.

LONG Zongzhi (龙宗智), « Le critère de souffrance et les problèmes concernés pour l'exclusion les aveux illégaux » (“我国非法口供排除的痛苦规则及相关问题”), in *Forum politique et juridique* (《政法论坛》), 2013, n° 5, p. 16-24.

LONG Zongzhi (龙宗智), « Les menaces, les provocations et les tromperies, sont-elles

illégales » (“威胁、引诱、欺骗的审讯是否违法”), in *Revue de Science Juridique* (《法学》) 2000, n° 3.

MA Xiaohong (马小红), « Identification le rapport entre les rites et les lois dans le système du droit chinois » (中华法系中“礼”“律”关系之辨正), in *Recherche de Science Juridique* (《法学研究》), 2014, n° 1.

MAO Lixing (毛立新), « neuf inconvénients de la Réglementation sur le renforcement d'exclusion de la preuve illégale dans les affaires pénale » (“《严格排除非法证据规定》的九大缺憾”), v. [http://blog.sina.com.cn/s/blog\\_775e947f0102woqe.html](http://blog.sina.com.cn/s/blog_775e947f0102woqe.html), consulté le 30 novembre 2018.

MIN Chunlei (闵春雷), « Étude sur l'application de la règle d'exclusion des preuves illégales » (“非法证据排除规则适用问题研究”), in *Journal de l'Université de Ji Lin* (《吉林大学学报》), 2014, n° 2.

MO Xiangyi (莫湘益), « Séance d'avant-procès : une étude en théorie et en pratique » (“庭前会议：从法理到实证的考察”), in *Recherche des sciences juridiques* (《法学研究》), 2014, n° 3.

MOU Jun (牟军), ZHANG Qing (张青) « La critique sur le modèle de la législation du procédure pénale et son technique législative » (“刑事诉讼的立法模式与立法技术批判”), in *État de droit et développement de la société* (《法制与社会发展》), 2012, n° 6, p. 20-30.

SONG Shijie (宋世杰) et CHEN Guo (陈果), « Étude sur la règle d'exclusion des preuves illégales » (“论非法证据排除规则”), in *Forum du droit de la preuve* (《证据法论坛》), 2001, vol.3.

SONG Yinghui et WANG Zhenhui (宋英辉、王贞会), « La règle d'exclusion des preuves illégales et son application en Chine » (“我国非法证据排除规则及其适用”), in *Revue de Science Juridique* (《法学杂志》), 2010, n° 7.

SU Li (苏力), « La parti politique au sein de la justice chinoise » (“中国司法中的政党”), in *La loi et science sociologie* (《法律和社会科学》), vol. 1, Presse de la loi (法律出版社), 2006.

SUN Changyong (孙长永) et YAN Zhaohua (闫召华), « La règle d'exclusion des preuves illégales au niveau de la Cour EDH » (“欧洲人权法院视野中的非法证据排除制度”), in *Commentaire sur la loi cosmopolite* (《环球法律评论》), 2011, n° 2.

SUN Jibin (孙继斌), « Conflit entre la loi de l'avocat et la Loi de Procédure Pénale » (“律师法与刑事诉讼法冲突 人大法工委：按照律师法”), in *Journal de Fa Zhi* (《法制日报》), le 17 août 2008.

SUN Xiaojuan (孙小娟), « laisser les débats d'audience et vérifier premièrement de preuves » (“放下庭审辩论先查证据‘出身’”), *Journal du matin de Nan Guo* (《南国早报》), 9 juillet 2010.

SUN Yuan (孙远), « L'interprétation essentielle de disposition concernant le principe contre l'auto-incrimination » (“不强迫自证其罪条款之实质解释论纲”), in *Forum politique et juridique* (《政法论坛》), 2016, n° 2, p.59-69.

WAN Yi (万毅), « Commentaire sur la Réglementation sur le renforcement d'exclusion de la preuve illégale dans les affaires pénale » (“何为非法如何排除？——评《关于办理刑事案件严格排除非法证据若干问题的规定》”), in *Revue des sciences criminelles* (《中国刑事法杂志》), 2017, n° 8.

WAN Yi (万毅), « Essai d'interprétation et l'application de disposition concernant le principe contre l'auto-incrimination » (论‘不强迫自证其罪’条款的解释与适用”), in *Forum de science juridique* (《法学论坛》), 2012, n° 3, p.31-37.

WAN Yi (万毅), « Étude sur la preuve défectueuse » (《论瑕疵证据》), in *Recherche du droit et de la commerce* (《法商研究》), 2011, n° 5.

WAN Yi (万毅), « L'interprétation et l'affirmation de la torture et l'extorsion des aveux » (“论刑讯逼供的解释与认定”), in *Science juridique moderne* (《现代法学》), 2011, n° 5, p. 174-183.

WANG Chao (王超), « La faiblesse et la réforme des règles de l'exclusion des preuves illégales » (“非法证据排除规则的虚置化隐忧与优化改革”), in *Revue de science juridique* (《法学杂志》), 2013, n°12.

WANG Dong (王东), « Règlementation juridique de l'investigation technique » (“技术侦查的法律规制”), in *Science juridique en Chine* (《中国法学》), 2014, n° 5, p.273-283.

WANG Haiyan (汪海燕), « Le contexte et la théorie de la règle d'exclusion des preuves illégales » (“制约非法证据效力的背景与理论”), in *Politique et Droit* (《政治与法律》), 2001, n° 8.

WANG Jiancheng (汪建成), « Le contexte et la théorie de la règle d'exclusion des preuves illégales » (“制约非法证据效力的背景与理论”), in *Politique et Droit* (《政治与法律》), 2006, n° 8.

WANG Lina (王丽娜), « Lecture détaillée sur l'amendement de loi de procédure pénale : les autorités juridiques sont contre le droit du silence reconnu par la loi » (“详解刑诉法大修:公检法均反对沉默权入法”), in *Journal Jin Hua* (《京华时报》), 19 septembre 2011.

WANG Xiuzhe (王秀哲), « Les obstacles et les propositions de réforme sur le déclenchement du contrôle de constitutionnalité par les citoyens » (“公民启动违宪审查的法律困境与制度完善”), in *Revue de Science Juridique du Nord* (《北方法学》), 2010, n°1, p.29.

WANG Yingjie (王英杰), « La distinction entre la preuve défectueuse et la preuve illégales » (“瑕疵证据与非法证据之间的区别”), in *Journal du ministère public* (《检察日报》), 2014.

WEI Shengqiang (魏胜强), « Rectification le mot « jurisprudence » - pensée sur la construction du régime de la jurisprudence en Chine » (“为判例制度正名——关于构建我国判例制度的思考”), in *Science Juridique* (《法律科学》), 2011, n° 3, p. 182-192.

WU Hongqi (吴洪淇), « L'interprétation de preuves en propos : la structure d'intérêts et la controverse de termes » (“非法言词证据的解释：利益格局与语词之争”), in *Juriste* (《法学家》), 2016, n° 3, p. 67-79.

WU Hongyao (吴宏耀), « Le régime et l'effet de la règle d'exclusion de la preuve illégale » (“非法证据排除的规则与实效——兼论我国非法证据排除规则的完善进路”), in *Droit contemporain* (《现代法学》), 2014, n° 4.

XIE Xiaojian (谢小剑), « Étude sur la règle d'exclusion des aveux répétés » (“重复供述的排除规则研究”), in *Forum du droit* (《法学论坛》), 2012, n° 1.

XU Henan (徐鹤喃), « Essai sur l'exclusion des éléments des preuves pénales obtenues de façon illégale » (“论非法取得的刑事证据材料的排除”), in *Forum politique et juridique* (《政法论坛》), 1996, n° 3.

XU Lei (徐磊), « L'observation théorique de la perquisition en Chine sous l'angle de droit comparé » (“比较法视野下我国搜查措施之理论反思”), in *Revue de Université de nord-ouest* (《西北大学学报》), 2014, n° 1, p.75-84.

YAN Jian yi (严剑漪), « La réforme de la réaffectation des fonctions du personnel dans les tribunaux : une guerre pour garder leur propre fromage » ( “员额制改革: 一场动自己 ‘奶酪’ 的硬仗”), *Journal de la cour populaire* (《人民法院报》), le 14 novembre 2016.

YAN Zhao hua (闫召华), « Étude sur la difficulté d'exclusion des preuves illégales » (“非法证据排除难研究”), in *Fa Zhi yu She Hui Fa Zhan*(《法制与社会发展》), 2014, n° 2.

YAN Zhaohua (闫召华), « Étude sur l'exclusion des aveux répétés » (“重复供述排除问题研究”), in *Droit contemporain* (《现代法学》), 2013, n° 3.

YANG Yuguan (杨宇冠), « Étude sur la règle d'exclusion des preuves illégales et son confirmation en Chine » (“非法证据排除规则及其在中国确立问题研究”), in *Recherche de droit comparé* (《比较法研究》), 2010, n° 3.

YE Qing (叶青), « Les problématiques sur la règle d'exclusion des preuves illégales » (“非法证据排除规则的问题”), in *Politique et Droit* (《政治与法律》), 2011, n° 6.

ZHANG Jiajun (张嘉军), « Le système du jury populaire : analyse empirique et rétablissement du système » (“人民陪审员制度: 实证分析与制度重构”), in *Juriste* (《法学家》), 2015, n° 6.

ZHANG Jianwei (张建伟), « La valeur attendue et l'analyse de la règle d'exclusion des preuves illégales » (“排除非法证据的价值预期与制度分析”), in *Revue des sciences criminelles* (《中国刑事法杂志》), 2017, n° 8.

ZHANG Jianwei (张建伟), « Les causes de l'obstacle d'exclusion des preuves illégales » (“非法证据缘何难以排除”), in *Science juridique de Qinhua* (《清华法学》), 2012, n° 3.

ZHEN Zhen (甄贞) et SHEN Wenkuan (申文宽), « L'application de la charge de la preuve et ses mesures d'assurance » (“非法证据证明责任的履行与保障措施”), in *Journal du Parquet Populaire* (《人民检察》), 2013, n° 2.

ZHENG Yongnian (郑永年), « Le dix-neuvième congrès national du PCC et le régime du yi dang ling zheng » (“十九大与‘以党领政’体制的形成”), in *Lian He Zao Bao* (《联合早报》), le 3 octobre 2017.

ZHOU Qiang (周强), « Rapport de la Cour suprême populaire sur l'approfondissement de la réforme de la justice » (“最高人民法院关于人民法院全面深化司法改革情况

的报告”), in *Journal de la Cour populaire* (《人民法院报》), le 9 novembre 2017.

ZHOU Yuguo (周玉国), « Le problème saillante sur la fuite des jurés populaires dans certaines zones » (“一些地方人民陪审员流失问题突出”), in *Journal de la cour populaire* (《人民法院报》), le 20 juin 2007.

ZHU Xiaoqing (朱孝清), « Recherche de problèmes concernant l’application de loi de procédure pénale » (“刑事诉讼法实施中的若干问题研究”), in *Science juridique en Chine* (《中国法学》), 2014, n° 3, p. 258-259.

ZHU Xiaoqing (朱孝清), « Renforcement et développement du système du parquet après la réforme de la Commission nationale de la surveillance » (“国家监察体制改革后检察制度的巩固与发展”), in *Recherche Juridique* (《法学研究》), 2018, n° 4, p. 3-19.

ZUO Weimin (左卫民), ZHAO Kainian (赵开年), « L’étude et la réflexion du système du contrôle des actes d’enquête » (“侦查监督制度的考察与反思”), in *Science Juridique Moderne* (《现代法学》), 2006, n° 6, p. 146-157.

## V. Jurisprudence et notes de jurisprudence

### Sources en langue française

#### **Conseil constitutionnel**

Cons. const. 2 déc. 1976, Rec. 39.

Cons. const. 18 janv. 1985, n° 85-182 DC, Rec. 27.

Cons. const. 19-20 janv. 1981, n° 80-127 DC, JCP 1981. II, note Franck.

Cons. const. 28 juill. 1989, n° 89-260 DC, Rec. 71.

Cons. const. 29 déc. 1989, n° 89-268 DC, Rec. 110.

Cons. const. 13 août 1993, Rec. 224.

Cons. const. 2 févr. 1995, n° 95-360 DC, J. Pradel, D. 1995. Chron. 171 ; T. Renoux, RFDC 1995. 405.

Cons. const. déc. n° 96-377 DC, 16 juill. 1996.

Cons. const. 23 juill. 1999, n° 99-416 DC.

Cons. const. déc. n° 2004-492 DC du 2 mars 2004.

Cons. const., 16 sept. 2010, n° 2010-25 QPC.

Cons. const. 17 déc. 2010, n° 2010-62, QPC

Cons. Const. 18 nov. 2011, 2011-191/194/195/196/197 QPC.

Cons. const. 18 juin 2012, 2012-257 QPC.

Cons. const., 29 nov. 2013, n° 2013-357 QPC, consid. 55, D. 2013. 2777 ; AJ pénal 2014. 84, obs. G. Roussel ; JO 16 sept. 2010, p. 16847.

Cons. const. 4 novembre 2016, n° 2016-594-QPC.

### **Cour de cassation – Chambre réunies / Assemblée plénière**

Cass., ch. réunies., 31 janv. 1888 : S. 1889, 1, p. 241.

Ass. plén. 30 juin 1995, *JCP* 1995. II. 22478, concl. M. Jéol ; *D.* 1995. 573, note R. Drago.

Cass., ass. plén., 6 mars 2015, n° 14-84.339, *Bull. ass. plén.*, n° 2 ; *D.* 2015. 711, obs. S. Fucini, note J. Pradel ; *ibid.* 1738, obs. J. Pradel ; *AJ pénal* 2015. 362, note C. Girault ; *RSC* 2015. 117, obs. P.-J. Delage ; *ibid.* 971, chron. J.-F. Renucci.

### **Cour de cassation – Chambre criminelle**

Crim. 27 nov. 1828, *Bull. crim.* n° 311.

Crim. 12 févr. 1835, *Bull. crim.* n° 54, S. 1835. 1. 459.

Crim. 7 juill. 1851, *Bull. crim.* n° 327.

Crim. 1<sup>er</sup> juin 1883, *Bull. crim.* n° 133.

Crim. 12 mars 1886, *Bull. crim.* n° 106, *D.* 1886, I, 345.

Crim., 4 févr. 1898, *Journal des parquets* 1898. 2. 34, *Bull. Crim.*, n° 43.

Crim. 14 avril 1899, *Bull. crim.* n° 81, S. 1901, 1, 153, note Roux.

Crim. 28 juillet 1899, S. et P. 1902. 1. 60.

Crim. 8 déc. 1899, *D.P.* 1900. I. 31.

Crim. 17 nov. 1900, *Bull. crim.* n° 340.

Crim. 29 nov. 1900, *Bull. crim.* n° 352, S. 1903, 1, 492.

Crim. 17 oct. 1901, *Bull. Crim.*, n° 255.

Crim. 3 avril 1903, S. et P. 1905. I. 541.

Crim. 11 août 1904, *Bull. crim.* n°384.

Crim. 22 juin 1905, S. et P. 1908. 1. 205, *Bull. crim.* n° 302, *D.* 1909. 1. 431.

Crim. 2 fév. 1907, *Bull. Crim.*, n° 62.

Crim. 12 mars 1909, *Bull. crim.* n° 160.

Crim. 24 déc. 1909, *Bull. crim.* n° 631.  
Cass. crim. 9 déc. 1910, *Bull. crim.* n° 619.  
Crim. 22 déc. 1910, *Bull. crim.* n° 660 ; Paris 11 oct. 1912, D.P.1913.5.4.  
Crim. 4 janv. 1913, *Bull. crim.* n° 9.  
Crim. 29 janv. 1914, *Bull. crim.* n° 59.  
Crim. 31 janv. 1914, S. 1916, 1, p. 59.  
Crim. 25 janvier 1917, *D.* 1918, 1, 97, note Leloir.  
Crim. 3 févr. 1922, *Bull. crim.* n° 54.  
Crim. 24 juin 1922, *D.P.* 1924. 1. 58.  
Crim. 6 janv. 1923, *Bull. crim.* n° 7, D.P.1924, I, 175.  
Crim. 10 févr. 1923, *Bull. crim.* n° 62.  
Crim. 12 mai 1923, *Bull. crim.* n° 212.  
Crim. 30 avr. 1925, *Bull. crim.* n° 138.  
Crim. 30 déc. 1927, *Bull. crim.* n° 337.  
Crim., 11 septembre 1933, B. 191 ; 5 août 1952, B. 224.  
Crim. 4 janvier 1934, *D.P.* 1934. 1. 121.  
Crim., 23 février 1934, B. 42.  
Crim. 31 oct. 1935, *Bull. crim.* n° 119.  
Crim. 27 déc. 1935, *D.P.*, 1936. 1. 20, note Mimin.  
Crim., 27 décembre 1935, B. 148 ; 2 janvier 1936, B. 3 ; 17 février 1942, B. 75 ; 11 juin 1949, B. 210.  
Crim. 11 juin 1949, *D.* 1949. 517.  
Crim. 8 mars 1951, *J.C.P.* 1951, II, 6327, note Brouchet.  
Cass. crim., 12 juin 1952 : S. 1954, 1, p. 69, note A. Legal.  
Crim. 4 déc. 1952, B. n° 290.  
Crim. 22 janv. 1953, *J.C.P.* 1953, éd. G, II, 7456.  
Crim., 22 juillet 1954, B. 270, arrêt Dominici rendu sur le rapport de M. Patin.  
Crim. 6 juill. 1955, B. n° 339.  
Crim., 18 janvier 1956, B. 70.  
Crim., 12 février 1957, B. 137.  
Crim., 4 juin 1957, B. 483.

Crim. 5 juin 1958, Bull. crim. n° 440.

Cass. crim. 26 juin 1958, Bull. crim. n° 506, *RSC* 1959, p. 145, obs. M. Patin.

Crim. 21 janvier 1960, Bull. crim. n° 38.

Crim. 27 déc. 1960, Bull. crim. n° 624.

Crim. 14 avril 1961, Bull. crim. n° 199.

Crim. 24 juillet 1961, Bull. crim. n° 353.

Crim. 3 mars, 24 nov. 27 déc. 1961, *D.* 1961, 170.

Crim. 14 déc. 1961, Bull. crim. n° 528.

Crim. 1<sup>er</sup> février. 1962, Bull. crim. n° 75.

Crim. 16 mai 1962, *J.C.P.* 62, II, 12808, note Chambon.

Crim. 5 avril 1965, Bull. crim. n° 110.

Crim. 27 oct. 1965, Bull. crim. n° 214.

Crim. 3 novembre 1965, *D.* 1966, p. 86.

Crim. 11 janv. 1967, Bull. crim. n° 22.

Crim. 27 juin 1967, Bull. crim. n° 192.

Crim., 2 mai 1968, *Bull. crim.* n° 136.

Crim. 10 déc. 1968, *Bull. crim.*, n° 333.

Crim. 4 juin 1969, Bull. crim. n° 186, *J.C.P.* 1970, éd. G., II, 16187, note Chambon.

Crim., 2 mars 1971, Bull. crim., n° 71.

Crim. 23 avr. 1971, *B.* n° 115.

Crim. 24 mai 1971, Bull. crim. n° 168.

Crim. 13 juillet 1971, Bull. crim. n° 230.

Crim., 16 mars 1972, Bull. crim., n° 108.

Crim. 13 juin 1972, Bull. crim. n° 197.

Crim. 20 déc. 1972, *B.* n° 395.

Crim. 15 mai 1973, Bull. crim. n° 221.

Crim. 8 mai 1974, Bull. crim. n° 167, *R.S.C.* 1975, p. 162, obs. J. Robert.

Crim. 16 mai 1974, Bull. crim. n° 181, *J.C.P.* 1975, éd. G, II, 18190, note Mayer-Jack.

Crim. 11 février 1975, Bull. crim. n° 45.

Crim. 24 avril 1975, Bull. crim. n° 107.

Crim. 18 mars 1976, Bull. crim. n° 101.

Crim. 14 oct. 1976, Bull. crim. n° 291, D. 1976, I.R., p. 292.

Crim. 2 févr. 1977, B. n° 42.

Crim. 23 janv. 1979, B. n° 29.

Crim. 24 janv., 3 avril et 26 juin 1979, *Bull. crim.* n° 39, 135 et 230.

Crim., 2 octobre 1979, Bull. crim., n° 266.

Crim. 8 nov. 1979, B.C., n° 311, J.C.P., 1980.II.19337, note Davia.

Crim. 21 janv. 1980, *Bull. crim.*, n° 288.

Crim., 9 octobre 1980, Tournet, D.1981.332 et la note ; JCP 1982. I . 19578, note G. Di Marino.

Crim. 31 mars 1981, B. n° 110.

Crim. 15 juin 1982, B. n° 161.

Crim. 13 oct. 1982, B. n° 218, RSC 1983, p. 670.

Crim. 22 mars 1983, B. n° 87.

Crim. 7 juin 1983, B. n° 1984 ; 8 août 1985, D. 1986.I.R.303, note Pradel.

Crim. 27 juin 1983, Bull. crim. n° 237.

Crim. 20 nov. 1984, B.C., n° 355.

Crim. 11 déc. 1984, Bull. crim. n° 396, J.C.P. 1986, éd. G, II, 20626, note Chambon.

Crim., 2 juin 1986, Bull. crim., n° 187, JCP G, 1987, II, 20752.

Crim. 26 sept. 1986, B. n° 259.

Crim. 4 nov. 1986, Bull. crim. n° 326, J.C.P. 1987. IV. 18, Gaz. Pal. 1987, 1, Somm, 197, 2<sup>ème</sup> arrêt.

Crim. 28 avr. 1987, B. n° 173.

Crim. 24 juin 1987, n° 87-82.333, Bull. crim. n° 267.

Crim. 12 janv. 1988, B. n° 11.

Crim. 22 nov. 1988, Bull. crim. n° 395, D. 1990, p. 17, note P. Chambon.

Crim. 13 juin 1989, Bull. crim. n° 254.

Crim. 29 juin 1989, Bull. crim. n° 261.

Crim. 26 sept. 1990, n° 89-86.600, Bull. crim. n° 321.

Crim. 2 oct. 1990, B. n° 237.

Crim. 12 février 1991, Bull. crim. n° 68.

Crim. 15 avril 1991, J.C.P. 1992, II, 21795.

Crim. 30 septembre 1991, Bull. crim. n° 321.

Crim. 28 oct. 1991, Bull. crim. n° 381.

Crim. 14 nov. 1991, B. n° 410.

Crim. 9 janv. 1992, B.C., n° 6.

Crim. 12 mars 1992, B. n° 112.

Crim., 22 avril 1992, Bull. crim., n° 196, *Droit pénal*, 1992, comm. n° 215, obs. A. Maron, D., 1995, p. 59, note H. Matsopoulou.

Crim., 11 mai 1992, Gaz. Pal. Du 19 au 20 mai 1993, note J. Pannier.

Crim. 23 juill. 1992, B. n° 274.

Crim., 15 juin 1993, Bull. crim., n°210, D., 1994, p. 613, note C. Mascala.

Crim. 10 mars 1993, n° 106.

Crim. 6 avr. 1993, JCP G 1993. II. 22144.

Crim. 17 mai. 1993, non publié.

Crim., 29 juin 1993, Bull. crim., n° 228.

Crim. 12 oct. 1993, B.C., n° 287, D., 1994, Somm. 186, obs. J. Pradel.

Crim. 8 févr. 1994, n° 92-83.151.

Crim. 14 janv. 1994, B. n° 33.

Crim. 29 mars 1994, B.C., n° 118, D., 1995, Somm. 144, obs. J. Pradel.

Crim., 6 avril 1994, Bull. crim., n°136.

Crim. 4 oct. 1994, Bull. crim. n° 313, D. 1995, somm. p. 145, J.C.P. 1995, éd. G, IV, 153.

Crim., 17 octobre 1994, Bull. crim., n° 333.

Crim. 13 déc. 1994, B. n° 403.

Crim. 19 juill. 1994, Gaz. Pal. 1994, 2. Somm. p. 554, Bull. crim. n° 283, p. 696, Dr. pénal 1994, comm. 222, obs. A. Maron.

Crim. 10 janv. 1995, pourv. n° 94-82.128.

Crim. 20 mars 1995, n° 94-80.251. D.

Crim. 23 mai 1995, B. n° 193.

Crim. 19 juin 1995, B. n° 223.

Crim. 4 oct. 1995, Bull. crim. n° 45.

Crim. 30 nov. 1995, B. n° 365.

Crim. 4 janv. 1996, B. n° 5.

Crim. 16 janvier 1996, *Bull. crim.* n° 24, *Dr. pénal* 1996, comm. 114, note A. Maron.

Crim. 16 janvier 1996, *J.C.P.* 96, IV, 1020.

Crim. 6 février 1996, *Juris-Data* n° 000288.

Cass. crim., 27 févr. 1996 ; *Bull. crim.* 1996, n° 93 ; *D.* 1996, p. 346, note Guéry ; *JCP G* 1996, II, 22629, note M.-L. Rassat.

Crim. 13 févr. 1996, B. n° 74.

Crim. 27 févr. 1996, B. n° 93.

Crim. 30 avril 1996, *Bull. crim.* n° 182.

Crim. 30 mai 1996, *Bull. crim.* n° 226, p. 652, *Droit pénal* 1996, comm. n° 174, note A. Maron, *J.C.P.* 1996, éd. G., IV, 2211.

Crim., 27 février 1996, affaire Schuller-Maréchal, *Bull. crim.*, n° 93, *D.*, 1996, p. 346, note Ch. Guéry, *JCP G*, 1996, II, 22629, note M.-L. Rassat.

Crim., 3 octobre 1996, *Bull. crim.*, n° 345.

Crim. 29 oct. 1996, B. n° 377.

Crim. 17 déc. 1996, B. n° 468.

Crim. 15 janv. 1997, B. n° 14, *Dr. pén.* 1997, comm. 55.

Crim. 19 février 1997, *Bull. crim.* n° 66, *D.* 1997, I.R., 118.

Crim. 30 mai 1997, *Procédures*, nov. 1997, comm. n° 275.

Crim. 16 déc. 1997, B. n° 427 ; *D.* 1988, IR, P.81; *Procéd.* 1998, comm. n° 98.

Crim. 17 févr. 1998, B. n° 61.

Crim. 3 mars 1998, *Procédures* août-septembre 1998, n° 205, p. 21, *Bull. crim.* n° 79.

Crim. 5 mai 1998, B. n° 152.

Crim. 18 juin 1998, B. n° 200.

Crim. 13 oct. 1998, B. n° 253.

Crim. 19 janv. 1999, n° 600.

Crim., 19 janvier 1999, *Bull. crim.*, n° 9, *JCP G*, 1999, II, 10 156, note D. Rebut, *Rev. sc. crim.*, 1999, p. 588, note J. -P. Delmas-Saint-Hilaire.

Crim. 24 févr. 1999, n° 98-83.574, *D.* 1999. 460, note J. Coulon.

Crim., 30 mars 1999, *Bull. crim.*, n°59, *D.*, 2000, p.391, note T. Garé.

Crim. 23 juin 1999, *D.* 1999, I. R. p. 221, *Procédures*, janvier 2000, p. 21.

Crim. 23 nov. 1999, *Bull. crim.* n° 269.

Crim. 7 déc. 1999, Bull. crim. n° 290.

Crim. 26 janv. 2000, D. 2000, I. R. p. 93, *Droit pénal*, juillet 2000, p. 23.

Crim. 29 févr. 2000, B. n° 92.

Crim. 10 mai 2000, B. n° 182.

Crim. 28 juin 2000, D. 2000, I.R. p. 225.

Crim. 25 octobre 2000, n° 00-84.726.

Crim., 12 déc. 2000, n° 00-83.852.

Crim. 7 févr. 2001, n° 00-87.372.

Crim. 10 mai 2001, B. n° 119.

Crim., 28 nov. 2001, n° 01-86.467.

Crim. 9 mai 2001, B. n°115.

Crim., 11 juin 2002, Bull. crim. n°131, D., 2003, p. 1309, obs. L. Collet-Askri, *Rev. sc. crim.*, 2002, p.879, obs. J. -F. Renucci, *RTD civ.*, 2002, p. 498, obs. J. Mestre et B. Fages.

Crim. 10 juill. 2002, B. n° 152.

Crim. 15 janv. 2003, n° 02-87341.

Crim. 6 mai 2003, B. n° 93.

Crim., 1<sup>er</sup> oct. 2003, D. 2004, Jur. p. 1845, note M. Sanchez; *AJ Pénal* 2003, p. 107.

Crim. 1<sup>er</sup> oct. 2003, n° 03-82.909, Bull. crim. n° 177 ; D. 2004. 671, obs. J. Pradel ; *RSC* 2004. 99, obs. C. Ambroise-Castérot. Crim. 14 oct. 2003, B. n°187, à propos de la réquisition prévue par l'article 77-1 CPP ;

Crim. 17 mars 2004, B. n° 69.

Crim. 22 juin 2004, Bull. crim. n° 164; *AJ Pénal* 2004. 329 ; *Dr. pén.* 2004, comm. 152, obs. A. Maron ; D. 2005. Pan. 1521. Obs. G. Roujou de Boubée.

Crim. 13 oct. 2004, Bull. crim. n° 243 ; *Dr. pénal* 2005. Comm. 2, obs. M. Véron ; *Rév. pénit.* 2005. 410, obs. C. Ambroise-Castérot ; *RSC* 2005. 66, obs. E. Fortis.

Crim. 2 févr. 2005, B. n° 41.

Crim. 28 mai 2005, *AJ Pénal* 2005, 457, obs. C. Saas ; D. 2006. Pan. 1600, obs. J.-Ch. Galloux et H. Gaumont-Pat.

Crim., 8 juin 2005, Bull. crim., n° 173.

Crim. 1<sup>er</sup> sept. 2005, B. n°211, D. 2005, IR, 2549 ; *JCP* 2005, IV, 3190 ; *AJP* 2005, 419 ;

*Dr. pén.* 2005, comm. 184, à propos de la réquisition prévue par l'article 77-1-1, al. 1<sup>er</sup>. Crim. 10 déc. 2003, n° 03-.83.344.

Crim. 7 déc. 2005, n° 05-85876.

Crim. 31 janvier 2006, Bull. crim., n° 30, *Dr. pénal*, 2006, comm. n° 23, note A. Maron.

Crim. 4 avr. 2006, B. n° 101.

Crim., 11 mai 2006, Bull. crim. n° 132.

Crim. 8 juin 2006, *Bull. crim.*, n° 166.

Crim. 9 août 2006, n° 06-83.219, *AJ pénal* 2006. 510, obs. C. Saas.

Crim., 9 août 2006, Bull. crim., n° 202, *D.*, 2007, pan. p. 975, obs. J. Pradel.

Crim., 6 sept. 2006, *Bull. crim.*, n° 208 ; *JCP G* 2007, II, 10081 note H. Matsopoulou ; *D.* 2007, 973, note J. Pradel.

Crim. 7 févr. 2007, n° 06-87.753, ; *AJ pénal* 2007. 233, obs. M.-E. C.

Crim. 7 mars 2007, n° 06-88.651.

Crim., 3 avr. 2007 : Bull. crim. 2007, n° 102.

Crim. 19 juin 2007, B. n° 168.

Crim. 12 juin 2007, B. n° 155.

Crim. 16 janv. 2008, n° 07-87.633, *AJ pénal* 2008. 148 ; *RSC* 2008. 367, obs. R. Finielz ; *D.* 2008. 2757, obs. J. Pradel ; *Procédures* 2008. 126, note J. Buisson.

Crim. 17 sept. 2008, n° 08-85.229, *AJ pénal* 2008. 467, obs. S. Lavric; *RSC* 2009. 897, obs. J. Buisson.

Crim. 27 janv. 2009, n° 08-81.652.

Crim., 27 janvier 2010, Bull. crim., n° 16.

Crim., 10 mai 2011, n° 10-87.475 : *JurisData* n° 2011-011032.

Crim. 31 janv. 2012, B. n° 27.

Crim. 31 janvier 2012, Bull. crim., n° 27, *D.*, 2012, P. 914, note F. Fourment et p. 2123, obs. J. Pradel, *Rev. pénit.*, 2012, p. 157, obs. C. Ambroise-Castérot.

Crim. 7 mars 2012, n° 11-88.118, Bull. crim. n° 64 ; *D.* 2012. 818, et 2118, obs. J. Pradel ; *AJ pénal* 2012. 346, obs. L. Ascensi.

Crim. 13 mars 2012, n° 11-88.737, Bull. crim. n° 67 ; *D.* 2012. 948.

Crim. 10 mai 2012, n° 11-87.328, Bull. crim. n° 116 ; *D.* 2012. 1485.

Crim. 23 janv. 2013, n° 12-85.059, au visa de l'art. L. 126-1 CH., *D.* 2013. 1045 note T. Potaszkin ; *AJ pénal* 2013. 227, obs. J. Pronier.

Crim. 6 mars 2013, n° 12-87.810, *D.* 2013. 1993, obs. J. Pradel ; *AJ pénal* 2013. 349, obs. J. Pronier.

Crim. 26 juin 2013, n° 12-85.116.

Crim. 2 oct. 2013, n° 12-87.976, AJ pénal 2014. 138, obs. J. Lasserre Capdeville.  
Crim. 23 oct. 2013, n° 13-82.762, pour un parking souterrain d'immeuble.  
Crim., 6 nov. 2013, n° 12-87.130, D. 2013. 2826, note P. Hennion-Jacquet.  
Crim. 11 déc. 2013, n° 12-83.296, Bull. crim. n° 254 ; RTD civ. 2014. 122, obs. P. Jourdain.  
Crim., 7 janv. 2014, n° 13-85.246 : JurisData n° 2014-000004 ; A. Maron et M. Haas, Un stratagème couvert d'une feuille de vigne légale : *Dr. pén.* 2014, comm. 32.  
Crim. 11 févr. 2014, n° 13-86.878, Bull. crim. n° 38 ; D. 2014. 486 ; AJ pénal 2014. 369, obs. G. Royer.  
Crim. 30 avr. 2014, n° 13-88.162, Bull. crim. n° 119 ; D. 2014. 1042.  
Crim. 15 oct. 2014, n° 14-83.702.  
Crim. 4 févr. 2015, n° 14-90.048, Bull. crim., n° 26.  
Crim. 10 mars 2015, n° 14-87.344.  
Crim. 6 mai 2015, n° 13-87.428.  
Crim., 20 mai 2015, n°14-81.336, D. 2015. 1466, note L. Saenko ; *ibid.* 2465, obs. G. Roujou de Boubée, T. Garé, C. Ginestet, M.-H. Gozzi et S. Mirabail ; AJ pénal 2015. 413, note E. Dreyer ; RSC 2015. 860, obs. H. Matsopoulou.  
Crim. 8 juill. 2015, n° 14-88. 457, ECPB.  
Crim. 21oct. 2015, *Bull. crim.*, n° 15-83395.  
Crim., 22 mars 2016, n° 15-883206, Bull. crim., n° 88.  
Crim., 20 septembre 2016, n° 16-80.820.  
Crim. 28 juin 2017, FS-P+B, n° 17-80.055.  
Crim., 11 juillet 2017, n° 17-80.313.  
Crim. 31 oct. 2017, n° 17-81.842, préc.  
Crim. 09 mai 2018, n° 17-86. 558, 17-86.638, 17-80.066 et 17-80.656.

### **Cour de cassation – Chambres civiles**

Soc. 26 nov. 2002, Bull. civ. V n° 352 ; JCP G 2003, IV. 1151 ; D. 2003. Jur. 1858, note J.-M. Brugière ; Soc. 23 mai 2007, Bull. civ. V, n° 85 ; JCP G 2007. II. 10140, note L. Weiller ; D. 2007. 2284, note C. Castets-Renard.  
Civ. 2<sup>e</sup>, 7 oct. 2004, Bull. civ. II, n° 441 ; JCP G 2005. II. 10025, note N. Léger ; D. 2005. 122, note P. Bonfils ; AJ pénal 2005, 30 obs.C.S.Enderlin ; D. 2005, Pan. 2652, obs.L.Marino ; RTD civ. 2005, 135, obs. J. Mestre et B. Fages ; CA Nouméa, 3 déc. 2007, cité par Y. Strickler, préc., p.367.

Com. 3 juin 2008, Bull. civ. IV, n° 112 ; D. 2008. Pan. 2822, obs. P. Delebecque ; D. 2008. Jur. 2476, note M.-E. Boursier-Mauderly ; CCC 2008. Comm. 204, obs. D. Bosco. – Contra, CA Paris, 19 avr. 2009, D. 2009. AJ. 1352, obs. E. Chevrier.

Com. 3 mars 2009, n° 08-13.767, Bull. civ. IV, n° 29 ; D. 2009. 805, obs. E. Chevrier.

### **Cour européenne des droits de l'homme**

CEDH, 12 juillet 1988, *Schenck c/Suisse*.

CEDH, 24 avr. 1990, *Kruslin et Huvig c/ France*.

CEDH 30 août 1990, *Fox, Campbell et Hartley c/ R.U.*, série A, n° 182.

CEDH 19 déc. 1990, *Delta c/ France*, requête n° 11444/85.

CEDH, 27 nov. 1992, *Tomasi c/ France*.

CEDH 25 févr. 1993, *Funke c/ France*, n° 10588/83, Rev. UE 2015. 353, étude M. Mezaguer.

CEDH 20 sept. 1993, *Saïdi c/ France*, série A n° 265-C.

CEDH, 4 déc. 1995, *Bellet c/ France*.

CEDH 8 févr. 1996, *Murray c/ Royaume-Uni*, n° 41/1994/488/570.

CEDH 17 déc. 1996, *Saunders c/ Royaume-Uni*, n° 19187/91, RSC 1997. 476, obs. R. Koering-Joulin.

CEDH 17 déc. 1996, *Vacher c/ France*, JCP 1997. I. 4000.

CEDH 21 avr. 1998, *Daud c/ Portugal*.

CEDH, 9 juin 1998, *Texeira de Castero c/ Portugal*.

CEDH, 24 août 1998, *Lambert c/ France*.

CEDH, 28 juil 1999, *Selmouni c/ France*, D. 2000, som com. P. 31 obs Y. Mayaud.

CEDH, 12 mai 2000, *Khan c/ Royaume-Uni*.

CEDH, 21 mars 2002, *Calabro c/ Allemagne*.

CEDH, 21 mai 2002, *Peltier c/ France*.

CEDH, 5 novembre 2002, n°48539/99, *Allan c/ Royaume-Uni*.

CEDH, 17 septembre 2004, *Eurofinacom c/ France*.

CEDH, 29 mars 2005, *Matheron c/ France*, n° 57752/00.

CEDH, 11 juill. 2006, *Jalloh c/ Allemagne*.

CEDH 6 févr. 2007, *Mentes c/ Turquie*, requête n° 36487/02.

CEDH 5 févr. 2008, n° 74420/01, *Ramanauskas c/ Lituanie*.  
CEDH, 28 févr. 2008, *Saadi c/ Italie*.  
CEDH, déc., 18 mars 2008, n° 12372/04, *Picart c/ France*.  
CEDH 30 juin 2008, *Gäfgen c/ Allemagne*.  
CEDH, Gr. ch., 5 février 2008, *Ramanauskas c/ Lituanie*.  
CEDH, gde ch., 27 nov. 2008, n° 36391/02, *Salduz c/ Turquie*.  
CEDH, gde ch., 29 mars 2010, *Medvedyev c/ France*, n° 3394/03, *Dalloz actualité*, 31 mars 2010, obs. S. Lavric.  
CEDH 14 oct. 2010, n° 1466/07, *Brusco c/ France*, D. 2010. 2950.  
CEDH, 4 novembre 2010, *Bannikova c/ Russie*.  
CEDH, 23 nov. 2010, *Moulin c/ France*, n° 37104/06, *Dalloz actualité*, 24 novembre 2010, obs. S. Lavric.  
CEDH 25 sept. 2012, *El Haski c/ Belgique*.  
CEDH 19 mars 2015, n° 7494/11, *Corbet c/ France*, *Constitutions* 2015. 208, chron. P. Bachschmidt.  
CEDH, 16 juin 2016, n° 9176/11, *Versini-Campinchi et Crasnianski c/ France*.  
CEDH 22 juin 2017, req. n° 8806/12.

### **Juridiction du fond**

Paris, 7 avril 1898, D.P. 98, 2, 209 ; Caen, 28 déc. 1897, D.P. 98, 2, 33.  
Pau, 22 déc. 1916, *Gaz. Trib.*, 6 mai 1917.  
Trib. corr. Seine 23 février 1949 (*Gaz.Pal.* 1949 I 140).  
Paris 24 janv. 1952, S. 1952.2.93, conc. Combaldieu.  
Trib. corr. Paris, 24 janv. 1985, D. 1985, p. 498, note J. Pradel.  
C.A., ch. acc°, Paris, 25 oct. 1995, *Juris-Data* n° 023408.  
C.A., ch. acc°, Paris, 14 avril 1999, *Juris-Data* n° 023214.  
Paris, 7 mai 2015, n° 2014/05365, *Dalloz actualité*, 26 janv. 2016, obs. S. Lavric.

### **- Sources en langue anglaise**

Hudson v. United States, 118 S. Ct. 488 (1997).  
Herring v. United States, 555 U.S. 135 (2009).

Davis v. United States, 564 U.S. 229 (2011).

- **Sources en langue chinoise**

Numéro de l'affaire : (2013) 三中刑终字第 174 号。

Numéro de l'affaire : (2013) 二中刑终字第 1458 号。

Numéro de l'affaire : (2013) 二审高刑终字第 150 号。

Numéro de l'affaire : (2013) 海刑初字第 2674 号。

Numéro de l'affaire : (2014) 一中刑初字第 2314 号。

Numéro de l'affaire : (2014) 三中刑终字第 141 号。

Numéro de l'affaire : (2014) 通刑初字第 387 号。

# ANNEXES

## **Annexe 1 :**

Dispositions concernant plusieurs questions relatives à l'examen et l'appréciation des preuves dans les affaires de condamnation à mort (《关于办理死刑案件审查判断证据若干问题的规定》)

## **Annexe 2 :**

Dispositions concernant plusieurs questions relatives à l'exclusion des preuves illégales dans les affaires pénales (《关于办理刑事案件排除非法证据若干问题的规定》)

## **Annexe 3 :**

La Loi de Procédure Pénale, titre I chapitre V : Preuve (《刑事诉讼法》第一编第五章 : 证据)

## **Annexe 4 :**

Interprétation pour l'application de la Loi de Procédure Pénale de la République Populaire de la Chine, chapitre IV : Preuve (《关于适用中华人民共和国刑事诉讼法的解释》第四章 : 证据)

## **Annexe 5 :**

Règlementation de procédure pénale de la part de parquet populaire, chapitre V : Preuve (《人民检察院刑事诉讼规则 (试行)》第五章 : 证据)

## **Annexe 6 :**

Règlementations de la procédure pour traiter les affaires pénales de la part de Ministère de la Sécurité publique, chapitre V : Preuve (《公安机关办理刑事案件程序规定》第五章 : 证据)

## **Annexe 7 :**

Dispositions concernant plusieurs questions relatives à l'exclusion stricte des preuves recueillies illégalement dans les affaires pénales (《关于办理刑事案件严格排除非法证据若干问题的规定》)



# Annexe (A. 1)

## Dispositions concernant plusieurs questions relatives à l'examen et l'appréciation des preuves dans les affaires de condamnation à mort

(Élaborées conjointement par la Cour suprême populaire, le Parquet suprême populaire, le Ministère de la Sécurité publique et le Ministère de la Justice, entrées en vigueur le 1er juillet 2010)

### 《关于办理死刑案件审查判断证据若干问题的规定》

(最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部联合制定, 2010年7月1日生效)

#### I. Dispositions générales

**Article 1** Les condamnations à la peine de mort doivent être traitées en stricte conformité avec la Loi Pénale et la Loi de Procédure Pénale, sur la base de faits précis, de preuves concluantes et suffisantes, de procédures légales et d'une application correcte des lois de manière à garantir la qualité du traitement de telles affaires.

**Article 2** Les faits doivent être vérifiés sur la base de preuves.

**Article 3** Les enquêteurs, les procureurs et les magistrats doivent recueillir, examiner, vérifier et reconnaître les preuves de manière exhaustive et objective dans le strict respect des procédures en vigueur.

**Article 4** Seules les preuves qui ont été présentées, identifiées et contre-interrogées devant un tribunal ou qui ont fait l'objet d'une autre procédure d'enquête judiciaire et qui ont été vérifiées peuvent être utilisées comme base pour la condamnation.

**Article 5** Lors du procès d'une condamnation à mort, les faits criminels des accusés doivent être établis sur la base d'éléments de preuve concluants et suffisants. Ces derniers signifient que:

1. Tous les faits pour condamnation sont étayés par des preuves ;
2. Toutes les preuves utilisées pour la condamnation ont été vérifiées par le biais de procédures judiciaires ;
3. Il n'y a pas de contradiction entre les différents éléments de preuve ni entre les preuves et les faits, ou la contradiction éventuelle a été raisonnablement écartée ;
4. Dans le cas d'une infraction commise par plusieurs auteurs, le rôle de l'accusé a été vérifié ;
5. Le processus consistant à utiliser des preuves pour vérifier les faits de

#### 一、一般规定

**第一条** 办理死刑案件, 必须严格执行刑法和刑事诉讼法, 切实做到事实清楚, 证据确实、充分, 程序合法, 适用法律正确, 确保案件质量。

**第二条** 认定案件事实, 必须以证据为根据。

**第三条** 侦查人员、检察人员、审判人员应当严格遵守法定程序, 全面、客观地收集、审查、核实和认定证据。

**第四条** 经过当庭出示、辨认、质证等法庭调查程序查证属实的证据, 才能作为定罪量刑的根据。

**第五条** 办理死刑案件, 对被告人犯罪事实的认定, 必须达到证据确实、充分。证据确实、充分是指:

- (一) 定罪量刑的事实都有证据证明;
- (二) 每一个定案的证据均已经法定程序查证属实;
- (三) 证据与证据之间、证据与案件事实之间不存在矛盾或者矛盾得以合理排除;
- (四) 共同犯罪案件中, 被告人的地位、作用均已查清;
- (五) 根据证据认定案件事实的

l'affaire est conforme à la logique et aux règles de l'expérience, et la conclusion tirée de la preuve est exclusive. Dans le cas d'une condamnation à mort, la preuve utilisée pour prouver les faits suivants doit être concluante et suffisante:

1° La survenance des faits criminels de l'accusé ;

2° Le fait que l'accusé a commis l'acte criminel, ainsi que l'heure, le lieu, les moyens, les conséquences et les autres circonstances de l'acte criminel ;

3° Les informations d'identité ayant une incidence sur la condamnation de l'accusé ;

4° Le fait que l'accusé a la capacité pénale ;

5° La faute de l'accusé ;

6° S'il s'agit d'une infraction commise par plusieurs auteurs et, dans l'affirmative, du rôle de l'accusé dans l'infraction conjointe ;

7° Les faits pour lesquels le défendeur mérite une peine plus lourde.

## II. Examen et vérification de la classification des preuves

### A. Preuve matérielle ou écrite

**Article 6** L'examen des preuves matérielles ou écrites est centré sur :

1. si la preuve matérielle ou écrite est l'objet ou le document d'origine et si les photos, les enregistrements visuels ou les reproductions de la preuve matérielle ou les duplicata ou photocopies de la preuve écrite sont identiques aux originaux ; si la preuve matérielle ou écrite a été identifiée ou authentifiée ; si les photos, les enregistrements visuels ou les reproductions de la preuve matérielle ou les duplicata ou les photocopies de la preuve écrite sont faits par deux personnes ou plus, et s'il existe une explication écrite avec une signature des fabricants concernant le processus de réalisation des reproductions et l'endroit où l'objet original ou le document est mis.

2. si le processus ou les modalités de collecte des preuves matérielles ou écrites est conforme aux lois et autres dispositions ; si les preuves matérielles ou écrites recueillies lors d'une recherche sur place ou de la saisie ou la perquisition sont accompagnées de le procès-verbal ou de la liste détaillée correspondante ; si le procès-verbal ou la liste détaillée porte la signature des enquêteurs, des détenteurs des articles et des témoins et, dans le cas contraire, si les raisons ont été indiquées ; si les caractéristiques, la quantité, la qualité et le nom des articles ont été

processus de réalisation des reproductions et l'endroit où l'objet original ou le document est mis.

(一) 被指控的犯罪事实的发生；

(二) 被告人实施了犯罪行为与被告人实施犯罪行为的时间、地点、手段、后果以及其他情节；

(三) 影响被告人定罪的身份情况；

(四) 被告人有刑事责任能力；

(五) 被告人的罪过；

(六) 是否共同犯罪及被告人在共同犯罪中的地位、作用；

(七) 对被告人从重处罚的事实。

## 二、证据的分类审查与认定

### 1、物证、书证

**第六条** 对物证、书证应当着重审查以下内容：

(一) 物证、书证是否为原物、原件，物证的照片、录像或者复制品及书证的副本、复制件与原物、原件是否相符；物证、书证是否经过辨认、鉴定；物证的照片、录像或者复制品和书证的副本、复制件是否由二人以上制作，有无制作人关于制作过程及原件、原物存放于何处的文字说明及签名。

(二) 物证、书证的收集程序、方式是否符合法律及有关规定；经勘验、检查、搜查提取、扣押的物证、书证，是否附有相关笔录或者清单；笔录或者清单是否有侦查人员、物品持有人、见证人签名，没有物品持有人签名的，是否注明原因；对物品的特

clairement spécifiés.

3. si les preuves matérielles ou écrites ont été contaminées ou altérées lors du processus de collecte, de conservation ou d'authentification.

4. si la preuve matérielle ou écrite lie aux faits de l'affaire. Si les taches de sang, les empreintes, les poils, les fluides corporels ou toute autre preuve physique identifiable, marques ou objets laissés sur le lieu du crime et liés au crime aient été confirmés comme identiques à l'échantillon biologique, aux caractéristiques biologiques ou aux objets de l'accusé ou de la victime à travers les tests ADN, les tests d'empreintes digitales ou tout autre test.

5. si la preuve matérielle ou écrite liée aux faits de l'affaire a été collectée de manière intègre.

**Article 7** En cas d'omission de prendre et d'examiner toute marque ou tout objet qui aurait dû être trouvé dans une enquête sur place, un examen ou une perquisition et qui pourraient être liés aux faits de l'affaire, tels que taches de sang, empreintes digitales, empreintes de pied, écriture manuscrite, cheveux, etc. les fluides corporels et les tissus humains, et l'échec peut donner lieu à tout doute sur les faits de l'affaire, le tribunal populaire doit informer le procureur populaire de la situation. Le parquet populaire peut rassembler une nouvelle preuve, justifier ou encore confier l'affaire à l'organe chargé de l'enquête aux fins d'enquête et de recueil de preuves.

**Article 8** Les preuves matérielles utilisées pour déterminer une affaire sont l'objet original. Ce n'est que lorsqu'il est difficile de déplacer ou de conserver l'objet original ou qu'il est légalement requis que l'objet soit conservé et manipulé par le service compétent uniquement, les photos, les enregistrements visuels ou les reproductions permettant de refléter fidèlement la forme ou le contenu de l'objet d'origine peuvent être tiré ou fait. Les photos, des enregistrements visuels ou des reproductions de preuves matérielles peuvent être utilisés pour déterminer une affaire, à condition que leur authenticité ait été affirmée par vérification aux originaux, par authentification d'expert ou par tout autre moyen. Les photos, les enregistrements visuels ou les reproductions de l'objet original ne peuvent pas servir de base à la condamnation, s'ils ne peuvent pas refléter la forme et les caractéristiques de l'objet original. Les preuves écrites utilisées pour la condamnation sont les originaux. Les duplicatas ou les photocopies ne peuvent être utilisés que lorsqu'il est vraiment difficile d'acquérir les originaux. Des duplicatas ou des photocopies de preuves écrites peuvent être utilisés pour déterminer une affaire, à

征、数量、质量、名称等注明是否清楚。

(三) 物证、书证在收集、保管及鉴定过程中是否受到破坏或者改变。

(四) 物证、书证与案件事实有无关联。对现场遗留与犯罪有关的具备检验鉴定条件的血迹、指纹、毛发、体液等生物物证、痕迹、物品，是否通过 DNA 鉴定、指纹鉴定等鉴定方式与被告人或者被害人的相应生物检材、生物特征、物品等作同一认定。

(五) 与案件事实有关联的物证、书证是否全面收集。

**第七条** 对在勘验、检查、搜查中发现与案件事实可能有关联的血迹、指纹、足迹、字迹、毛发、体液、人体组织等痕迹和物品应当提取而没有提取，应当检验而没有检验，导致案件事实存疑的，人民法院应当向人民检察院说明情况，人民检察院依法可以补充收集、调取证据，作出合理的说明或者退回侦查机关补充侦查，调取有关证据。

**第八条** 据以定案的物证应当是原物。只有在原物不便搬运、不易保存或者依法应当由有关部门保管、处理或者依法应当返还时，才可以拍摄或者制作足以反映原物外形或者内容的照片、录像或者复制品。物证的照片、录像或者复制品，经与原物核实无误或者经鉴定证明为真实的，或者以其他方式确能证明其真实的，可以作为定案的根据。原物的照片、录像或者复制品，不能反映原物的外形和特征的，不能作为定案的根据。据以定案的书证应当是原件。只有在取得原件确有困难时，才可以使用副本或者复制件。书证的副本、复制

condition qu'ils soient authentifiés par contrôle avec les originaux, par authentification d'expert ou par tout autre moyen. Lorsqu'une preuve écrite est modifiée ou montre un signe de modification qui ne peut être justifiée, ou si une copie ou une photocopie de celle-ci ne peut pas refléter la forme externe ou le contenu de l'original, ce document ne peut pas être utilisé pour fonder une affaire.

**Article 9** Les preuves matérielles ou écrites rassemblées ou saisies lors d'une enquête sur place ou examen ou d'une perquisition ne peuvent pas servir de base à la condamnation, s'il n'y a pas de procès-verbaux des enquêtes sur place, des examens, des perquisitions ou des prélèvements ou de la liste de des objets saisis ou si elle ne peut pas prouver la source de la preuve. Si les modalités ou les méthodes de collecte des preuves matérielles ou écrites présente l'un des défauts suivants, les preuves ne peuvent être retenues que si les agents d'enquête les ont corrigé ou justifié :

1. Le procès-verbal de l'enquête sur place, de l'examen, de la perquisition ou du prélèvement ou la liste des objets saisis, jointe à la preuve matérielle ou écrite, ne porte pas la signature des enquêteurs, du détenteur des articles ou du témoin, ni les caractéristiques, la quantité, la qualité, ou le nom ou toute autre information de la preuve n'a pas été clairement indiqué ;

2. Il n'a pas été précisé si la photo, l'enregistrement visuel ou la reproduction de la preuve matérielle ou le duplicata ou la photocopie de la preuve écrite avait été vérifié comme étant identique à l'original, ou s'il n'y a pas eu de temps de reproduction ou de signature (cachet) de la personne (entité) qui recueilli les preuves ;

3. Pour la photo, l'enregistrement visuel ou la reproduction de la preuve matérielle ou le duplicata ou la photocopie de la preuve écrite, il n'y a aucune explication de la part du fabricant concernant le processus de la fabrication et l'endroit où la preuve originale est conservée, ou il y a une explication mais cela ne porte pas la signature du fabricant ;

4. Les modalités ou les méthodes de collecte de la preuve matérielle ou écrites est défectueuse. En cas de doute sur la source ou le processus de collecte de la preuve matérielle ou écrites, la preuve ne peut être utilisée comme base pour la condamnation si le doute ne peut pas être raisonnablement dégage.

**Article 10** Les preuves matérielles ou écrites identifiables sont remises à la partie concernée ou au témoin pour identification et sont soumises pour authentification si nécessaire.

件, 经与原件核实无误或者经鉴定证明为真实的, 或者以其他方式确能证明其真实的, 可以作为定案的根据。书证有更改或者更改迹象不能作出合理解释的, 书证的副本、复制件不能反映书证原件及其内容的, 不能作为定案的根据。

**第九条** 经勘验、检查、搜查提取、扣押的物证、书证, 未附有勘验、检查笔录, 搜查笔录, 提取笔录, 扣押清单, 不能证明物证、书证来源的, 不能作为定案的根据。物证、书证的收集程序、方式存在下列瑕疵, 通过有关办案人员的补正或者作出合理解释的, 可以采用:

(一) 收集调取的物证、书证, 在勘验、检查笔录, 搜查笔录, 提取笔录, 扣押清单上没有侦查人员、物品持有人、见证人签名或者物品特征、数量、质量、名称等注明不详的;

(二) 收集调取物证照片、录像或者复制品, 书证的副本、复制件未注明与原件核对无异, 无复制时间、无被收集、调取人(单位)签名(盖章)的;

(三) 物证照片、录像或者复制品, 书证的副本、复制件没有制作者关于制作过程及原物、原件存放于何处的说明或者说明中无签名的;

(四) 物证、书证的收集程序、方式存在其他瑕疵的。对物证、书证的来源及收集过程有疑问, 不能作出合理解释的, 该物证、书证不能作为定案的根据。

**第十条** 具备辨认条件的物证、书证应当交由当事人或者证人进行辨认, 必要时应当进行鉴

## B. Témoignage

**Article 11** L'interrogatoire d'un témoin doit porter sur :

1. si le témoignage provient de la perception directe du témoin ;
2. si l'âge, le niveau cognitif, la mémoire, l'expression, l'état physique et l'état mental du témoin affectent la capacité du témoin ;
3. si le témoin a un intérêt quelconque auprès d'une partie concernée ou du résultat du traitement de l'affaire ;
4. si les modalités ou les méthodes d'obtention du témoignage sont conformes aux lois et autres dispositions ; si la violence, la menace, l'incitation, la tromperie ou tout autre moyen illégal a été adopté pour la collecte des preuves ; si elle est conforme à la disposition selon laquelle les témoins doivent être interrogés individuellement ; si le procès-verbal a été vérifié et signé (tamponné) ou appuyé l'empreinte digitale par le témoin ; dans le cas où le témoin est mineur, si son représentant légal a été convoqué et s'il a comparu ;
5. si la déposition du témoin et d'autres témoignages ou d'autres preuves se corroborent, et s'il existe un conflit entre eux.

**Article 12** Aucun témoignage d'un témoin obtenu par la violence, la menace ou tout autre moyen illégal ne peut servir de fondement à la condamnation. Aucun témoignage d'un témoin manifestement ivre, intoxiqué par des stupéfiants ou narcotique de psychotropes et incapable s'exprimant correctement ne peut servir de base à la condamnation. Aucun témoignage hypothétique, commentaire ou déduction de témoins ne peut être utilisé comme preuve, à moins que cela ne soit cohérent avec les faits tels qu'ils sont jugés sur la base des expériences de la vie courante.

**Article 13** Aucun témoignage obtenu dans l'une des circonstances suivantes ne peut servir de fondement à la détermination d'une affaire:

1. Un témoignage obtenu en interrogeant le témoin de manière non individuelle ;

定。

## 2、证人证言

**第十一条** 对证人证言应当着重审查以下内容：

（一）证言的内容是否为证人直接感知。

（二）证人作证时的年龄、认知水平、记忆能力和表达能力，生理上和精神上的状态是否影响作证。

（三）证人与案件当事人、案件处理结果有无利害关系。

（四）证言的取得程序、方式是否符合法律及有关规定：有无使用暴力、威胁、引诱、欺骗以及其他非法手段取证的情形；有无违反询问证人应当个别进行的规定；笔录是否经证人核对确认并签名（盖章）、捺指印；询问未成年证人，是否通知了其法定代理人到场，其法定代理人是否在场等。

（五）证人证言之间以及与其他证据之间能否相互印证，有无矛盾。

**第十二条** 以暴力、威胁等非法手段取得的证人证言，不能作为定案的根据。处于明显醉酒、麻醉品中毒或者精神药物麻醉状态，以致不能正确表达的证人所提供的证言，不能作为定案的根据。证人的猜测性、评论性、推断性的证言，不能作为证据使用，但根据一般生活经验判断符合事实的除外。

**第十三条** 具有下列情形之一的证人证言，不能作为定案的根据：

- （一）询问证人没有个别进行而取得的证言；

2. Un témoignage écrit non vérifié ni marqué (empreinte) ni empreinte digitale par le témoin ;

3. Le témoignage d'une personne sourde et muette, d'une personne d'un groupe ethnique minoritaire ou d'un étranger qui ne maîtrise pas la langue locale orale ou écrite pour laquelle un service de traduction aurait dû être fourni mais non fourni.

**Article 14** Si les modalités ou les méthodes de collecte du témoignage d'un témoin présentent l'un des défauts suivants, celui-ci ne peut être adopté que si l'agent d'enquête procède à une correction ou à une justification:

1. Le nom du demandeur, enregistreur ou représentant légal, ou l'heure de début, l'heure de fin et le lieu de l'enquête n'est pas spécifié;

2. Le lieu de l'interrogatoire n'est pas conforme aux dispositions prévues par la loi ;

3. Il n'est pas écrit dans les procès-verbaux de l'interrogatoire que le témoin a été invité à faire un témoignage véridique et assume sa responsabilité légale s'il fait intentionnellement un faux témoignage ou dissimule toute preuve de crime ;

4. Les procès-verbaux de l'interrogatoire montrent que le même enquêteur a interrogé différents témoins au cours d'une même période.

**Article 15** Le tribunal populaire doit faire comparaître un témoin dans l'une des circonstances suivantes ; la déposition écrite d'un témoin qui ne comparait pas au tribunal ne peut pas servir de base à la condamnation si le témoignage ne peut pas être vérifié par contre-interrogatoire :

1. Le procureur populaire, l'accusé ou son défenseur mettent en cause la déposition du témoin qui a un impact important sur la déclaration de culpabilité et le prononcé de la peine ;

2. Autres circonstances dans lesquelles sa comparution devant un tribunal est jugée nécessaire par le tribunal populaire. Lorsque la déposition d'un témoin lors d'un procès contredit celle faite avant le procès, elle est admissible si le témoin est en mesure de justifier cette contradiction et il existe les autres preuves correspondantes. Le témoignage écrit d'un témoin qui ne comparait pas au tribunal doit être apprécié en fonction de l'avis du ministère public, de son accusé et de son défenseur qui a comparu devant le tribunal et en combinaison avec d'autres preuves. Aucun témoignage de témoin ne peut servir de base à la détermination

(二) 没有经证人核对确认并签名(盖章)、捺指印的书面证言;

(三) 询问聋哑人或者不通晓当地通用语言、文字的少数民族人员、外国人,应当提供翻译而未提供的。

**第十四条** 证人证言的收集程序和方式有下列瑕疵,通过有关办案人员的补正或者作出合理解释的,可以采用:

(一) 没有填写询问人、记录人、法定代理人姓名或者询问的起止时间、地点的;

(二) 询问证人的地点不符合规定的;

(三) 询问笔录没有记录告知证人应当如实提供证言和有意作伪证或者隐匿罪证要负法律责任内容的;

(四) 询问笔录反映出在同一时间段内,同一询问人员询问不同证人的。

**第十五条** 具有下列情形的证人,人民法院应当通知出庭作证;经依法通知不出庭作证的证人的书面证言经质证无法确认的,不能作为定案的根据:

(一) 人民检察院、被告人及其辩护人对证人证言有异议,该证人证言对定罪量刑有重大影响的;

(二) 人民法院认为其他应当出庭作证的。证人在法庭上的证言与其庭前证言相互矛盾,如果证人当庭能够对其翻证作出合理解释,并有相关证据印证的,应当采信庭审证言。对未出庭作证的证人的书面证言,应当听取出庭检察人员、被告人及其辩护人的意见,并结合其他证据综合判断。





procès ainsi que sur tous les aveux et justification de l'accusé. Lorsqu'un accusé fait les aveux cohérents avant le procès mais il les rétracte au procès, si l'accusé ne peut en donner une raison valable, les aveux faits avant le procès sont admissibles à condition qu'ils peuvent être corroborés par d'autres preuves. En cas de contradiction entre les aveux et les justifications faite avant le procès, lorsque l'accusé avoue au procès, ses aveux au procès sont admissibles à condition qu'ils peuvent être corroborés par d'autres éléments de preuve. En cas de contradiction entre les aveux et les justifications faite avant le procès, lorsque l'accusé n'avoue pas au procès, ses aveux avant le procès qui ne peuvent pas être corroborés par d'autres preuves ne sont pas admissibles.

#### E. Expertise

**Article 23** L'examen de l'expertise porte principalement sur :

1. Si l'expert devant être récusé n'est pas récusé ;
2. Si l'institution d'expertise et l'expert ont les qualifications requises ;
3. Si les modalités d'expertise sont conformes aux lois et autres dispositions ;
4. Si les matériaux sont obtenus, conservés et soumis à l'examen conformément aux lois et autres dispositions ; s'ils correspondent aux procès-verbaux du prélèvement ou la liste détaillée des objets saisis et autres documents concernés ; et si ils sont suffisants et fiables ;
5. Si les modalités, les méthodes d'expertise et son processus d'analyse sont conformes aux normes et méthodes techniques de la spécialité concernée ;
6. Si toutes formalités de l'expertise sont observées ; si la cause de l'expertise, le client, l'institution d'expertise, les exigences en matière d'expertise, le processus d'expertise, la méthode d'inspection, la date du document de l'expertise et d'autres éléments concernés ont été enregistrés ; et si le rapport de l'expertise porte le sceau spécial de l'institution d'expertise et la signature de l'expert ;
7. Si les conclusions de l'expertise sont claires;

提供的所有证据以及被告人本人的全部供述和辩解进行。被告人庭前供述一致，庭审中翻供，但被告人不能合理说明翻供理由或者其辩解与全案证据相矛盾，而庭前供述与其他证据能够相互印证的，可以采信被告人庭前供述。被告人庭前供述和辩解出现反复，但庭审中供认的，且庭审中的供述与其他证据能够印证的，可以采信庭审中的供述；被告人庭前供述和辩解出现反复，庭审中不供认，且无其他证据与庭前供述印证的，不能采信庭前供述。

#### 5、鉴定意见

**第二十三条** 对鉴定意见应当着重审查以下内容：

- (一) 鉴定人是否存在应当回避而未回避的情形。
- (二) 鉴定机构和鉴定人是否具有合法的资质。
- (三) 鉴定程序是否符合法律及有关规定。
- (四) 检材的来源、取得、保管、送检是否符合法律及有关规定，与相关提取笔录、扣押物品清单等记载的内容是否相符，检材是否充足、可靠。
- (五) 鉴定的程序、方法、分析过程是否符合本专业的检验鉴定规程和技术方法要求。
- (六) 鉴定意见的形式要件是否完备，是否注明提起鉴定的事由、鉴定委托人、鉴定机构、鉴定要求、鉴定过程、检验方法、鉴定文书的日期等相关内容，是否由鉴定机构加盖鉴定专用章并由鉴定人签名盖章。
- (七) 鉴定意见是否明确。

8. Si les conclusions de l'expertise lient aux faits de l'affaire ;

(八) 鉴定意见与案件待证事实有无关联。

9. S'il existe un conflit entre les conclusions de l'expertise et d'autres preuves, les procès-verbaux de l'examen ou les photos concernés ;

(九) 鉴定意见与其他证据之间是否有矛盾, 鉴定意见与检验笔录及相关照片是否有矛盾。

10. Si les conclusions de l'expertise ont été notifiées au personnel concerné et si l'intéressé s'oppose à ces conclusions.

(十) 鉴定意见是否依法及时告知相关人员, 当事人对鉴定意见是否有异议。

**Article 24** L'expertise ne peut servir de fondement à la détermination de l'affaire dans les cas suivants :

**第二十四条** 鉴定意见具有下列情形之一的, 不能作为定案的根据:

1. L'institution d'expertise n'a pas les qualifications et les conditions légales, ou le sujet de l'expertise dépasse le cadre ou la capacité de l'institution d'expertise ;

(一) 鉴定机构不具备法定的资格和条件, 或者鉴定事项超出本鉴定机构项目范围或者鉴定能力的;

2. L'expert ne dispose pas de qualifications et conditions légales, n'a pas les compétences professionnelles ou le titre spécialisé, ou viole les dispositions concernant la récusation ;

(二) 鉴定人不具备法定的资格和条件、鉴定人不具有相关专业技术或者职称、鉴定人违反回避规定的;

3. La procédure ou méthode de l'expertise est défectueuse ;

(三) 鉴定程序、方法有错误的;

4. L'expertise n'a aucun rapport avec l'objet de démonstration ;

(四) 鉴定意见与证明对象没有关联的;

5. L'objet de l'expertise est incompatible avec le matériel ou l'échantillon soumis à l'examen ;

(五) 鉴定对象与送检材料、样本不一致的;

6. Le matériel ou l'échantillon soumis à l'examen ne satisfait pas aux conditions de l'expertise car il provient d'une source non identifiée ou a été contaminé ;

(六) 送检材料、样本来源不明或者确实被污染且不具备鉴定条件的;

7. Les normes spécifiques de l'expertise sont violées ;

(七) 违反有关鉴定特定标准的;

8. Les documents de l'expertise ne portent ni signatures ni sceaux ;

(八) 鉴定文书缺少签名、盖章的;

9. Toute autre circonstance porte l'atteinte aux dispositions concernées. Lorsqu'il existe les oppositions aux conclusions de l'expertise, le tribunal populaire doit notifier à l'expert de comparaître devant le tribunal en tant que témoin, de fournir une explication ou de procéder à une nouvelle expertise.

(九) 其他违反有关规定的情形。对鉴定意见有疑问的, 人民法院应当依法通知鉴定人出庭作证或者由其出具相关说明, 也可以依法补充鉴定或者重新鉴定。

F. Procès-verbaux de l'enquête sur place et de l'examen

6、勘验、检查笔录

**Article 25** L'examen des procès-verbaux de l'enquête sur place et de l'examen porte principalement sur :

1. Si l'enquête sur place et l'examen sont exercés conformément à la loi ; si les procès-verbaux sont faits conformément aux lois et autres dispositions ; si les enquêteurs et les témoins ont apposé leurs signatures ou leurs sceaux, etc. ;
2. Si le contenu des procès-verbaux de l'enquête sur place et de l'examen est complet, détaillé, précis et normatif ; si ces procès-verbaux portent correctement la cause, l'heure et le lieu de l'enquête sur place et de l'examen, les noms des personnes se trouvant sur les lieux, les orientations données et les environnements ; s'ils portent correctement l'emplacement et les caractéristiques de la scène, des articles, des personnes et des corps, ainsi que l'ensemble du processus d'enquête sur place, de l'examen et de la perquisition ; si les documents écrits correspondent aux objets réels, aux peintures, aux enregistrements audiovisuels et aux photos ; si la forme ou le moyen de réunion des preuves est scientifique et standard ; si la scène, un article ou une marque a été falsifié, et si la scène est originale ; et si les caractéristiques du corps, les situations de dommages ou les situations physiques sont falsifiées ou ont changé ;
3. Dans le cas où une enquête sur place ou un examen complémentaire est effectuée, si le résultat est conforme à celui de l'original et si le motif de l'enquête sur place ou de l'examen supplémentaire a été indiqué ;
4. Si les procès-verbaux de l'enquête sur place et de l'examen corroborent les aveux de l'accusé, la déclaration de la victime, les conclusions de l'expertise et d'autres éléments de preuve, et s'il existe un conflit entre eux.

**Article 26** Les procès-verbaux de l'enquête sur place et de l'examen ne peuvent être utilisés comme preuves s'ils violent manifestement une loi ou toute autre disposition et si la violation des lois ne peut être justifiée. S'il n'y a pas de témoin oculaire pour l'enquête sur place ou l'examen, les procès-verbaux ne portent la signature ou le sceau des enquêteurs et des témoins, ou les enquêteurs enfreignent les dispositions concernant la récusation, l'authenticité et la pertinence des procès-verbaux doivent être examinées en fonction d'autres éléments de preuve.

G. Enregistrement audiovisuel

**第二十五条** 对勘验、检查笔录应当着重审查以下内容：

- (一) 勘验、检查是否依法进行，笔录的制作是否符合法律及有关规定的要求，勘验、检查人员和见证人是否签名或者盖章等。
- (二) 勘验、检查笔录的内容是否全面、详细、准确、规范：是否准确记录了提起勘验、检查的事由，勘验、检查的时间、地点，在场人员、现场方位、周围环境等情况；是否准确记载了现场、物品、人身、尸体等的位置、特征等详细情况以及勘验、检查、搜查的过程；文字记载与实物或者绘图、录像、照片是否相符；固定证据的形式、方法是否科学、规范；现场、物品、痕迹等是否被破坏或者伪造，是否是原始现场；人身特征、伤害情况、生理状况有无伪装或者变化等。
- (三) 补充进行勘验、检查的，前后勘验、检查的情况是否有矛盾，是否说明了再次勘验、检查的原由。

(四) 勘验、检查笔录中记载的情况与被告人供述、被害人陈述、鉴定意见等其他证据能否印证，有无矛盾。

**第二十六条** 勘验、检查笔录存在明显不符合法律及有关规定的情形，并且不能作出合理解释或者说明的，不能作为证据使用。勘验、检查笔录存在勘验、检查没有见证人的，勘验、检查人员和见证人没有签名、盖章的，勘验、检查人员违反回避规定的等情形，应当结合案件其他证据，审查其真实性和关联性。

7、视听资料

**Article 27** L'examen des enregistrements audiovisuels est axé sur :

1. Si la source de ces enregistrements audiovisuels est légale et si les intéressés ont subi les menaces, les tromperies ou si la loi a été violée dans la production de telles données ;
2. Si l'identité du producteur ou du titulaire, ainsi que l'heure, le lieu, les conditions et les méthodes de production ont été spécifiés ;
3. Si les enregistrements audiovisuels sont originaux, s'ils ont été reproduits et, dans l'affirmative, le nombre de copies reproduites. Dans le cas où les enregistrements audiovisuels sont des reproductions, s'il existe une explication de la raison pour laquelle les originaux ne sont pas disponibles, du processus de reproduction et du lieu de stockage des originaux ; et s'ils portent la signature ou le sceau du producteur et du détenteur des originaux ;
4. Si le contenu et le processus de production des enregistrements audiovisuels sont authentiques et s'ils ont été coupés, ajoutés, supprimés, modifiés, édités ou autrement falsifiés ou mutilés ;
5. Si le contenu des enregistrements audiovisuels lie aux faits de l'affaire. L'expertise sera procédée en cas de doute sur l'authenticité des enregistrements audiovisuels. L'authenticité et la pertinence des enregistrements audiovisuels seront examinées sur la base des autres éléments de preuve.

**Article 28** Les enregistrements audiovisuels ne doivent pas servir de base à la détermination de l'affaire dans les cas suivants :

1. Lorsqu'il n'existe aucun moyen de déterminer si ces données sont authentiques ou non durant l'examen ou l'expertise ;
2. Lorsqu'il existe l'opposition à la production de ces enregistrements ou le moment, le lieu ou la manière dont ils ont été obtenus, et cela ne pourrait être ni justifié ni prouvé par des preuves.

H. Autres dispositions

**Article 29** L'examen des éléments de preuve électroniques tels que les courriers électroniques, les échanges de données électroniques, les journaux de discussion en ligne, les blogs, les SMS, les signatures électroniques et les noms de domaine est centré sur :

1. Si le disque magnétique, le disque compact ou tout autre support

**第二十七条** 对视听资料应当着重审查以下内容:

- (一) 视听资料的来源是否合法, 制作过程中当事人有无受到威胁、引诱等违反法律及有关规定的行为;
- (二) 是否载明制作人或者持有人的身份, 制作的时间、地点和条件以及制作方法;
- (三) 是否为原件, 有无复制及复制份数; 调取的视听资料是复制件的, 是否附有无法调取原件的原因、制作过程和原件存放地点的说明, 是否有制作人和视听资料持有人签名或者盖章;
- (四) 内容和制作过程是否真实, 有无经过剪辑、增加、删改、编辑等伪造、变造情形;
- (五) 内容与案件事实有无关联性。对视听资料有疑问的, 应当进行鉴定。对视听资料, 应当结合案件其他证据, 审查其真实性和关联性。

**第二十八条** 具有下列情形之一的视听资料, 不能作为定案的根据:

- (一) 视听资料经审查或者鉴定无法确定真伪的;
- (二) 对视听资料的制作和取得的时间、地点、方式等有异议, 不能作出合理解释或者提供必要证明的。

8、其他规定

**第二十九条** 对于电子邮件、电子数据交换、网上聊天记录、网络博客、手机短信、电子签名、域名等电子证据, 应当主要审查以下内容:

- (一) 该电子证据存储磁盘、存

mobile utilisé pour stocker la preuve électronique a été soumis avec une copie papier;

2. Si le lieu et l'heure de la constitution de la preuve électronique, l'objet, le producteur, le processus de production, les dispositifs appropriés et d'autres informations sur la preuve ont été spécifiés ;

3. Si les procédures ou les chaînons concernant la preuve électronique, par exemple, la production, le stockage, la transmission, l'obtention, la collecte et la présentation, etc. sont légales, et si elle porte les signatures ou les sceaux du collecteur, du producteur, du titulaire, du témoin, etc.;

4. Si la preuve électronique est authentique et si elle a été coupée, reconstituée, déformée, ajoutée ou autrement falsifiée ou modifiée ;

5. Si la preuve électronique lie aux faits de l'affaire. L'expertise doit être précédée en cas de doute sur la preuve électronique. L'authenticité et la pertinence de la preuve électronique doivent être examinées sur la base des autres preuves.

**Article 30** Dans l'une des circonstances suivantes, l'identification organisée par l'organe d'enquête doit faire l'objet d'un examen strict et le résultat de l'identification ne doit pas servir de base à la détermination de l'affaire s'il n'existe aucun moyen de décider s'il est vrai ou non. :

1. L'identification n'est pas présidée par le personnel d'enquête ;

2. Le témoin a vu l'objet ou la personne à identifier au préalable ;

3. L'identification n'est pas faite séparément ;

4. L'objet à identifier n'est pas accompagné d'objets présentant des caractéristiques similaires, ou la quantité d'objets ne répond pas aux exigences prescrites, sauf le cas où l'objet à identifier est un cadavre ou un endroit ;

5. Le témoin a manifestement reçu une indication pour identifier un objet ou un suspect. Dans l'une des circonstances suivantes, le résultat de l'identification peut être utilisé comme preuve si le personnel d'enquête apporte une correction ou une justification :

1° Il y a moins de 2 enquêteurs qui président l'identification ;

储光盘等可移动存储介质是否与打印件一并提交；

(二) 是否载明该电子证据形成的时间、地点、对象、制作人、制作过程及设备情况等；

(三) 制作、储存、传递、获得、收集、出示等程序和环节是否合法，取证人、制作人、持有人、见证人等是否签名或者盖章；

(四) 内容是否真实，有无剪裁、拼凑、篡改、添加等伪造、变造情形；

(五) 该电子证据与案件事实有无关联性。对电子证据有疑问的，应当进行鉴定。对电子证据，应当结合案件其他证据，审查其真实性 and 关联性。

**第三十条** 侦查机关组织的辨认，存在下列情形之一的，应当严格审查，不能确定其真实性的，辨认结果不能作为定案的根据：

(一) 辨认不是在侦查人员主持下进行的；

(二) 辨认前使辨认人见到辨认对象的；

(三) 辨认人的辨认活动没有个别进行的；

(四) 辨认对象没有混杂在具有类似特征的其他对象中，或者供辨认的对象数量不符合规定的；尸体、场所等特定辨认对象除外。

(五) 辨认中给辨认人明显暗示或者明显有指认嫌疑的。有下列情形之一的，通过有关办案人员的补正或者作出合理解释的，辨认结果可以作为证据使用：

(一) 主持辨认的侦查人员少于

2° Les enquêteurs omettent de demander au témoin les caractéristiques spécifiques de l'objet à identifier;

3° Aucun procès-verbal d'identification n'a été fait sur le processus et le résultat d'identification, ou le procès-verbal d'identification ne porte pas la signature ou le sceau du personnel d'enquête, des témoins ;

4° Les procès-verbaux sont trop simples et ne contiennent que le résultat mais non le processus de l'identification ;

5° Seule les procès-verbaux de l'identification ont été mis dans les dossiers, et il n'y a pas de photo de l'objet à identifier, pas d'enregistrements audiovisuels et d'autres données permettant d'apprendre les circonstances de l'identification.

**Article 31** Concernant les documents sur le processus de traitement d'une affaire délivrés par l'organe d'enquête, il faut vérifier s'ils portent la signature ou le sceau du personnel d'enquête et de l'organe d'enquête qui fournit ces documents. En cas de doute sur le processus de traitement d'une affaire ou sur les bases permettant de déterminer les suspects, l'organe d'enquête fournit une explication supplémentaire.

### III. Examen approfondi et administration de la preuve

**Article 32** La force probante de la preuve doit être appréciée en fonction des circonstances concrètes de l'affaire en question, de sa pertinence pour le *factum probandum*, de son lien avec d'autres preuves, etc. Les preuves peuvent être utilisées pour déterminer une affaire s'il existe le lien interne logique entre elles visant à prouver le même *probum* et des conflits peuvent être raisonnablement écartés.

**Article 33** En l'absence de preuves directes établissant que l'acte criminel a été commis par l'accusé, celui-ci peut toujours être condamné si les conditions suivantes sont simultanément remplies :

1. La preuve indirecte utilisée pour la condamnation a été vérifiée comme vraie ;
2. La preuve indirecte utilisée pour la condamnation se corrobore, et il n'y a pas de conflit qui ne puisse être éliminé ni de doute qui ne puisse être dissipé ;
3. La preuve indirecte utilisée pour la condamnation a formé un système

二人的;

(二) 没有向辨认人详细询问辨认对象的具体特征的;

(三) 对辨认经过和结果没有制作专门的规范的辨认笔录, 或者辨认笔录没有侦查人员、辨认人、见证人的签名或者盖章的;

(四) 辨认记录过于简单, 只有结果没有过程的;

(五) 案卷中只有辨认笔录, 没有被辨认对象的照片、录像等资料, 无法获悉辨认的真实情况的。

**第三十一条** 对侦查机关出具的破案经过等材料, 应当审查是否有出具该说明材料的办案人、办案机关的签字或者盖章。对破案经过有疑问, 或者对确定被告人有重大嫌疑的根据有疑问的, 应当要求侦查机关补充说明。

### 三、证据的综合审查和运用

**第三十二条** 对证据的证明力, 应当结合案件的具体情况, 从各证据与待证事实的关联程度、各证据之间的联系等方面进行审查判断。证据之间具有内在的联系, 共同指向同一待证事实, 且能合理排除矛盾的, 才能作为定案的根据。

**第三十三条** 没有直接证据证明犯罪行为系被告人实施, 但同时符合下列条件的可以认定被告人有罪:

(一) 据以定案的间接证据已经查证属实;

(二) 据以定案的间接证据之间相互印证, 不存在无法排除的矛盾和无法解释的疑问;

(三) 据以定案的间接证据已经

de preuve intégré ;

4. La conclusion à partir des faits vérifiés par des preuves indirectes est exclusive et suffisante pour éliminer tout doute raisonnable ;

5. Le raisonnement fondé sur des preuves indirectes relève de la logique et des jugements expérientiels. Le juge doit utiliser avec grande prudence des preuves indirectes pour condamner un accusé à la peine de mort.

**Article 34** Un accusé peut être déclaré coupable sur la base de preuves matérielles ou écrites cachées, obtenues selon les aveux et les identifications de l'accusé, si ces preuves corroborent d'autres preuves établissant la survenance des faits, et la possibilité de collusion et de l'obtention d'aveux par l'extorsion ou par incitation a été exclue.

**Article 35** Les preuves matérielles, les preuves écrites ou toute autre preuve obtenues par l'organe d'enquête en prenant des mesures spéciales d'enquête en vertu des dispositions concernées peuvent servir de base à la détermination d'une affaire pour autant que ces preuves ont été vérifiées par le tribunal. Le tribunal est interdit légalement à divulguer le processus et la méthode d'exécution desdites mesures spéciales d'enquête.

**Article 36** Pour vérifier les faits sur la base desquels un accusé est condamné à une peine après la détermination de sa culpabilité, le tribunal populaire examine les circonstances suivantes :

1. La cause de l'affaire ;

2. Si et dans quelle mesure la victime est fautive et est responsable de l'intensification du conflit ;

3. Si un des proches parents de l'accusé a aidé à son arrestation ;

4. La performance habituelle de l'accusé et s'il a montré la repentance ;

5. Si la victime a intenté une action civile, et si l'accusé a obtenu de la compréhension de la victime ou de ses proches parents ;

6. Autres circonstances pouvant influencer sur la peine. S'il existe des circonstances pour une peine plus légère ou atténuée et des circonstances pour une peine plus lourde, la peine finale sera décidée en prenant toutes

形成完整的证明体系；

(四) 依据间接证据认定的案件事实，结论是唯一的，足以排除一切合理怀疑；

(五) 运用间接证据进行的推理符合逻辑和经验判断。根据间接证据定案的，判处死刑应当特别慎重。

**第三十四条** 根据被告人的供述、指认提取到了隐蔽性很强的物证、书证，且与其他证明犯罪事实发生的证据互相印证，并排除串供、逼供、诱供等可能性的，可以认定有罪。

**第三十五条** 侦查机关依照有关规定采用特殊侦查措施所收集的物证、书证及其他证据材料，经法庭查证属实，可以作为定案的根据。法庭依法不公开特殊侦查措施的过程及方法。

**第三十六条** 在对被告人作出有罪认定后，人民法院认定被告人的量刑事实，除审查法定情节外，还应审查以下影响量刑的情节：

(一) 案件起因；

(二) 被害人有无过错及过错程度，是否对矛盾激化负有责任及责任大小；

(三) 被告人的近亲属是否协助抓获被告人；

(四) 被告人平时表现及有无悔罪态度；

(五) 被害人附带民事诉讼赔偿情况，被告人是否取得被害人或者被害人近亲属谅解；

(六) 其他影响量刑的情节。既有从轻、减轻处罚等情节，又有从重处罚等情节的，应当依法综

ces circonstances en considération dans son intégralité. Si les circonstances pour une peine plus légère ou atténuée ne peuvent être exclues, le tribunal doit être particulièrement prudent lorsqu'il prononce une sentence de mort.

**Article 37** Les preuves dans l'une des circonstances suivantes doivent être utilisées avec prudence et ne peuvent être admissibles que si elles sont corroborées par d'autres preuves :

1. Des déclarations, des témoignages ou des aveux rendus respectivement par une victime, un témoin ou un accusé physiquement ou mentalement déficient, qui éprouvent certaines difficultés à percevoir et à exprimer les faits, mais préserve la capacité de percevoir et d'exprimer correctement les choses ;

2. Un témoignage favorable à l'accusé, tel que rendu par un témoin ayant des liens de parenté ou toute autre relation proche avec l'accusé, ou un témoignage contre l'accusé, tel que rendu par un témoin ayant les conflits d'intérêts avec l'accusé.

**Article 38** Si le tribunal a des doutes sur les preuves, il peut demander au procureur qui a comparu devant le tribunal, à l'accusé ou son défenseur de compléter les preuves ou d'en justifier les motifs ; et le cas échéant, il peut déclarer que l'audience est levée afin de mener des enquêtes sur ces preuves. Si nécessaire, le tribunal peut informer le procureur qui a comparu devant le tribunal et le défenseur de comparaître devant le tribunal. Le défaut du procureur ou du défenseur doit être indiqué dans les procès-verbaux. Pour les preuves complétées par le procureur ou le défenseur ou obtenues par le tribunal à la suite d'enquêtes extrajudiciaires, le tribunal peut demander l'avis du procureur ou du défenseur qui a comparu devant le tribunal hors l'audience. S'ils ne sont pas d'accord et que l'un des deux demandes au tribunal d'ouvrir une session d'audience pour interrogatoire, le tribunal le fera.

**Article 39** Si l'accusé ou son défenseur affirme que l'accusé s'est rendu lui-même, ce qui n'est pas reconnu par l'organe compétent, le tribunal doit demander à l'organe compétent de fournir des éléments de preuve ou demander au personnel concerné de témoigner et décider s'il s'agit ou non d'une renonciation volontaire sur la base desdits éléments de preuve ou témoignages en combinaison avec d'autres éléments de preuve. S'il manque des éléments de preuve permettant de prouver si l'accusé a aidé l'arrestation de ses complices ou comment il a aidé l'arrestation de ceux-ci, et ce fait ne permet pas de déterminer si l'accusé a accompli des actes

合相关情节予以考虑。不能排除被告人具有从轻、减轻处罚等量刑情节的，判处死刑应当特别慎重。

**第三十七条** 对于有下列情形的证据应当慎重使用，有其他证据印证的，可以采信：

（一）生理上、精神上有缺陷的被害人、证人和被告人，在对案件事实的认知和表达上存在一定困难，但尚未丧失正确认知、正确表达能力而作的陈述、证言和供述；

（二）与被告人有亲属关系或者其他密切关系的证人所作的对该被告人有利的证言，或者与被告人有利害冲突的证人所作的对该被告人不利的证言。

**第三十八条** 法庭对证据有疑问的，可以告知出庭检察人员、被告人及其辩护人补充证据或者作出说明；确有核实必要的，可以宣布休庭，对证据进行调查核实。法庭进行庭外调查时，必要时，可以通知出庭检察人员、辩护人到场。出庭检察人员、辩护人一方或者双方不到场的，法庭记录在案。人民检察院、辩护人补充的和法庭庭外调查核实取得的证据，法庭可以庭外征求出庭检察人员、辩护人的意见。双方意见不一致，有一方要求人民法院开庭进行调查的，人民法院应当开庭。

**第三十九条** 被告人及其辩护人提出有自首的事实及理由，有关机关未予认定的，应当要求有关机关提供证明材料或者要求相关人员作证，并结合其他证据判断自首是否成立。被告人是否协助或者如何协助抓获同案犯的证明材料不全，导致无法认定被告人构成立功的，应当要求有关机

méritoires, le tribunal doit demander à l'organe compétent de fournir les éléments de preuve requis ou demander au personnel concerné de témoigner, et déterminer si le défendeur a rendu des services méritoires sur la base de tels éléments de preuve ou de tels témoignages, associés à d'autres éléments de preuve. Un examen doit être effectué pour déterminer si la dénonciation a été vérifiée comme vraie ; si aucun examen n'a été effectué, il doit être vérifié dans les meilleurs délais. Si les éléments de preuve sont insuffisants pour prouver que l'accusé est un récidiviste, le tribunal doit demander à l'organe concerné de fournir des éléments de preuve.

**Article 40** En générale, le tribunal doit déterminer selon le certificat d'enregistrement de résidence si l'accusé a atteint l'âge de 18 ans quand il a commis le crime en cause. Si le certificat d'enregistrement de résidence contient des éléments différents, une preuve telle que l'acte de naissance ou le témoignage d'une partie non intéressée prouvant que l'accusé n'a pas atteint l'âge de 18 ans, le tribunal doit considérer que l'accusé est âgé de moins de 18 ans. En l'absence d'un certificat d'enregistrement de résidence ou d'un acte de naissance, l'âge de l'accusé sera déterminé sur la base d'éléments de preuve tels qu'un enregistrement de recensement ou le témoignage d'une personne non intéressée. Le cas échéant, il est possible d'identifier l'âge des os de l'accusé et de prendre le résultat de l'expertise comme référence pour juger de l'âge de l'accusé. Un accusé ne sera pas considéré comme ayant atteint l'âge de 18 ans s'il existe toujours un conflit entre les preuves, et les preuves sont insuffisantes pour prouver que l'accusé avait 18 ans quand il a commis le crime en cause et il n'existe aucun moyen de confirmer l'âge de l'accusé.

**Article 41** Ces dispositions entreront en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 2010. Afin de réglementer les pratiques judiciaires et améliorer la justice, Dispositions concernant plusieurs questions relatives à l'exclusion des preuves illégales dans les affaires pénales sont rédigées conformément à la Loi de Procédure Pénale et aux interprétations des lois, à la lumière des pratiques du traitement des affaires des parquets populaires, des organes de sécurité publique, des organes de sécurité nationale et des organes judiciaires.

关提供证明材料或者要求相关人员作证,并结合其他证据判断立功是否成立。被告人有检举揭发他人犯罪情形的,应当审查是否已经查证属实;尚未查证的,应当及时查证。被告人累犯的证明材料不全,应当要求有关机关提供证明材料。

**第四十条** 审查被告人实施犯罪时是否已满十八周岁,一般应当以户籍证明为依据;对户籍证明有异议,并有经查证属实的出生证明文件、无利害关系人的证言等证据证明被告人不满十八周岁的,应认定被告人不满十八周岁;没有户籍证明以及出生证明文件的,应当根据人口普查登记、无利害关系人的证言等证据综合进行判断,必要时,可以进行骨龄鉴定,并将结果作为判断被告人年龄的参考。未排除证据之间的矛盾,无充分证据证明被告人实施被指控的犯罪时已满十八周岁且确实无法查明的,不能认定其已满十八周岁。

**第四十一条** 本规定自二〇一〇年七月一日起施行。关于办理刑事案件排除非法证据若干问题的规定为规范司法行为,促进司法公正,根据刑事诉讼法和相关司法解释,结合人民法院、人民检察院、公安机关、国家安全机关和司法机关办理刑事案件工作实际,制定本规定。



## Annexe (A. 2)

### Dispositions concernant plusieurs questions relatives à l'exclusion des preuves illégales dans les affaires pénales

(Élaborées conjointement par la Cour suprême populaire, le Parquet suprême populaire, le Ministère de la Sécurité publique et le Ministère de la Justice, entrées en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 2010)

#### 《关于办理刑事案件排除非法证据若干问题的规定》

(最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部联合制定, 2010年7月1日生效)

**Article 1** Les aveux d'un suspect ou d'un accusé extorqué par la torture ou tout autre moyen illégal, ainsi que le témoignage d'un témoin et les déclarations de victimes extorquées par la violence, la menace ou tout autre moyen illégal constituent une preuve testimoniale illégale.

**Article 2** Les preuves testimoniales qui ont été déclarées illégales sont exclues du dossier et ne peuvent servir de base à la détermination d'une affaire.

**Article 3** Lors de l'autorisation d'une arrestation ou de l'examen du suivi d'une poursuite, les parquets populaires doivent exclure les preuves testimoniales illégales et ne peuvent pas les utiliser comme fondement pour approuver une arrestation ou engager des poursuites.

**Article 4** Si l'accusé affirme que ses aveux faite avant le procès sont acquise par des moyens illégaux après la signification du duplicata de l'acte de poursuite, mais avant la tenue d'un procès, il soumet une requête écrite au tribunal populaire. S'il a du mal à rédiger la requête, celle-ci peut être faite verbalement. Le fonctionnaire judiciaire ou le défenseur de l'accusé en fait un procès-verbal avec la signature ou l'empreinte digitale de l'accusé. Le tribunal populaire remet une photocopie de la requête écrite ou de ledit procès-verbal au parquet populaire avant le procès.

**Article 5** Lorsqu'un accusé ou l'un de ses défenseurs affirme, avant ou pendant le procès, que les aveux faite avant le procès sont acquise par des moyens illégaux, le tribunal procède à une enquête judiciaire après que le procureur a terminé la lecture du réquisitoire introductif. L'accusé ou son défenseur affirme, avant la fin du débat, que les aveux de l'accusé faite avant le procès sont obtenu par des moyens illégaux, le tribunal procède également à une enquête.

**Article 6** Lorsqu'un accusé ou l'un de ses défenseurs affirme que les aveux faits avant le procès sont obtenus par des moyens illégaux, le tribunal lui demande de fournir des indices ou des preuves concernant le

**第一条** 采用刑讯逼供等非法手段取得的犯罪嫌疑人、被告人供述和采用暴力、威胁等非法手段取得的证人证言、被害人陈述, 属于非法言词证据。

**第二条** 经依法确认的非法言词证据, 应当予以排除, 不能作为定案的根据。

**第三条** 人民检察院在审查批准逮捕、审查起诉中, 对于非法言词证据应当依法予以排除, 不能作为批准逮捕、提起公诉的根据。

**第四条** 起诉书副本送达后开庭审判前, 被告人提出其审判前供述是非法取得的, 应当向人民法院提交书面意见。被告人书写确有困难的, 可以口头告诉, 由人民法院工作人员或者其辩护人作出笔录, 并由被告人签名或者捺指印。人民法院应当将被告人的书面意见或者告诉笔录复印件在开庭前交人民检察院。

**第五条** 被告人及其辩护人在开庭审理前或者庭审中, 提出被告人审判前供述是非法取得的, 法庭在公诉人宣读起诉书之后, 应当先行当庭调查。法庭辩论结束前, 被告人及其辩护人提出被告人审判前供述是非法取得的, 法庭也应当进行调查。

**第六条** 被告人及其辩护人提出被告人审判前供述是非法取得的, 法庭应当要求其提供涉嫌非

personnel, l'heure, le lieu, le moyen ou le contenu impliqué dans la recherche des preuves.

**Article 7** Lorsque, après enquête, le tribunal doute si les aveux de l'accusé faits avant le procès sont obtenus par le moyen légal, le procureur communique les procès-verbaux de l'interrogatoire, les enregistrements audiovisuels originaux du processus d'interrogatoire ou d'autres preuves, et requiert au tribunal pour assigner à comparaître toute autre personne présente sur le lieu de l'interrogatoire ou tout autre témoin. Si cela ne suffit pas encore pour dissiper le soupçon d'obtenir des aveux sous la torture, le procureur requiert au tribunal que les interrogateurs soient convoqués à comparaître devant le tribunal en tant que témoins afin de prouver la légalité du processus de collecte des aveux. Le procureur peut présenter au tribunal une requête en ajournement du procès en vertu de l'article 165 de la Loi de Procédure Pénale si aucune preuve ne peut être produite devant le tribunal. Les interrogateurs ou autres agents de l'autorité publique légitimement assignés à comparaître comparaissent à l'audience en tant que témoins. Les pièces à conviction présentées par le procureur qui ont été apposés avec le sceau officiel mais sans la signature ou le sceau des interrogateurs ne doivent pas être utilisées comme preuve pour prouver la légalité du processus de collecte des preuves. La partie de poursuite ou de défense peut procéder à un contre-interrogatoire et à un débat sur la légalité du processus du recueil des aveux de l'accusé faite avant le procès.

**Article 8** Si le tribunal a des doutes sur les preuves fournies par l'une des parties à la poursuite, il peut ajourner l'audience et vérifier les preuves. Si nécessaire, il peut demander au procureur et au défenseur d'être présents sur les lieux.

**Article 9** Si, en audience, le procureur présente une requête en ajournement du procès afin de poursuivre l'enquête ou de rassembler de nouveaux éléments de preuve, le tribunal accorde son agrément. Lorsque l'accusé ou son défenseur sollicite l'assignation d'un interrogateur, de toute autre personne présente sur le lieu de l'interrogatoire ou de tout autre témoin, le tribunal peut déclarer l'ajournement du procès s'il le juge nécessaire.

**Article 10** Les aveux faits par l'accusé avant le procès peuvent être annoncé et soumis à un contre-interrogatoire devant le tribunal, si, d'après l'enquête au procès, l'une des circonstances suivantes se présente :

1. Ni l'accusé ni son défenseur n'ont fourni d'indices ou de preuves pour prouver que les aveux sont obtenus de manière illégale ;

法取证的人员、时间、地点、方式、内容等相关线索或者证据。

**第七条** 经审查，法庭对被告人审判前供述取得的合法性有疑问的，公诉人应当向法庭提供讯问笔录、原始的讯问过程录音录像或者其他证据，提请法庭通知讯问时其他在场人员或者其他证人出庭作证，仍不能排除刑讯逼供嫌疑的，提请法庭通知讯问人员出庭作证，对该供述取得的合法性予以证明。公诉人当庭不能举证的，可以根据刑事诉讼法第一百六十五条的规定，建议法庭延期审理。经依法通知，讯问人员或者其他人员应当出庭作证。公诉人提交加盖公章的说明材料，未经有关讯问人员签名或者盖章的，不能作为证明取证合法性的证据。控辩双方可以就被告人审判前供述取得的合法性问题进行质证、辩论。

**第八条** 法庭对于控辩双方提供的证据有疑问的，可以宣布休庭，对证据进行调查核实。必要时，可以通知检察人员、辩护人到场。

**第九条** 庭审中，公诉人为提供新的证据需要补充侦查，建议延期审理的，法庭应当同意。被告人及其辩护人申请通知讯问人员、讯问时其他在场人员或者其他证人到庭，法庭认为有必要的，可以宣布延期审理。

**第十条** 经法庭审查，具有下列情形之一的，被告人审判前供述可以当庭宣读、质证：

（一）被告人及其辩护人未提供非法取证的相关线索或者证据的；

2. L'accusé ou son défenseur a fourni des indices ou des preuves pour prouver que les aveux ont été obtenus illégalement, le tribunal n'a cependant aucun doute sur la légalité du processus de collecte des aveux ;

3. Les preuves produites par le procureur sont concluantes et suffisantes pour exclure la possibilité que les aveux soient obtenus illégalement. Le tribunal décide en fonction des aveux de l'accusé faits au tribunal et d'autres preuves si les aveux de l'accusé faits avant le procès et annoncés en audience peuvent servir de fondement à la détermination d'une affaire.

**Article 11** Si les procureurs omettent de prouver que les aveux de l'accusé faite avant le procès sont légalement acquis ou si les preuves fournies ne sont ni concluantes ni suffisantes, ces aveux ne doivent pas servir de fondement à la détermination de l'affaire.

**Article 12** Lorsqu'un accusé ou l'un de ses défenseurs affirme que les aveux de l'accusé faits avant le procès sont acquis par des moyens illégaux alors que le tribunal populaire de première instance n'a pas procédé à une enquête et rend sa décision au fondement de ces aveux, le tribunal de deuxième instance vérifie si lesdits aveux sont acquis par des moyens légaux. Si le procureur omet de fournir des preuves établissant que les aveux sont légalement acquis ou si les preuves fournies ne sont ni concluantes ni suffisantes, ces aveux ne doivent pas servir de base à la décision.

**Article 13** Si, en audience, un procureur, l'accusé ou son défenseur affirme que la déposition écrite d'un témoin qui n'est pas présent au tribunal ou la déclaration écrite d'une victime qui n'est pas présente au tribunal est acquise par des moyens illégaux, le producteur de preuves doit prouver que les preuves ont été recueillies légalement. Concernant les preuves prévues par le texte précédent, le tribunal procède à une enquête selon les articles du présent texte.

**Article 14** Lorsque des preuves matérielles ou écrites sont manifestement collectées de la façon illégale, et cette illégalité peut affecter l'impartialité du procès, une correction ou une justification doit être apportée, sinon ces preuves ne peuvent pas être utilisées comme le fondement de décision de l'affaire.

**Article 15** Les présentes dispositions entreront en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 2010.

(二) 被告人及其辩护人已提供非法取证的相关线索或者证据，法庭对被告人审判前供述取得的合法性没有疑问的；

(三) 公诉人提供的证据确实、充分，能够排除被告人审判前供述属非法取得的。对于当庭宣读的被告人审判前供述，应当结合被告人当庭供述以及其他证据确定能否作为定案的根据。

**第十一条** 对被告人审判前供述的合法性，公诉人不提供证据加以证明，或者已提供的证据不够确实、充分的，该供述不能作为定案的根据。

**第十二条** 对于被告人及其辩护人提出的被告人审判前供述是非法取得的意见，第一审人民法院没有审查，并以被告人审判前供述作为定案根据的，第二审人民法院应当对被告人审判前供述取得的合法性进行审查。检察人员不提供证据加以证明，或者已提供的证据不够确实、充分的，被告人该供述不能作为定案的根据。

**第十三条** 庭审中，检察人员、被告人及其辩护人提出未到庭证人的书面证言、未到庭被害人的书面陈述是非法取得的，举证方应当对其取证的合法性予以证明。对前款所述证据，法庭应当参照本规定有关规定进行调查。

**第十四条** 物证、书证的取得明显违反法律规定，可能影响公正审判的，应当予以补正或者作出合理解释，否则，该物证、书证不能作为定案的根据。

**第十五条** 本规定自二〇一〇年七月一日起施行。



# Annexe (A. 3)

## La Loi de Procédure Pénale, titre I chapitre V : Preuve

(Adoptée par la seconde session de la Cinquième Assemblée Populaire Nationale en 1979 ; amendée la première fois le 17 mars 1996, la deuxième fois le 14 mars 2012, la troisième fois le 26 octobre 2018)

### 《刑事诉讼法》第一编第五章：证据

(1979 年第五届全国人民代表大会第二次会议通过，1996 年 3 月 17 日第一次修正，2012 年 3 月 14 日第二次修正，2018 年 10 月 26 日第三次修正)

#### Chapiter V. Preuve

**Article 50** Tous les documents pouvant être utilisés pour prouver les faits de l'affaire sont des preuves.

Les preuves comprennent:

- (1) les preuves matérielles ;
- (2) les preuves écrites ;
- (3) les témoignages ;
- (4) les déclarations de victime ;
- (5) les confessions et les justifications d'un suspect ou d'un accusé ;
- (6) les expertises ;
- (7) les procès-verbaux des enquêtes sur place, des examens, des identifications et des reconstitutions d'un crime ;
- (8) les enregistrements audiovisuels et les données électroniques.

Les preuves doivent être vérifiées avant de servir de base à la décision d'une affaire.

**Article 51** La charge de la preuve de la culpabilité de l'accusé dans une affaire de poursuite publique incombe au procureur populaire, tandis que celle dans une affaire d'accusation privée incombe à la partie privée.

**Article 52** Les juges, les procureurs et les enquêteurs doivent, conformément aux modalités prévues par la loi, rassembler divers éléments de preuve qui peuvent prouver la culpabilité ou l'innocence d'un suspect ou d'un accusé et la gravité de l'infraction. Il est strictement interdit d'extorquer des aveux par la torture, de recueillir des preuves par la menace, la séduction, la tromperie ou tout autre moyen illégal, ou de forcer quiconque à s'incriminer de soi-même. Il faut veiller à ce que tous les citoyens impliqués dans l'affaire ou disposant d'informations concernant l'affaire puissent fournir des preuves objectives et complètes,

#### 第五章 证据

**第五十条** 可以用于证明案件事实的材料，都是证据。

证据包括：

- (一) 物证；
- (二) 书证；
- (三) 证人证言；
- (四) 被害人陈述；
- (五) 犯罪嫌疑人、被告人供述和辩解；
- (六) 鉴定意见；
- (七) 勘验、检查、辨认、侦查实验等笔录；
- (八) 视听资料、电子数据。

证据必须经过查证属实，才能作为定案的根据。

**第五十一条** 公诉案件中被告人有罪的举证责任由人民检察院承担，自诉案件中被告人有罪的举证责任由自诉人承担。

**第五十二条** 审判人员、检察人员、侦查人员必须依照法定程序，收集能够证实犯罪嫌疑人、被告人有罪或者无罪、犯罪情节轻重的各种证据。严禁刑讯逼供和以威胁、引诱、欺骗以及其他非法方法收集证据，不得强迫任何人证实自己有罪。必须保证一切与案件有关或者了解案情的公

et, sauf circonstances spéciales, ces citoyens peuvent être tenus de participer à l'enquête.

**Article 53** L'acte de la demande d'autorisation d'une arrestation écrite par une autorité de sécurité publique, le réquisitoire introductif du procureur populaire et le jugement rendu par un tribunal populaire doivent être conformes à la vérité. Si les organes judiciaires dissimulent intentionnellement la vérité, leur responsabilité doit être recherchée.

**Article 54** Un tribunal populaire, un parquet populaire et une autorité de sécurité publique ont le pouvoir de recueillir ou de demander la présentation d'éléments de preuve aux entités et personnes concernées, qui doivent fournir des preuves véridiques.

Les preuves matérielles, les preuves écrites, les enregistrements audiovisuels, les données électroniques et les autres éléments de preuve recueillis par une autorité administrative dans le processus d'exécution de la loi et d'enquête peuvent être utilisés comme preuves dans la procédure pénale.

Les preuves impliquant des secrets d'État, des secrets commerciaux ou des données personnelles doivent rester confidentielles.

Quiconque falsifie, dissimule ou détruit des preuves doivent être soumises à une responsabilité légale, sans égard à la partie qui détient les preuves.

**Article 55** Dans chaque affaire, le tribunal populaire se concentre sur les preuves, les enquêtes et les recherches. Il ne faut pas croire aveuglement les aveux. L'accusé ne doit pas être déclaré coupable ni condamné à une peine pénale simplement sur la base de ses aveux. Un accusé peut être déclaré coupable et condamné à une peine pénale sur la base des preuves concluantes et suffisantes, même sans confessions.

La preuve est concluante et suffisante lorsque les conditions suivantes sont remplies :

- (1) Tous les faits pour condamnation et détermination de la peine sont étayés par des preuves ;
- (2) Toutes les preuves utilisées pour statuer sur une affaire ont été vérifiées conformément aux procédures judiciaires ;
- (3) Tous les faits établis sont hors de tout doute raisonnable et sont fondés sur tous les éléments de preuve.

**Article 56** Les aveux d'un suspect ou d'un accusé extorqué par la torture ou obtenus par d'autres moyens illégaux, ainsi que les témoignages et les déclarations de victimes obtenues par la violence, la menace ou tout autre

民, 有客观地充分地提供证据的条件, 除特殊情况外, 可以吸收他们协助调查。

**第五十三条** 公安机关提请批准逮捕书、人民检察院起诉书、人民法院判决书, 必须忠实于事实真相。故意隐瞒事实真相的, 应当追究责任。

**第五十四条** 人民法院、人民检察院和公安机关有权向有关单位和个人收集、调取证据。有关单位和个人应当如实提供证据。

行政机关在行政执法和查办案件过程中收集的物证、书证、视听资料、电子数据等证据材料, 在刑事诉讼中可以作为证据使用。

对涉及国家秘密、商业秘密、个人隐私的证据, 应当保密。

凡是伪造证据、隐匿证据或者毁灭证据的, 无论属于何方, 必须受法律追究。

**第五十五条** 对一切案件的判处都要重证据, 重调查研究, 不轻信口供。只有被告人供述, 没有其他证据的, 不能认定被告人有罪和处以刑罚; 没有被告人供述, 证据确实、充分的, 可以认定被告人有罪和处以刑罚。

证据确实、充分, 应当符合以下条件:

- (一) 定罪量刑的事实都有证据证明;
- (二) 据以定案的证据均经法定程序查证属实;
- (三) 综合全案证据, 对所认定事实已排除合理怀疑。

**第五十六条** 采用刑讯逼供等非法方法收集的犯罪嫌疑人、被告人供述和采用暴力、威胁等非法

moyen illégal sont exclus. Si l'enquêteur ne respecte pas les formalités prévues par la loi lors du recueil des preuves matérielles et écrites, et cela est susceptible de porter gravement atteinte à la justice, des corrections ou des justifications sont fournies, sinon ces preuves sont exclues.

S'il est découvert, au cours de l'enquête, de la poursuite, ou du procès, que les preuves sont exclues, elles ne doivent pas être utilisées comme bases pour une proposition de poursuite, une décision de poursuite et un jugement.

**Article 57** Après avoir reçu une plainte, une accusation ou une dénonciation concernant une obtention illégale d'éléments de preuve par des enquêteurs ou après avoir découvert que des preuves ont été recueillies de manière illégale par des enquêteurs, le parquet populaire procédera à une enquête et à des vérifications. Si les preuves sont obtenues de manière illégale, le parquet populaire doit donner un avis sur la correction ; si un crime est commis, la responsabilité pénale doit être recherchée conformément à la loi.

**Article 58** Lorsqu'un juge estime, au cours d'une audience, qu'il existe les cas concernant l'obtention illégale des preuves prévues par l'article 56 de la présente loi, il procède à une enquête judiciaire sur la légalité de l'obtention des preuves.

Toute partie ou son défenseur ou son représentant a le droit de s'adresser à un tribunal populaire pour exclure des preuves obtenues illégalement. Des indices ou des documents doivent être fournis pour une demande d'exclusion des preuves obtenues illégalement.

**Article 59** Au cours de l'enquête sur la légalité de l'obtention des preuves en audience, le procureur populaire doit prouver la légalité de l'obtention des preuves.

Si les éléments de preuve existants ne peuvent pas prouver la légalité de l'obtention d'éléments de preuve, le procureur populaire peut demander au tribunal populaire de convoquer les enquêteurs concernés ou tout autre personnel à comparaître devant le tribunal pour explications, et le tribunal populaire peut informer les enquêteurs ou autres personnes concernés de comparaître devant le tribunal. Les enquêteurs ou toutes les autres personnes concernées peuvent également demander à comparaître devant le tribunal pour explications. Les personnes concernées qui ont été avisées par le tribunal populaire doivent se présenter devant le tribunal.

方法收集的证人证言、被害人陈述,应当予以排除。收集物证、书证不符合法定程序,可能严重影响司法公正的,应当予以补正或者作出合理解释;不能补正或者作出合理解释的,对该证据应当予以排除。

在侦查、审查起诉、审判时发现应当排除的证据的,应当依法予以排除,不得作为起诉意见、起诉决定和判决的依据。

**第五十七条** 人民检察院接到报案、控告、举报或者发现侦查人员以非法方法收集证据的,应当进行调查核实。对于确有以非法方法收集证据情形的,应当提出纠正意见;构成犯罪的,依法追究刑事责任。

**第五十八条** 法庭审理过程中,审判人员认为可能存在本法第五十六条规定的以非法方法收集证据情形的,应当对证据收集的合法性进行法庭调查。

当事人及其辩护人、诉讼代理人有权申请人民法院对以非法方法收集的证据依法予以排除。申请排除以非法方法收集的证据的,应当提供相关线索或者材料。

**第五十九条** 在对证据收集的合法性进行法庭调查的过程中,人民检察院应当对证据收集的合法性加以证明。

现有证据材料不能证明证据收集的合法性的,人民检察院可以提请人民法院通知有关侦查人员或者其他人员出庭说明情况;人民法院可以通知有关侦查人员或者其他人员出庭说明情况。有关侦查人员或者其他人员也可以要求出庭说明情况。经人民法院通知,有关人员应当出庭。

**Article 60** Lorsque les cas concernant l'obtention illégale d'éléments de preuve prévus par l'article 56 de la présente loi sont confirmés ou ne peuvent être exclus au procès, les éléments de preuve concernés sont exclus.

**Article 61** Les témoignages ne peuvent servir de base à la décision d'une affaire qu'après avoir été contre-interrogées devant le tribunal par les deux parties, le procureur et la victime d'un côté, et l'accusé et le défenseur de l'autre, et vérifiée. Si le tribunal affirme qu'un témoin a commis un parjure ou dissimulé les preuves pénales, ce témoin doit être sanctionné par la loi.

**Article 62** Toute personne disposant d'informations concernant une affaire est tenu de témoigner.

Une personne qui présente un handicap physique ou mental ou un mineur qui ne peut pas distinguer le bien du mal ou qui ne peut pas s'exprimer correctement ne doit pas servir de témoin.

**Article 63** Les tribunaux populaires, les parquets populaires et les autorités de sécurité publique veillent à la sécurité des témoins et de leurs proches.

Quiconque intimide, insulte, bat ou exerce des représailles contre un témoin ou ses proches sont passibles de la responsabilité pénale conformément à la loi s'il s'agit d'un crime ; sinon, sont passibles de sanctions administratives ordonnées par l'autorité de la sécurité publique conformément à la loi.

**Article 64** Lorsqu'un témoin, un expert ou une victime témoigne d'un crime d'atteinte à la sécurité nationale, d'actes terroristes, d'un crime organisé à caractère gangland ou d'un crime en matière de drogue, mettant en danger la sécurité personnelle du témoin, de l'expert, ou de la victime ou de ses proches parents, le tribunal populaire, le parquet populaire et l'autorité de sécurité publique prennent une ou plusieurs des mesures de protection suivantes :

(1) ne pas divulguer ses véritables informations personnelles, telles que son nom, son adresse de résidence et son employeur ;

(2) ne pas exposer son regard, sa vraie voix, etc., lorsqu'il prend la parole ;

(3) interdire à certaines personnes de contacter le témoin, l'expert, ou la victime et ses proches parents ;

**第六十条** 对于经过法庭审理, 确认或者不能排除存在本法第五十六条规定的以非法方法收集证据情形的, 对有关证据应当予以排除。

**第六十一条** 证人证言必须在法庭上经过公诉人、被害人和被告人、辩护人双方质证并且查实以后, 才能作为定案的根据。法庭查明证人有意作伪证或者隐匿罪证的时候, 应当依法处理。

**第六十二条** 凡是知道案件情况的人, 都有作证的义务。

生理上、精神上有缺陷或者年幼, 不能辨别是非、不能正确表达的人, 不能作证人。

**第六十三条** 人民法院、人民检察院和公安机关应当保障证入及其近亲属的安全。

对证人及其近亲属进行威胁、侮辱、殴打或者打击报复, 构成犯罪的, 依法追究刑事责任; 尚不够刑事处罚的, 依法给予治安管理处罚。

**第六十四条** 对于危害国家安全犯罪、恐怖活动犯罪、黑社会性质的组织犯罪、毒品犯罪等案件, 证人、鉴定人、被害人因在诉讼中作证, 本人或者其近亲属的人身安全面临危险的, 人民法院、人民检察院和公安机关应当采取以下一项或者多项保护措施:

(一) 不公开真实姓名、住址和工作单位等个人信息;

(二) 采取不暴露外貌、真实声音等出庭作证措施;

(三) 禁止特定的人员接触证人、鉴定人、被害人及其近亲属;

(4) assurer une protection spéciale à sa personne et à sa résidence ;

(5) autres mesures de protection nécessaires.

Si un témoin, un expert ou une victime estime que ses dépositions dans le cadre d'une procédure pénale mettent sa sécurité personnelle ou celle de ses proches parents en danger, il peut demander la protection du tribunal populaire, du procureur populaire et d'autorité de sécurité publique.

Les entités et les personnes concernées coopèrent avec un tribunal populaire, un procureur populaire ou une autorité de sécurité publique pour prendre des mesures de protection conformément à la loi.

**Article 65** Une indemnité est versée aux frais de voyage, de séjour et d'hébergement et aux autres frais d'un témoin pour s'acquitter de son obligation de témoigner. Elle est comptabilisée dans les frais de fonctionnement des autorités judiciaires et assurées simultanément par la trésorerie du gouvernement.

Lorsqu'un témoin ayant l'emploi témoigne, son employeur ne peut déduire directement ou indirectement son salaire, ses primes, son bien-être social et toute autre rémunération.

(四) 对人身和住宅采取专门性保护措施；

(五) 其他必要的保护措施。

证人、鉴定人、被害人认为因在诉讼中作证，本人或者其近亲属的人身安全面临危险的，可以向人民法院、人民检察院、公安机关请求予以保护。

人民法院、人民检察院、公安机关依法采取保护措施，有关单位和个人应当配合。

**第六十五条** 证人因履行作证义务而支出的交通、住宿、就餐等费用，应当给予补助。证人作证的补助列入司法机关业务经费，由同级政府财政予以保障。

有工作单位的证人作证，所在单位不得克扣或者变相克扣其工资、奖金及其他福利待遇。



# Annexe (A. 4)

## Interprétation pour l'application de la Loi de Procédure Pénale de la République Populaire de la Chine, chapitre IV : Preuve

(Édictée par la Cour suprême populaire, mise en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2013)

### 《关于适用中华人民共和国刑事诉讼法的解释》第四章 :证据

(最高人民法院颁布, 2013年1月1日生效)

#### Chapitre IV. Preuve

##### Section I. Dispositions générales

**Article 61** Les faits de l'affaire sont constatés au fondement des preuves.

**Article 62** Les juges recueillent, examinent, vérifient et confirment les preuves selon les formalités prévues par la loi.

**Article 63** Les preuves qui n'ont pas été présentées, identifiées ou contre-interrogées devant le tribunal ou qui n'ont pas été fait l'objet d'une autre procédure d'enquête judiciaire et qui n'ont pas été vérifiés, ne peuvent pas être utilisées comme bases pour la détermination de l'affaire, sauf les cas exceptionnels prévus par la loi et la présente interprétation.

**Article 64** Les faits prouvés par les éléments de preuve comprennent :

- (1) l'identité d'un accusé ou d'une victime ;
- (2) s'il existe le crime ;
- (3) si l'accusé a commis le crime ;
- (4) si l'accusé a la capacité de responsabilité pénale, s'il a la motivation et l'objectif pour commettre le crime ;
- (5) l'heure, le lieu, les moyens, les conséquences et les causes de la commission du crime ;
- (6) le rôle de l'accusé dans un crime commis par plusieurs auteurs ;
- (7) s'il existe des circonstances pour une peine plus lourde ou légère ou atténuée, ou même pour l'exemption de peine ;
- (8) les faits concernant l'action civile et les biens impliqués dans l'affaire ;
- (9) les faits concernant la compétence, la récusation, le renvoi de

#### 第四章 证据

##### 第一节 一般规定

**第六十一条** 认定案件事实, 必须以证据为根据。

**第六十二条** 审判人员应当依照法定程序收集、审查、核实、认定证据。

**第六十三条** 证据未经当庭出示、辨认、质证等法庭调查程序查证属实, 不得作为定案的根据, 但法律和本解释另有规定的除外。

**第六十四条** 应当运用证据证明的案件事实包括:

- (一) 被告人、被害人的身份;
- (二) 被指控的犯罪是否存在;
- (三) 被指控的犯罪是否为被告人所实施;
- (四) 被告人有无刑事责任能力, 有无罪过, 实施犯罪的动机、目的;
- (五) 实施犯罪的时间、地点、手段、后果以及案件起因等;
- (六) 被告人在共同犯罪中的地位、作用;
- (七) 被告人有无从重、从轻、减轻、免除处罚情节;
- (八) 有关附带民事诉讼、涉案财物处理的事实;
- (九) 有关管辖、回避、延期审

l'audience etc. ;

(10) tout autre fait concernant la condamnation.

Lorsque le tribunal confirme la culpabilité d'un accusé et les circonstances pour une peine lourde, le critère de la preuve qu'il utilise est les preuves concluantes et suffisantes.

**Article 65** Les preuves matérielles, les preuves écrites, les enregistrements audiovisuels, les données électroniques et les autres éléments de preuve recueillis par une autorité administrative dans le processus d'exécution de la loi et d'enquête peuvent être utilisés comme preuves dans la procédure pénale. Ces preuves qui sont vérifiées par le tribunal et qui sont collectées conformément aux dispositions concernées prévues par la loi et la réglementation administrative, peuvent servir de base à la décision de l'affaire.

Lorsqu'au cours de l'exécution administrative et d'enquête de l'affaire, l'organisation exécutée l'autorité d'administration de l'État selon la loi et la réglementation administrative rassemble les éléments de preuve, ces derniers sont considérés comme les éléments de preuve collectés par l'organe administratif.

**Article 66** Le tribunal populaire procède, selon l'article 191 de la Loi de Procédure Pénale, à une enquête et à des vérifications des preuves. Le cas échéant, il peut informer les procureurs, le défenseur, la partie privée et son représentant légal de comparaître devant le tribunal. Le défaut des personnes précédentes doit être indiqué dans les procès-verbaux.

Lorsque le tribunal populaire, au cours d'enquête et vérification des preuves, trouve les nouveaux éléments de preuve qui a un impact important sur la déclaration de culpabilité et le prononcé de la peine, il en informe les procureurs, le défenseur, la partie privée et son représentant légal. Le cas échéant, il peut retirer ces nouveaux éléments de preuve, et informer immédiatement les procureurs, le défenseur, la partie privée et son représentant légal de les consulter, extraire et photocopier.

**Article 67** Les personnes suivantes ne peuvent pas être témoins dans la procédure pénale :

(1) une personne qui présente un handicap physique ou mental ou un mineur qui ne peut pas distinguer le bien du mal ou qui ne peut pas s'exprimer correctement ;

(2) une personne qui a un intérêt auprès de l'affaire et qui affecte probablement l'équité du jugement ;

理等的程序事实；

(十) 与定罪量刑有关的其他事实。

认定被告人有罪和对被告人从重处罚，应当适用证据确实、充分的证明标准。

**第六十五条** 行政机关在行政执法和查办案件过程中收集的物证、书证、视听资料、电子数据等证据材料，在刑事诉讼中可以作为证据使用；经法庭查证属实，且收集程序符合有关法律、行政法规规定的，可以作为定案的根据。

根据法律、行政法规规定行使国家行政管理职权的组织，在行政执法和查办案件过程中收集的证据材料，视为行政机关收集的证据材料。

**第六十六条** 人民法院依照刑事诉讼法第一百九十一条的规定调查核实证据，必要时，可以通知检察人员、辩护人、自诉人及其法定代理人到场。上述人员未到场的，应当记录在案。

人民法院调查核实证据时，发现对定罪量刑有重大影响的新的证据材料的，应当告知检察人员、辩护人、自诉人及其法定代理人。必要时，也可以直接提取，并及时通知检察人员、辩护人、自诉人及其法定代理人查阅、摘抄、复制。

**第六十七条** 下列人员不得担任刑事诉讼活动的见证人：

(一) 生理上、精神上有缺陷或者年幼，不具有相应辨别能力或者不能正确表达的人；

(二) 与案件有利害关系，可能影响案件公正处理的人；

(3) l'agent des organes judiciaires qui exécute l'auroité sur la procédure pénale incluant l'enquête sur place, l'examen, la perquisition et la saisie, etc., ou le personnel employé par cet agent.

Lorsque la personne ayant la qualité d'être un témoin ne peut pas être un témoin en raison objective, ce fait doit être indiqué dans les procès-verbaux. L'agent de l'autorité judiciaire conserve les enregistrements audiovisuels des activités concernées.

**Article 68** Lors de l'audience publique, le tribunal interdit au procureur ou aux participants procéduraux de produire les preuves impliquant des secrets d'État, des secrets commerciaux ou des données personnelles. Si ces preuves concernent effectivement l'affaire, le tribunal peut selon le cas décider de ne pas rendre l'audience en public, ou de ne pas enquêter en public sur les preuves concernées.

## Section II. Examen et vérification des preuves matérielles ou écrites

**Article 69** L'examen des preuves matérielles ou écrites est centré sur :

1. Si la preuve matérielle ou écrite est l'objet ou le document d'origine et si les photos, les enregistrements visuels ou les reproductions de la preuve matérielle ou les duplicata ou photocopies de la preuve écrite sont identiques aux originaux ; si la preuve matérielle ou écrite a été identifiée ou authentifiée ; si les photos, les enregistrements visuels ou les reproductions de la preuve matérielle ou les duplicata ou les photocopies de la preuve écrite sont faits par deux personnes ou plus, et s'il existe une explication écrite avec une signature des fabricants concernant le processus de réalisation des reproductions et l'endroit où l'objet original ou le document est mis.

2. Si les modalités ou les méthodes de collecte des preuves matérielles ou écrites sont conformes aux lois et autres dispositions ; si les preuves matérielles ou écrites recueillies lors d'une recherche sur place ou de la saisie ou la perquisition sont accompagnées du procès-verbal ou de la liste détaillée correspondante ; si le procès-verbal ou la liste détaillée porte la signature des enquêteurs, des détenteurs des articles et des témoins et, dans le cas contraire, si les raisons ont été indiquées ; si les caractéristiques, la quantité, la qualité et les noms des articles ont été clairement spécifiés.

3. Si les preuves matérielles ou écrites ont été contaminées ou altérées

(三) 行使勘验、检查、搜查、扣押等刑事诉讼职权的公安、司法机关的工作人员或者其聘用的人员。

由于客观原因无法由符合条件的人员担任见证人的,应当在笔录材料中注明情况,并对相关活动进行录像。

**第六十八条** 公开审理案件时,公诉人、诉讼参与人提出涉及国家秘密、商业秘密或者个人隐私的证据的,法庭应当制止。有关证据确与本案有关的,可以根据具体情况,决定将案件转为不公开审理,或者对相关证据的法庭调查不公开进行。

## 第二节 物证、书证的审查与认定

**第六十九条** 对物证、书证应当着重审查以下内容:

(一) 物证、书证是否为原物、原件,是否经过辨认、鉴定;物证的照片、录像、复制品或者书证的副本、复制件是否与原物、原件相符,是否由二人以上制作,有无制作人关于制作过程以及原物、原件存放于何处的文字说明和签名;

(二) 物证、书证的收集程序、方式是否符合法律、有关规定;经勘验、检查、搜查提取、扣押的物证、书证,是否附有相关笔录、清单,笔录、清单是否经侦查人员、物品持有人、见证人签名,没有物品持有人签名的,是否注明原因;物品的名称、特征、数量、质量等是否注明清楚;

(三) 物证、书证在收集、保管、鉴定过程中是否受损或者改

lors du processus de collecte, de conservation ou d'authentification.

4. Si la preuve matérielle ou écrite lie aux faits de l'affaire. Si les taches de sang, les empreintes, les poils, les fluides corporels ou toute autre preuve physique identifiable, marques ou objets laissés sur le lieu du crime et liés au crime aient été confirmés comme identiques à l'échantillon biologique, aux caractéristiques biologiques ou aux objets de l'accusé ou de la victime à travers les tests ADN, les tests d'empreintes digitales ou tout autre test.

5. Si la preuve matérielle ou écrite liée aux faits de l'affaire a été collectée de manière intégrale.

**Article 70** Les preuves matérielles utilisées pour déterminer une affaire sont l'objet originel. Ce n'est que lorsqu'il est difficile de déplacer ou de conserver l'objet original ou qu'il est légalement requis que l'objet soit conservé et manipulé par le service compétent uniquement, les photos, les enregistrements visuels ou les reproductions permettant de refléter fidèlement la forme ou le contenu de l'objet d'origine peuvent être tiré ou fait.

Les photos, les enregistrements visuels ou les reproductions des preuves matérielles ne peuvent pas servir de base à la condamnation, s'ils ne peuvent pas refléter la forme et les caractéristiques de l'objet original.

Les photos, des enregistrements visuels ou des reproductions de preuves matérielles peuvent être utilisés pour déterminer une affaire, à condition que leur authenticité ait été affirmée par vérification aux originaux, par authentification d'expert ou par tout autre moyen.

**Article 71** Les preuves écrites utilisées pour la condamnation sont les originaux. Les duplicatas ou les photocopies ne peuvent être utilisés que lorsqu'il est vraiment difficile d'acquérir les originaux.

Lorsqu'une preuve écrite est modifiée ou montre un signe de modification qui ne peut être justifiée, ou si une copie ou une photocopie de celle-ci ne peut pas refléter la forme externe ou le contenu de l'original, ce document ne peut pas être utilisé pour fonder une affaire.

Des duplicatas ou des photocopies de preuves écrites peuvent être utilisés pour déterminer une affaire, à condition qu'ils soient authentifiés par contrôle avec les originaux, par authentification d'expert ou par tout autre moyen.

**Article 72** En cas d'omission de prendre et d'examiner toute marque ou tout objet qui pourrait être lié aux faits de l'affaire, tels que taches de sang, empreintes digitales, empreintes de pied, écriture manuscrite, cheveux, etc. les fluides corporels et les tissus humains, et l'échec peut donner lieu à tout doute des faits de l'affaire, le tribunal populaire doit

var;

(四) 物证、书证与案件事实无关联; 对现场遗留与犯罪有关的具备鉴定条件的血迹、体液、毛发、指纹等生物样本、痕迹、物品, 是否已作 DNA 鉴定、指纹鉴定等, 并与被告人或者被害人的相应生物检材、生物特征、物品等比对;

(五) 与案件事实有关联的物证、书证是否全面收集。

**第七十条** 据以定案的物证应当是原物。原物不便搬运, 不易保存, 依法应当由有关部门保管、处理, 或者依法应当返还的, 可以拍摄、制作足以反映原物外形和特征的照片、录像、复制品。

物证的照片、录像、复制品, 不能反映原物的外形和特征的, 不得作为定案的根据。

物证的照片、录像、复制品, 经与原物核对无误、经鉴定为真实或者以其他方式确认为真实的, 可以作为定案的根据。

**第七十一条** 据以定案的书证应当是原件。取得原件确有困难的, 可以使用副本、复制件。

书证有更改或者更改迹象不能作出合理解释, 或者书证的副本、复制件不能反映原件及其内容的, 不得作为定案的根据。

书证的副本、复制件, 经与原件核对无误、经鉴定为真实或者以其他方式确认为真实的, 可以作为定案的根据。

**第七十二条** 对与案件事实可能有关联的血迹、体液、毛发、人体组织、指纹、足迹、字迹等生物样本、痕迹和物品, 应当提取而没有提取, 应当检验而没有检

informer le procureur populaire de la situation. Le parquet populaire peut rassembler une nouvelle preuve et donner les justifications raisonnables.

**Article 73** Les preuves matérielles ou écrites rassemblées ou saisies lors d'une enquête sur place ou examen ou d'une perquisition ne peuvent pas servir de base à la condamnation, s'il n'y a pas de procès-verbaux des enquêtes sur place, des examens, des perquisitions ou des prélèvements ou de la liste de ces objets saisis ou si elle ne peut pas prouver la source de la preuve.

Si les modalités ou les méthodes de collecte des preuves matérielles ou écrites présentent l'un des défauts suivants, les preuves ne peuvent être retenues que si les agents d'enquête les ont corrigé ou justifié :

1. Le procès-verbal de l'enquête sur place, de l'examen, de la perquisition ou du prélèvement ou la liste des objets saisis ne porte pas la signature des enquêteurs, du détenteur des articles ou du témoin, ni les caractéristiques, la quantité, la qualité, ou le nom ou toute autre information de la preuve n'a pas été clairement indiqué ;

2. Il n'a pas été précisé si la photo, l'enregistrement visuel ou la reproduction de la preuve matérielle ou le duplicata ou la photocopie de la preuve écrite avait été vérifié comme étant identique à l'original, ou s'il n'y a pas eu de temps de reproduction ou de signature (cachet) de la personne qui recueillit les preuves ;

3. Pour la photo, l'enregistrement visuel ou la reproduction de la preuve matérielle ou le duplicata ou la photocopie de la preuve écrite, il n'y a aucune explication de la part du fabricant concernant le processus de la fabrication et l'endroit où la preuve originale est conservée, ou il y a une explication mais cela ne porte pas la signature du fabricant ;

4. Les autres défauts.

En cas de doute sur la source ou le processus de collecte de la preuve matérielle ou écrites, la preuve ne peut être utilisée comme base pour la condamnation si le doute ne peut pas être raisonnablement dégagé.

### **Section III. Examen et vérification des témoignages et les déclarations de la victime**

**Article 74** L'interrogatoire d'un témoin doit porter sur :

1. Si le témoignage provient de la perception directe du témoin ;

验, 导致案件事实存疑的, 人民法院应当向人民检察院说明情况, 由人民检察院依法补充收集、调取证据或者作出合理说明。

**第七十三条** 在勘验、检查、搜查过程中提取、扣押的物证、书证, 未附笔录或者清单, 不能证明物证、书证来源的, 不得作为定案的根据。

物证、书证的收集程序、方式有下列瑕疵, 经补正或者作出合理解释的, 可以采用:

(一) 勘验、检查、搜查、提取笔录或者扣押清单上没有侦查人员、物品持有人、见证人签名, 或者对物品的名称、特征、数量、质量等注明不详的;

(二) 物证的照片、录像、复制品, 书证的副本、复制件未注明与原件核对无异, 无复制时间, 或者未被收集、调取人签名、盖章的;

(三) 物证的照片、录像、复制品, 书证的副本、复制件没有制作人关于制作过程和原物、原件存放地点的说明, 或者说明中无签名的;

(四) 有其他瑕疵的。

对物证、书证的来源、收集程序有疑问, 不能作出合理解释的, 该物证、书证不得作为定案的根据。

### **第三节 证人证言、被害人陈述的审查与认定**

**第七十四条** 对证人证言应当着重审查以下内容:

(一) 证言的内容是否为证人直

2. Si l'âge, le niveau cognitif, la mémoire, l'expression, l'état physique et l'état mental du témoin affectent la capacité du témoin ;

3. Si le témoin a un intérêt quelconque auprès d'une partie concernée ou du résultat du traitement de l'affaire ;

4. Si le témoin est interrogé de manière individuelle ;

5. Si les procès-verbaux de l'interrogatoire sont faits ou modifiés conformément aux lois et autres dispositions ; si les procès-verbaux indiquent l'heure de début, l'heure de fin et le lieu de l'interrogatoire ; si le témoin a été informé des droits et des obligations dès la première fois où il est interrogé ; si l'accusé a vérifié, signé dans les procès-verbaux.

6. Dans le cas où le témoin est mineur, si son représentant légal et le personnel intéressé ont été informés à se rendre sur les lieux et si ces personnes étaient sur les lieux.

7. Si les témoignages sont obtenus par la violence, la menace ou tout autre moyen illégal ;

8. Si la déposition du témoin et d'autres témoignages ou d'autres preuves se corroborent, et s'il existe un conflit entre eux.

**Article 75** Aucun témoignage d'un témoin manifestement ivre, intoxiqué par des stupéfiants ou narcotique de psychotropes et incapable s'exprimant correctement peut servir de base à la condamnation.

Aucun témoignage hypothétique, commentaire ou déduction de témoins ne peut être utilisé comme preuve, à moins que cela ne soit cohérent avec les faits tels qu'ils sont jugés sur la base des expériences de la vie courante.

**Article 76** Aucun témoignage obtenu dans l'une des circonstances suivantes ne peut servir de fondement à la détermination d'une affaire :

1. Le témoin interrogé de manière non individuelle ;

2. Un témoignage écrit non vérifié par le témoin ;

3. Le témoignage d'une personne sourde et muette pour laquelle un service de traduction aurait dû être fourni mais non fourni ;

接感知；

(二) 证人作证时的年龄, 认知、记忆和表达能力, 生理和精神状态是否影响作证；

(三) 证人与案件当事人、案件处理结果有无利害关系；

(四) 询问证人是否个别进行；

(五) 询问笔录的制作、修改是否符合法律、有关规定, 是否注明询问的起止时间和地点, 首次询问时是否告知证人有关作证的权利义务和法律责任, 证人对询问笔录是否核对确认；

(六) 询问未成年证人时, 是否通知其法定代理人或者有关人员到场, 其法定代理人或者有关人员是否到场；

(七) 证人证言有无以暴力、威胁等非法方法收集的情形；

(八) 证言之间以及与其他证据之间能否相互印证, 有无矛盾。

**第七十五条** 处于明显醉酒、中毒或者麻醉等状态, 不能正常感知或者正确表达的证人所提供的证言, 不得作为证据使用。

证人的猜测性、评论性、推断性的证言, 不得作为证据使用, 但根据一般生活经验判断符合事实的除外。

**第七十六条** 证人证言具有下列情形之一的, 不得作为定案的根据：

(一) 询问证人没有个别进行的；

(二) 书面证言没有经证人核对确认的；

(三) 询问聋、哑人, 应当提供通晓聋、哑手势的人员而未提供

4. le témoignage d'une personne qui ne maîtrise pas la langue locale orale ou écrite pour laquelle un service de traduction aurait dû fournir mais non fourni.

**Article 77** Si les modalités ou les méthodes de collecte du témoignage d'un témoin présentent l'un des défauts suivants, celui-ci ne peut être adopté que si l'agent d'enquête procède à une correction ou à une justification ; en cas contraire, celui-ci ne peut pas être le fondement de la condamnation :

1. Le nom du demandeur, enregistreur ou représentant légal, ou l'heure de début, l'heure de fin et le lieu de l'enquête n'est pas spécifié dans le procès-verbal de l'interrogatoire ;

2. Le lieu de l'interrogatoire n'est pas conforme aux dispositions ;

3. Il n'est pas écrit dans les procès-verbaux de l'interrogatoire que le témoin a ses droits, ses obligations et sa responsabilité légale ;

4. Les procès-verbaux de l'interrogatoire montrent que le même enquêteur a interrogé différents témoins au cours d'une même période.

**Article 78** Les témoignages produits par un témoin devant le tribunal ne peuvent servir de base à la décision d'une affaire qu'après avoir été contre-interrogés par la partie d'accusation et de défense et vérifiés par le juge.

Lorsque la déposition d'un témoin lors d'un procès contredit celle faite avant le procès, elle est admissible si le témoin est en mesure de justifier cette contradiction et il existe les autres preuves correspondantes. La déposition faite avant le procès est admissible si elle est corroborée par les autres preuves et le témoin ne peut pas justifier la contradiction précitée.

Le témoin qui a été informé par le tribunal populaire refuse à comparaître au tribunal ou comparaît au tribunal mais refuse à témoigner. Si le tribunal ne peut pas confirmer l'authenticité de ses témoignages faits avant le procès, ces derniers ne peuvent pas servir de base à la décision d'une affaire.

**Article 79** Pour examiner et vérifier les déclarations de la victime, le tribunal se réfère aux dispositions dans la présente section.

#### Section IV. Examen et vérification de confession et de défense de

的；

(四) 询问不通晓当地通用语言、文字的证人，应当提供翻译人员而未提供的。

**第七十七条** 证人证言的收集程序、方式有下列瑕疵，经补正或者作出合理解释的，可以采用；不能补正或者作出合理解释的，不得作为定案的根据：

(一) 询问笔录没有填写询问人、记录人、法定代理人姓名以及询问的起止时间、地点的；

(二) 询问地点不符合规定的；

(三) 询问笔录没有记录告知证人有关作证的权利义务和法律责任的；

(四) 询问笔录反映出在同一时段，同一询问人员询问不同证人的。

**第七十八条** 证人当庭作出的证言，经控辩双方质证、法庭查证属实的，应当作为定案的根据。

证人当庭作出的证言与其庭前证言矛盾，证人能够作出合理解释，并有相关证据印证的，应当采信其庭审证言；不能作出合理解释，而其庭前证言有相关证据印证的，可以采信其庭前证言。

经人民法院通知，证人没有正当理由拒绝出庭或者出庭后拒绝作证，法庭对其证言的真实性无法确认的，该证人证言不得作为定案的根据。

**第七十九条** 对被害人陈述的审查与认定，参照适用本节的有关规定。

#### 第四节 被告人供述和辩解的审

## **l'accusé**

**Article 80** L'examen des aveux et de la défense de l'accusé est axé sur :

1. Si l'heure ou le lieu de l'interrogatoire ou l'identité et le nombre des interrogateurs ou la manière de l'interrogatoire sont conformes à la loi et aux autres dispositions ;
2. Si les procès-verbaux de l'interrogatoire sont faits ou modifiés conformément aux lois et autres dispositions ; si les procès-verbaux indiquent l'heure de début, l'heure de fin et le lieu de l'interrogatoire ; si l'accusé a été informé de ses droits et des dispositions concernées dès la première fois où il est interrogé ; si l'accusé a vérifié les procès-verbaux ;
3. Lorsque l'accusé interrogé est mineur, si son représentant légal et le personnel intéressé ont été informés à se rendre sur les lieux et si ces personnes étaient sur les lieux.
4. Si les aveux de l'accusé aient été extorqués sous la torture ou par tout autre moyen illégal ;
5. Si les aveux de l'accusé sont cohérents tout au long du processus, s'il y a un conflit, lorsqu'il y en a un, s'il existe les causes de ce conflit ; si les aveux et les justifications de l'accusé ont tous été archivés dans le dossier ;
6. Si la justification de l'accusé correspond aux faits de l'affaire et au sens commun, et s'il existe une contradiction entre eux ;
7. Si les aveux et les justifications de l'accusé corroborent ceux des coauteurs et autres éléments de preuve, et s'il existe un conflit entre eux.

Le cas échéant, le tribunal peut demander les enregistrements audiovisuels du processus de l'interrogatoire, le rapport d'examen médical de l'accusé et les procès-verbaux faits par le centre de détention afin d'examiner les aveux et les justifications de l'accusé.

**Article 81** Les aveux de l'accusé ne peuvent servir de fondement à la détermination d'une affaire dans les cas suivants :

1. Les procès-verbaux de l'interrogatoire non vérifiés par les personnes interrogées ;
2. L'interrogatoire d'une personne sourde et muette pour laquelle un

## **查与认定**

**第八十条** 对被告人供述和辩解应当着重审查以下内容：

- (一) 讯问的时间、地点，讯问人的身份、人数以及讯问方式等是否符合法律、有关规定；
- (二) 讯问笔录的制作、修改是否符合法律、有关规定，是否注明讯问的具体起止时间和地点，首次讯问时是否告知被告人相关权利和法律规定，被告人是否核对确认；
- (三) 讯问未成年被告人时，是否通知其法定代理人或者有关人员到场，其法定代理人或者有关人员是否到场；
- (四) 被告人的供述有无以刑讯逼供等非法方法收集的情形；
- (五) 被告人的供述是否前后一致，有无反复以及出现反复的原因；被告人的所有供述和辩解是否均已随案移送；
- (六) 被告人的辩解内容是否符合案情和常理，有无矛盾；
- (七) 被告人的供述和辩解与同案被告人的供述和辩解以及其他证据能否相互印证，有无矛盾。

必要时，可以调取讯问过程的录音录像、被告人进出看守所的健康检查记录、笔录，并结合录音录像、记录、笔录对上述内容进行审查。

**第八十一条** 被告人供述具有下列情形之一的，不得作为定案的根据：

- (一) 讯问笔录没有经被告人核对确认的；
- (二) 讯问聋、哑人，应当提供通晓聋、哑手势的人员而未提供

service de traduction aurait dû être fourni mais non fourni ;

3. L'interrogatoire d'une personne qui ne maîtrise pas la langue locale orale ou écrite pour laquelle un service de traduction aurait dû fournir mais non fourni.

**Article 82** Les procès-verbaux de l'interrogatoire présentant l'un des défauts suivants ne peuvent être admissibles que si l'enquêteur procède à une correction ou à une justification ; dans le cas contraire, ces procès-verbaux ne peuvent pas servir de base à la condamnation :

1. L'heure de l'interrogatoire, l'enquêteur, le greffier, le représentant légal ou toute autre information figurant dans les procès-verbaux est erronée ou contradictoire ;

2. Ils ne portent pas les signatures des enquêteurs ;

3. Les personnes interrogées ne sont pas informées leurs droits et les dispositions concernées lors du premier interrogatoire.

**Article 83** L'examen d'un aveu et de la justification de l'accusé est fondé sur tous les éléments de preuve fournis par les deux parties au procès ainsi que sur tous les aveux et justification de l'accusé.

Lorsqu'un accusé rétracte ses aveux faits avant le procès en audience, si l'accusé ne peut en donner une raison valable, les aveux faits avant le procès sont admissibles à condition qu'ils peuvent être corroborés par d'autres preuves.

En cas de contradiction entre les aveux et les justifications faite avant le procès, lorsque l'accusé avoue au procès, ses aveux au procès sont admissibles à condition qu'ils peuvent être corroborés par d'autres éléments de preuve. En cas de contradiction entre les aveux et les justifications faite avant le procès, lorsque l'accusé n'avoue pas au procès, ses aveux avant le procès qui ne peuvent pas être corroborés par d'autres preuves ne sont pas admissibles.

## Section V. Examen et vérification de l'expertise

**Article 84** L'examen de l'expertise porte principalement sur :

1. Si l'institution d'expertise et l'expert ont les qualifications requises ;

2. Si l'expert devant être récusé n'est pas récusé ;

的；

(三) 讯问不通晓当地通用语言、文字的被告人，应当提供翻译人员而未提供的。

**第八十二条** 讯问笔录有下列瑕疵，经补正或者作出合理解释的，可以采用；不能补正或者作出合理解释的，不得作为定案的根据：

(一) 讯问笔录填写的讯问时间、讯问人、记录人、法定代理人等有误或者存在矛盾的；

(二) 讯问人没有签名的；

(三) 首次讯问笔录没有记录告知被讯问人相关权利和法律规定的。

**第八十三条** 审查被告人供述和辩解，应当结合控辩双方提供的所有证据以及被告人的全部供述和辩解进行。

被告人庭审中翻供，但不能合理解释翻供原因或者其辩解与全案证据矛盾，而其庭前供述与其他证据相互印证的，可以采信其庭前供述。

被告人庭前供述和辩解存在反复，但庭审中供认，且与其他证据相互印证的，可以采信其庭审供述；被告人庭前供述和辩解存在反复，庭审中不供认，且无其他证据与庭前供述印证的，不得采信其庭前供述。

## 第五节 鉴定意见的审查与认定

**第八十四条** 对鉴定意见应当着重审查以下内容：

(一) 鉴定机构和鉴定人是否具有法定资质；

(二) 鉴定人是否存在应当回避

3. Si les matériaux sont obtenus, conservés et soumis à l'examen conformément aux lois et autres dispositions ; si ils correspondent aux procès-verbaux du prélèvement ou la liste détaillée des objets saisis et autres documents concernés; et si ils sont suffisants et fiables ;

4. Si toutes formalités de l'expertise sont observées ; si la cause de l'expertise, le client, l'institution d'expertise, les exigences en matière d'expertise, le processus d'expertise, la méthode d'inspection, la date du document de l'expertise et d'autres éléments visés ont été enregistrés ; et si le rapport de l'expertise porte le sceau spécial de l'institution d'expertise et la signature de l'expert ;

5. Si les modalités d'expertise sont conformes aux lois et autres dispositions concernées ;

6. Si le processus et les méthodes d'expertise sont conformes aux normes de la spécialité concernée ;

7. Si les conclusions de l'expertise sont claires ;

8. Si les conclusions de l'expertise lient aux faits de l'affaire ;

9. S'il existe un conflit entre les conclusions de l'expertise et les procès-verbaux de l'enquête sur place et de l'examen ou les photos concernées ou les autres preuves ;

10. Si les conclusions de l'expertise ont été notifiées au personnel concerné et si l'intéressé s'oppose à ces conclusions.

**Article 85** L'expertise ne peut servir de fondement à la détermination de l'affaire dans les cas suivants :

1. L'institution d'expertise n'a pas les qualifications et les conditions légales, ou le sujet de l'expertise dépasse le cadre ou la capacité de l'institution d'expertise ;

2. L'expert ne dispose pas de qualifications et conditions légales, n'a pas les compétences professionnelles ou le titre spécialisé, ou viole les dispositions concernant la récusation ;

3. Le matériel ou l'échantillon soumis à l'examen ne satisfait pas aux conditions de l'expertise car il provient d'une source non identifiée ou a été contaminé ;

4. L'objet de l'expertise est incompatible avec le matériel ou l'échantillon

的情形；

(三) 检材的来源、取得、保管、送检是否符合法律、有关规定，与相关提取笔录、扣押物品清单等记载的内容是否相符，检材是否充足、可靠；

(四) 鉴定意见的形式要件是否完备，是否注明提起鉴定的事由、鉴定委托人、鉴定机构、鉴定要求、鉴定过程、鉴定方法、鉴定日期等相关内容，是否由鉴定机构加盖司法鉴定专用章并由鉴定人签名、盖章；

(五) 鉴定程序是否符合法律、有关规定；

(六) 鉴定的过程和方法是否符合相关专业的规范要求；

(七) 鉴定意见是否明确；

(八) 鉴定意见与案件待证事实有无关联；

(九) 鉴定意见与勘验、检查笔录及相关照片等其他证据是否矛盾；

(十) 鉴定意见是否依法及时告知相关人员，当事人对鉴定意见有无异议。

**第八十五条** 鉴定意见具有下列情形之一的，不得作为定案的根据：

(一) 鉴定机构不具备法定资质，或者鉴定事项超出该鉴定机构业务范围、技术条件的；

(二) 鉴定人不具备法定资质，不具有相关专业技术或者职称，或者违反回避规定的；

(三) 送检材料、样本来源不明，或者因污染不具备鉴定条件的；

(四) 鉴定对象与送检材料、样

soumis à l'examen ;

5. Les modalités de l'expertise sont violées ;

6. Le processus et la méthode de l'expertise ne sont pas conformes aux normes spécifiques de l'expertise ;

7. Les documents de l'expertise ne portent ni signatures ni sceaux ;

8. L'expertise n'a aucun rapport avec les faits qui font l'objet de démonstration ;

9. Toute autre circonstance porte l'atteinte aux dispositions concernées.

**Article 86** Les conclusions de l'expertise ne peuvent pas servir de base à la décision d'une affaire, si l'expert qui a été informé par le tribunal refuse à comparaître devant le tribunal.

Si l'expert ne peut pas comparaître devant le tribunal en raison irrésistible ou valable, le tribunal populaire peut décider selon le cas d'ajourner le procès ou procéder à une nouvelle expertise.

Si l'expert refuse à comparaître devant le tribunal sans aucune raison valable, le tribunal doit communiquer aux organes judiciaires ou administratifs ou les autres organes concernés.

**Article 87** S'il n'y a pas l'institution de l'expertise légale lors de l'expertise sur les questions spécifiques de l'affaire, ou si la loi et l'interprétation des lois prévoient la possibilité de la mise en œuvre de cette expertise, le tribunal peut désigner le personnel qui a la connaissance spécifique. Il peut se réfère au rapport de l'expertise pour la condamnation.

Pour examiner et vérifier le rapport de l'expertise, le tribunal se réfère aux dispositions dans la présente section.

Le rapport de l'expertise ne peut pas servir de référence à la décision d'une affaire, si l'expert qui a été informé par le tribunal refuse à comparaître devant le tribunal.

## **Section VI. Examen et vérification des procès-verbaux de l'enquête sur place, de l'examen, de l'identification, de la reconstitution d'un crime**

**Article 88** L'examen des procès-verbaux de l'enquête sur place et de l'examen porte principalement sur :

1. Si l'enquête sur place et l'examen sont exercé conformément à la loi ; si les procès-verbaux sont exercés conformément aux lois et autres

本不一致的；

(五) 鉴定程序违反规定的；

(六) 鉴定过程和方法不符合相关专业的规范要求的；

(七) 鉴定文书缺少签名、盖章的；

(八) 鉴定意见与案件待证事实没有关联的；

(九) 违反有关规定的其他情形。

**第八十六条** 经人民法院通知，鉴定人拒不出庭作证的，鉴定意见不得作为定案的根据。

鉴定人由于不能抗拒的原因或者有其他正当理由无法出庭的，人民法院可以根据情况决定延期审理或者重新鉴定。

对没有正当理由拒不出庭作证的鉴定人，人民法院应当通报司法行政机关或者有关部门。

**第八十七条** 对案件中的专门性问题需要鉴定，但没有法定司法鉴定机构，或者法律、司法解释规定可以进行检验的，可以指派、聘请有专门知识的人进行检验，检验报告可以作为定罪量刑的参考。

对检验报告的审查与认定，参照适用本节的有关规定。

经人民法院通知，检验人拒不出庭作证的，检验报告不得作为定罪量刑的参考。

## **第六节 勘验、检查、辨认、侦查实验等笔录的审查与认定**

**第八十八条** 对勘验、检查笔录应当着重审查以下内容：

(一) 勘验、检查是否依法进行，笔录的制作是否符合法律、

dispositions ; si les enquêteurs et les témoins ont apposé leurs signatures ou leurs sceaux, etc. ;

2. Si les procès-verbaux de l'enquête sur place et de l'examen portent la cause, l'heure et le lieu de l'enquête sur place et de l'examen, les noms des personnes se trouvant sur les lieux, les orientations données et les environnements ; s'ils portent correctement l'emplacement et les caractéristiques de la scène, des articles, des personnes et des corps, ainsi que l'ensemble du processus d'enquête sur place, de l'examen et de la perquisition ; si les documents écrits correspondent aux objets réels, aux peintures, aux enregistrements audiovisuels et aux photos ; si la scène, un article ou une marque a été falsifié, et si la scène est originale ; et si les caractéristiques du corps, les situations de dommages ou les situations physiques sont falsifiées ou ont changé ;

3. Dans le cas où une enquête sur place ou un examen complémentaire est effectué, si le résultat est conforme à celui de l'original et si le motif de l'enquête sur place ou de l'examen supplémentaire ait été indiqué, si l'enquête sur place ou l'examen complémentaire est en contradiction avec celui initial.

**Article 89** Les procès-verbaux de l'enquête sur place et de l'examen ne peuvent être utilisés comme preuves servant de base à la condamnation s'ils violent manifestement une loi ou toute autre disposition et si la violation des lois ne peut être justifiée.

**Article 90** l'examen des procès-verbaux de l'identification porte principalement sur le processus, la méthode de l'identification et la légalité de la production des procès-verbaux.

Les procès-verbaux de l'identification ne peuvent pas servir de base à la condamnation dans l'un des cas suivants :

1. L'identification n'est pas présidée par le personnel d'enquête ;
2. Le témoin a vu l'objet ou la personne à identifier au préalable ;
3. L'identification n'est pas faite séparément ;
4. L'objet à identifier n'est pas accompagné d'objets présentant des caractéristiques similaires, ou la quantité d'objets ne répond pas aux exigences prescrites ;
5. Le témoin a manifestement reçu une indication pour identifier un objet

有关规定, 勘验、检查人员和见证人是否签名或者盖章;

(二) 勘验、检查笔录是否记录了提起勘验、检查的事由, 勘验、检查的时间、地点, 在场人员、现场方位、周围环境等, 现场的物品、人身、尸体等的位置、特征等情况, 以及勘验、检查、搜查的过程; 文字记录与实物或者绘图、照片、录像是否相符; 现场、物品、痕迹等是否伪造、有无破坏; 人身特征、伤害情况、生理状态有无伪装或者变化等;

(三) 补充进行勘验、检查的, 是否说明了再次勘验、检查的理由, 前后勘验、检查的情况是否矛盾。

**第八十九条** 勘验、检查笔录存在明显不符合法律、有关规定的情形, 不能作出合理解释或者说明的, 不得作为定案的根据。

**第九十条** 对辨认笔录应当着重审查辨认的过程、方法, 以及辨认笔录的制作是否符合有关规定。

辨认笔录具有下列情形之一的, 不得作为定案的根据:

- (一) 辨认不是在侦查人员主持下进行的;
- (二) 辨认前使辨认人见到辨认对象的;
- (三) 辨认活动没有个别进行的;
- (四) 辨认对象没有混杂在具有类似特征的其他对象中, 或者供辨认的对象数量不符合规定的;
- (五) 辨认中给辨认人明显暗示

ou un suspect ;

6. Les autres cas où les dispositions concernées sont inobservées et l'authenticité des procès-verbaux de l'identification ne peuvent pas être confirmée.

**Article 91** L'examen des procès-verbaux de la reconstitution d'un crime porte principalement sur le processus et la méthode de la reconstitution d'un crime et la légalité de la production des procès-verbaux.

Les procès-verbaux de la reconstitution d'un crime ne servent pas de base à la condamnation, si les conditions de la reconstitution d'un crime sont différentes de celles lors de la commission d'un crime, ou s'il existe les autres circonstances affectant sa scientificité.

## **Section VII. Examen et vérification des enregistrements audiovisuels ou des données électroniques**

**Article 92** L'examen des enregistrements audiovisuels porte principalement sur :

1. S'il existe les explications sur le processus de la production des enregistrements audiovisuels, et si l'origine de ces derniers est légale ;
2. Si les enregistrements audiovisuels sont originaux, s'ils ont été reproduits et, dans l'affirmative, le nombre de copies reproduites. Dans le cas où les enregistrements audiovisuels sont des reproductions, s'il existe une explication de la raison pour laquelle les originaux ne sont pas disponibles, du processus de reproduction et du lieu de stockage des originaux ; et s'ils portent la signature ou le sceau du producteur et du détenteur des originaux ;
3. S'il existe les circonstances violant la loi et les dispositions concernées, telles que la menace, la séduction, etc.
4. Si l'identité du producteur ou du titulaire, ainsi que l'heure, le lieu, les conditions et les méthodes de production ont été spécifiés ;
5. Si le contenu et le processus de production des enregistrements audiovisuels sont authentiques et s'ils ont été coupés, ajoutés, supprimés, modifiés, édités ou autrement falsifiés ou mutilés ;
6. Si le contenu des enregistrements audiovisuels lie aux faits de l'affaire.

L'expertise sera procédée en cas de doute sur l'authenticité des

ou un suspect ;

(六) 违反有关规定、不能确定辨认笔录真实性的其他情形。

**第九十一条** 对侦查实验笔录应当着重审查实验的过程、方法, 以及笔录的制作是否符合有关规定。

侦查实验的条件与事件发生时的条件有明显差异, 或者存在影响实验结论科学性的其他情形的, 侦查实验笔录不得作为定案的根据。

## **第七节 视听资料、电子数据的审查与认定**

**第九十二条** 对视听资料应当着重审查以下内容:

- (一) 是否附有提取过程的说明, 来源是否合法;
- (二) 是否为原件, 有无复制及复制份数; 是复制件的, 是否附有无法调取原件的原因、复制件制作过程和原件存放地点的说明, 制作人、原视听资料持有人是否签名或者盖章;
- (三) 制作过程中是否存在威胁、引诱当事人等违反法律、有关规定的情形;
- (四) 是否写明制作人、持有人的身份, 制作的时间、地点、条件和方式;
- (五) 内容和制作过程是否真实, 有无剪辑、增加、删改等情形;
- (六) 内容与案件事实有无关联。

对视听资料有疑问的, 应当进行

enregistrements audiovisuels.

**Article 93** L'examen des éléments de preuve électroniques tels que les courriers électroniques, les échanges de données électroniques, les journaux de discussion en ligne, les blogs, les SMS, les signatures électroniques et les noms de domaines est centré sur :

1. Si le support originel utilisé pour stocker la preuve électronique a été transféré ; lorsque ce support originel ne peut pas être scellé, conservé ou déplacé, ou lorsqu'il doit être gardé, arrangé ou décidé de retourner à l'intéressé par un organe selon la loi, si des preuves électroniques sont obtenues ou reproduites par deux personnes ou plus, si l'intégralité des preuves électronique est garantie, s'il y a une explication écrite concernant le processus de l'obtention ou de la reproduction des preuves électronique et le lieu où se trouve le support originel utilisé pour stocker la preuve électronique ;

2. Si les modalités ou les méthodes de recueil des preuves électroniques sont conformes à la loi et aux normes techniques ; si les preuves électroniques obtenues lors d'une enquête sur place, de l'examen ou de la perquisition sont accompagnées du procès-verbal ou de la liste détaillée correspondante ; si le procès-verbal ou la liste détaillée porte la signature des enquêteurs, des détenteurs des articles et des témoins et, dans le cas contraire, si les raisons ont été indiquées ; si le procès-verbal indique bien le cas où les preuves électroniques se situant à l'étranger sont obtenues à distance ; si les caractéristiques, la catégorie et la formule du document ont été clairement spécifiés.

3. Si les preuves électroniques sont authentiques et si elles ont été supprimées, modifiées ou ajoutées ;

4. Si les preuves électroniques lient aux faits de l'affaire ;

5. Si les preuves électroniques concernant les faits de l'affaire sont exhaustivement recueillies.

L'expertise doit être procédée en cas de doute sur la preuve électronique.

**Article 94** Les enregistrements audiovisuels ne doivent pas servir de base à la détermination de l'affaire dans les cas suivants :

1. Lorsqu'il n'existe aucun moyen de déterminer si ces données sont authentiques ou non ;

2. Lorsqu'il existe l'opposition à la production de ces enregistrements ou

évaluation.

**第九十三条** 对电子邮件、电子数据交换、网上聊天记录、博客、微博客、手机短信、电子签名、域名等电子数据，应当着重审查以下内容：

(一) 是否随原始存储介质移送；在原始存储介质无法封存、不便移动或者依法应当由有关部门保管、处理、返还时，提取、复制电子数据是否由二人以上进行，是否足以保证电子数据的完整性，有无提取、复制过程及原始存储介质存放地点的文字说明和签名；

(二) 收集程序、方式是否符合法律及有关技术规范；经勘验、检查、搜查等侦查活动收集的电子数据，是否附有笔录、清单，并经侦查人员、电子数据持有人、见证人签名；没有持有人签名的，是否注明原因；远程调取境外或者异地的电子数据的，是否注明相关情况；对电子数据的规格、类别、文件格式等注明是否清楚；

(三) 电子数据内容是否真实，有无删除、修改、增加等情形；

(四) 电子数据与案件事实有无关联；

(五) 与案件事实有关联的电子数据是否全面收集。

对电子数据有疑问的，应当进行鉴定或者检验。

**第九十四条** 视听资料、电子数据具有下列情形之一的，不得作为定案的根据：

(一) 经审查无法确定真伪的；

(二) 制作、取得的时间、地



travers la présentation des éléments de preuve visées et tout autre moyen.

**Article 100** Si un accusé ou son défenseur ou son représentant demande à exclure les preuves recueillies illégalement en audience, le tribunal doit les examiner. S'il doute de la légalité de la recherche des preuves, il doit ouvrir une enquête ; en cas contraire, il motive sa décision et continue le jugement. Si l'accusé ou son défenseur ou son représentant adressent une nouvelle demande pour le même motif, le tribunal ne l'examine plus.

Un tribunal qui décide d'enquêter sur la légalité de la collecte d'éléments de preuve en audience peut mener à une enquête après que l'accusé ou son défenseur ou son représentant demande à exclure les preuves recueillies illégalement, ou avant la fin de l'investigation au procès.

Lorsqu'un accusé ou son défenseur ou son représentant demande à exclure les preuves recueillies illégalement en audience, s'il n'observe pas l'article 97 de la présente interprétation, le tribunal populaire doit l'examiner avant la fin de l'investigation au procès et décider si une enquête sur la légalité de la collecte des preuves sera ouverte.

**Article 101** Si le tribunal décide de mener une enquête sur la légalité de la collecte des preuves, pour prouver cette dernière, le procureur peut produire ou annoncer les procès-verbaux de l'interrogatoire ou les autres preuves, projeter les enregistrements audiovisuels concernés, ou demander au tribunal d'informer les enquêteurs ou tout autre personnel de comparaître devant le tribunal.

Les pièces à conviction présentées par le procureur doivent porter les signatures des enquêteurs et le sceau officiel pour prouver la légalité de la collecte des preuves. Sans les signatures des enquêteurs, elles ne peuvent pas être utilisées comme preuves. La légalité de la collecte des preuves ne peut pas être prouvée uniquement sur la base de ces pièces.

**Article 102** Lorsqu'un tribunal confirme au procès qu'il existe des circonstances prévues par l'article 54 de la Loi de Procédure Pénale dans lesquelles des éléments de preuve sont collectés illégalement, les éléments

式, 对证据收集的合法性加以说明。

**第一百条** 法庭审理过程中, 当事人及其辩护人、诉讼代理人申请排除非法证据的, 法庭应当进行审查。经审查, 对证据收集的合法性有疑问的, 应当进行调查; 没有疑问的, 应当当庭说明情况和理由, 继续法庭审理。当事人及其辩护人、诉讼代理人以相同理由再次申请排除非法证据的, 法庭不再进行审查。

对证据收集合法性的调查, 根据具体情况, 可以在当事人及其辩护人、诉讼代理人提出排除非法证据的申请后进行, 也可以在法庭调查结束前一并进行。

法庭审理过程中, 当事人及其辩护人、诉讼代理人申请排除非法证据, 人民法院经审查, 不符合本解释第九十七条规定的, 应当在法庭调查结束前一并进行审查, 并决定是否进行证据收集合法性的调查。

**第一百零一条** 法庭决定对证据收集的合法性进行调查的, 可以由公诉人通过出示、宣读讯问笔录或者其他证据, 有针对性地播放讯问过程的录音录像, 提请法庭通知有关侦查人员或者其他人员出庭说明情况等方式, 证明证据收集的合法性。

公诉人提交的取证过程合法的说明材料, 应当经有关侦查人员签名, 并加盖公章。未经有关侦查人员签名的, 不得作为证据使用。上述说明材料不能单独作为证明取证过程合法的根据。

**第一百零二条** 经审理, 确认或者不能排除存在刑事诉讼法第五十四条规定的以非法方法收集证据情形的, 对有关证据应当排

de preuve sont exclus.

Après avoir enquêté sur la légalité de la collecte des preuves, le tribunal populaire doit informer le procureur, l'accusé ou son défenseur ou son représentant les conclusions d'enquête.

**L'article 103** Le tribunal populaire de deuxième instance doit examiner la légalité de la collecte des preuves et rendre sa décision selon la Loi de Procédure Pénale et la présente interprétation dans l'une des circonstances suivantes :

1. Le tribunal populaire de première instance n'a pas examiné la demande de l'exclusion des preuves illégales adressée par l'accusé ou son défenseur ou son représentant, mais a servi ces preuves de base à la condamnation ;
2. Le parquet populaire, l'accusé et son représentant légal interjettent appel et formulent une objection contre les conclusions du tribunal populaire de première instance quant à la légalité de la collecte d'éléments de preuve ;
3. L'accusé ou son défenseur ou son représentant qui découvre les indices ou les données après la procédure en première instance demande le tribunal populaire de deuxième instance à exclure les preuves illégales.

#### **Section IX. Examen approfondi et administration de la preuve**

**Article 104** L'authenticité des preuves doit être examinée en combinaison avec les autres preuves.

La force probante de la preuve doit être appréciée en fonction des circonstances concrètes de l'affaire en question, de sa pertinence pour le *factum probandum*, de son lien avec d'autres preuves, etc.

Les preuves peuvent être utilisées pour déterminer une affaire s'il existe le lien interne logique entre elles visant à prouver le même *probum* et des conflits peuvent être raisonnablement écartés.

**Article 105** En l'absence de preuves directes, l'accusé peut être condamné si les conditions suivantes sont simultanément remplies :

1. La preuve indirecte utilisée pour la condamnation a été vérifiée comme

exclus.

Le tribunal populaire doit examiner la légalité de la collecte des preuves et rendre sa décision selon la Loi de Procédure Pénale et la présente interprétation dans l'une des circonstances suivantes :

**第一百零三条** 具有下列情形之一的，第二审人民法院应当对证据收集的合法性进行审查，并根据刑事诉讼法和本解释的有关规定作出处理：

- (一) 第一审人民法院对当事人及其辩护人、诉讼代理人排除非法证据的申请没有审查，且以该证据作为定案根据的；
- (二) 人民检察院或者被告人、自诉人及其法定代理人不服第一审人民法院作出的有关证据收集合法性的调查结论，提出抗诉、上诉的；
- (三) 当事人及其辩护人、诉讼代理人在第一审结束后才发现相关线索或者材料，申请人民法院排除非法证据的。

#### **第九节 证据的综合审查与运用**

**第一百零四条** 对证据的真实性，应当综合全案证据进行审查。

对证据的证明力，应当根据具体情况，从证据与待证事实的关联程度、证据之间的联系等方面进行审查判断。

证据之间具有内在联系，共同指向同一待证事实，不存在无法排除的矛盾和无法解释的疑问的，才能作为定案的根据。

**第一百零五条** 没有直接证据，但间接证据同时符合下列条件的，可以认定被告人有罪：

- (一) 证据已经查证属实；

vraie ;

2. La preuve indirecte utilisée pour la condamnation se corrobore, et il n'y a pas de conflit qui ne puisse être éliminé ni de doute qui ne puisse être dissipé ;

3. La preuve indirecte utilisée pour la condamnation a formé un système de preuve intégré ;

4. La conclusion à partir des faits vérifiés par des preuves indirectes est exclusive et suffisante pour éliminer tout doute raisonnable ;

5. Le raisonnement fondé sur des preuves indirectes relève de la logique et des jugements expérientiels.

**Article 106** Un accusé peut être déclaré coupable sur la base de preuves matérielles ou écrites cachées, obtenues selon les aveux et les identifications de l'accusé, si ces preuves corroborent d'autres preuves établissant la survenance des faits, et la possibilité de collusion et de l'obtention d'aveux par l'extorsion ou par incitation a été exclue.

**Article 107** Les éléments de preuve obtenus par les mesures techniques d'enquête peuvent servir de base à la détermination d'une affaire pour autant que ces éléments de preuve ont été vérifiées par le tribunal par le biais de leur présentation, leur identification et leur examen croisé.

Si l'utilisation des preuves précitées porte atteinte à la sécurité personnelle ou conduit aux autres conséquences graves, le tribunal doit prendre les mesures protectrices permettant de dissimuler l'identité du personnel concerné ou les techniques spéciales. Le cas échéant, le tribunal peut vérifier ces preuves en dehors d'audience.

**Article 108** Concernant les documents sur le processus de traitement d'une affaire ou de l'arrestation délivrés par l'organe d'enquête, il faut vérifier s'ils portent la signature ou le sceau du personnel d'enquête et de l'organe d'enquête qui fournit ces documents.

En cas de doute sur le processus de traitement d'une affaire ou de l'arrestation ou sur les bases permettant de déterminer les suspects, l'organe d'enquête est demandé à fournir une explication supplémentaire.

**Article 109** Les preuves dans l'une des circonstances suivantes doivent être utilisées avec prudence et ne peuvent être admissibles que si elles sont

(二) 证据之间相互印证, 不存在无法排除的矛盾和无法解释的疑问;

(三) 全案证据已经形成完整的证明体系;

(四) 根据证据认定案件事实足以排除合理怀疑, 结论具有唯一性;

(五) 运用证据进行的推理符合逻辑和经验。

**第一百零六条** 根据被告人的供述、指认提取到了隐蔽性很强的物证、书证, 且被告人的供述与其他证明犯罪事实发生的证据相互印证, 并排除串供、逼供、诱供等可能性的, 可以认定被告人有罪。

**第一百零七条** 采取技术侦查措施收集的证据材料, 经当庭出示、辨认、质证等法庭调查程序查证属实的, 可以作为定案的根据。

使用前款规定的证据可能危及有关人员的人身安全, 或者可能产生其他严重后果的, 法庭应当采取不暴露有关人员身份、技术方法等保护措施, 必要时, 审判人员可以在庭外核实。

**第一百零八条** 对侦查机关出具的被告人到案经过、抓获经过等材料, 应当审查是否有出具该说明材料的办案人、办案机关的签名、盖章。

对到案经过、抓获经过或者确定被告人有重大嫌疑的根据有疑问的, 应当要求侦查机关补充说明。

**第一百零九条** 下列证据应当慎重使用, 有其他证据印证的, 可

corroborées par d'autres preuves :

1. Des déclarations, des témoignages ou des aveux rendus respectivement par une victime, un témoin ou un accusé physiquement ou mentalement déficient, qui éprouvent certaines difficultés à percevoir et à exprimer les faits, mais préserve la capacité de percevoir et d'exprimer correctement les choses ;

2. Un témoignage favorable à l'accusé, tel que rendu par un témoin ayant des liens de parenté ou toute autre relation proche avec l'accusé, ou un témoignage contre l'accusé, tel que rendu par un témoin ayant les conflits d'intérêts avec l'accusé.

**Article 110** Les éléments de preuve permettant de prouver que l'accusé s'est rendu lui-même, a avoué ou a accompli des actes méritoires ne peuvent pas servir de base à la détermination d'une affaire, s'ils ne portent pas les signatures ou les sceaux officiels du personnel ou de l'organe concerné.

Si l'accusé ou son défenseur affirme que l'accusé s'est rendu lui-même, a avoué ou a accompli des actes méritoires, ce qui n'est pas reconnu par l'organe compétent ; ou si ce dernier la reconnaît, mais les éléments de preuve ne sont pas suffisants, le tribunal populaire doit demander à l'organe compétent de fournir des éléments de preuve ou demander au personnel concerné de témoigner et décider s'il s'agit ou non d'une renonciation volontaire sur la base desdits éléments de preuve ou témoignages en combinaison avec d'autres éléments de preuve.

**Article 111** Les éléments de preuve permettant de prouver que l'accusé est un récidiviste ou a commis à nouveau l'infraction concernant les stupéfiants incluent les jugements ou les attestations de la remise en liberté ou d'autres documents établis dans la procédure précédente ; si les éléments ne sont pas suffisants, le tribunal demande les organes concernés à fournir.

**Article 112** Le tribunal doit déterminer si l'accusé a atteint l'âge de la responsabilité pénale quand il a commis le crime en cause ou en audience selon le certificat d'enregistrement de résidence, l'acte de naissance, l'attestation d'inscription d'une école, le registre du recensement de la population, le témoignage d'une partie non intéressé, etc.

Un accusé ne sera pas considéré comme ayant atteint l'âge de 14 ans, de 16 ans, de 18 ans ou de 75 ans, si les preuves sont insuffisantes pour prouver que l'accusé avait 14 ans, 16 ans, 18 ans ou 75 ans.

以采信：

(一) 生理上、精神上有缺陷，对案件事实的认知和表达存在一定困难，但尚未丧失正确认知、表达能力的被害人、证人和被告人所作的陈述、证言和供述；

(二) 与被告人有亲属关系或者其他密切关系的证人所作的有利被告人的证言，或者与被告人有利害冲突的证人所作的不利被告人的证言。

**第一百一十条** 证明被告人自首、坦白、立功的证据材料，没有加盖接受被告人投案、坦白、检举揭发等的单位的印章，或者接受人员没有签名的，不得作为定案的根据。

对被告人及其辩护人提出有自首、坦白、立功的事实和理由，有关机关未予认定，或者有关机关提出被告人有自首、坦白、立功表现，但证据材料不全的，人民法院应当要求有关机关提供证明材料，或者要求相关人员作证，并结合其他证据作出认定。

**第一百一十一条** 证明被告人构成累犯、毒品再犯的证据材料，应当包括前罪的裁判文书、释放证明等材料；材料不全的，应当要求有关机关提供。

**第一百一十二条** 审查被告人实施被指控的犯罪时或者审判时是否达到相应法定责任年龄，应当根据户籍证明、出生证明文件、学籍卡、人口普查登记、无利害关系人的证言等证据综合判断。

证明被告人已满十四周岁、十六周岁、十八周岁或者不满七十五周岁的证据不足的，应当认定被告人不满十四周岁、不满十六周

岁、不满十八周岁或者已满七十五周岁。

# Annexe (A. 5)

## Règlementation de procédure pénale de la part de parquet populaire, chapitre V : Preuve

(éditée par le Parquet suprême populaire, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2013)

### 《人民检察院刑事诉讼规则（试行）》第五章：证据

（最高人民法院颁布，2013年1月1日生效）

#### Chapitre V. Preuve

**Article 61** Le parquet populaire constate les faits de l'affaire au fondement des preuves lors de l'établissement d'un dossier pour enquête, ou de l'autorisation de la détention ou de la décision de la poursuite.

La charge de la preuve de la culpabilité de l'accusé dans une affaire de poursuite publique incombe au procureur populaire. Le parquet populaire doit apporter les preuves concluantes et suffisantes et les utiliser pour prouver les faits d'un crime qui font l'objet d'une poursuite.

Au cours de la poursuite, le parquet populaire doit soumettre les éléments de preuve qui peuvent prouver la culpabilité ou l'innocence d'un accusé ou la gravité ou la légèreté de l'infraction au tribunal populaire.

**Article 62** La preuve doit être appréciée en fonction des circonstances concrètes de l'affaire en question, de sa pertinence pour le *factum probandum*, de son lien avec d'autres preuves, de la légalité de sa recherche, etc.

**Article 63** Lorsque le parquet populaire achève l'enquête et décide la poursuite, les preuves doivent être concluantes et suffisantes. La preuve est concluante et suffisante lorsque les conditions suivantes sont remplies :

1. Tous les faits pour condamnation et détermination de la peine sont étayés par des preuves ;
2. Toutes les preuves utilisées pour statuer sur une affaire ont été vérifiées conformément aux procédures judiciaires ;
3. Tous les faits établis sont hors de tout doute raisonnable et sont fondés sur tous les éléments de preuve.

**Article 64** Les preuves matérielles, les preuves écrites, les enregistrements audiovisuels, les données électroniques et les autres éléments de preuve recueillent par une autorité administrative dans le

#### 第五章 证据

**第六十一条** 人民检察院在立案侦查、审查逮捕、审查起诉等办案活动中认定案件事实，应当以证据为根据。

公诉案件中被告人有罪的举证责任由人民检察院承担。人民检察院在提起公诉指控犯罪时，应当提出确实、充分的证据，并运用证据加以证明。

人民检察院提起公诉，应当遵循客观公正原则，对被告人有罪、罪重、罪轻的证据都应当向人民法院提出。

**第六十二条** 证据的审查认定，应当结合案件的具体情况，从证据与待证事实的关联程度、各证据之间的联系、是否依照法定程序收集等方面进行综合审查判断。

**第六十三条** 人民检察院侦查终结或者提起公诉的案件，证据应当确实、充分。证据确实、充分，应当符合以下条件：

- (一) 定罪量刑的事实都有证据证明；
- (二) 据以定案的证据均经法定程序查证属实；
- (三) 综合全案证据，对所认定事实已排除合理怀疑。

**第六十四条** 行政机关在行政执法和查办案件过程中收集的物证、书证、视听资料、电子数据

processus d'exécution de la loi et d'enquête peuvent être utilisés comme preuves dans la procédure pénale, si ces preuves sont transférées au nom de l'autorité administrative et si leur légalité est confirmée par le parquet.

Les conclusions de l'expertise, les procès-verbaux de l'enquête sur place et de l'examen qui sont recueillies par une autorité administrative dans le processus d'exécution de la loi et d'enquête ne peuvent être utilisées comme preuves qu'après que leur légalité a été vérifiée par le parquet populaire.

Le parquet populaire qui établit un dossier pour enquête d'une affaire doit collecter à nouveau les témoignages ou les déclarations des personnes intéressées qui ont été obtenues par l'autorité administrative au cours d'exécution de la loi et d'enquête ; lorsque ces témoignages ou les déclarations ne peuvent pas être collectés à nouveau à cause de la distance lointaine, la mort et la disparition d'une personne intéressée ou de la perte de sa capacité du témoin, mais les autres preuves corroborent la légalité de la recherche et de la source de ces témoignages ou déclarations, ces dernières peuvent être utilisées comme preuves après que leur légalité a été vérifiée par le parquet populaire.

L'organisation ayant l'autorité d'enquête sur les actions non conforme à la loi administrative ou aux disciplines selon les lois et les règlements appartient à l'autorité administrative stipulée dans le présent article.

**Article 65** Les aveux d'un suspect ou d'un accusé extorqué par la torture ou obtenus par d'autres moyens illégaux, ainsi que les témoignages et les déclarations de victimes obtenues par la violence, la menace ou tout autre moyen illégal sont exclus. Ces preuves ne doivent pas être utilisées comme bases pour une demande de l'autorisation de la détention, une décision de la détention, une demande de l'examen de la poursuite et une décision de la poursuite.

La torture consiste aux peines corporelles ou les peines corporelles déguisées, les procédés qui entraînent de la douleur ou les souffrances aiguës, physiques ou mentales, de prévenus.

D'autres moyens illégaux sont des moyens similaires à la torture, la violence ou la menace au niveau du degré de violation de la loi et de contrainte du suspect.

**Article 66** Si l'enquêteur ne respecte pas les formalités prévues par la loi lors du recueil des preuves matérielles et écrites, et cela est susceptible de porter gravement atteinte à la justice, le parquet populaire demande l'organe d'enquête à fournir des corrections ou des justifications, sinon

les preuves matérielles,应当以该机关的名义移送,经人民检察院审查符合法定要求的,可以作为证据使用。

行政机关在行政执法和查办案件过程中收集的鉴定意见、勘验、检查笔录,经人民检察院审查符合法定要求的,可以作为证据使用。

人民检察院办理直接受理立案侦查的案件,对于有关机关在行政执法和查办案件过程中收集的涉案人员供述或者相关人员的证言、陈述,应当重新收集;确有证据证实涉案人员或者相关人员因路途遥远、死亡、失踪或者丧失作证能力,无法重新收集,但供述、证言或者陈述的来源、收集程序合法,并有其他证据相印证,经人民检察院审查符合法定要求的,可以作为证据使用。

根据法律、法规赋予的职责查处行政违法、违纪案件的组织属于本条规定的行政机关。

**第六十五条** 对采用刑讯逼供等非法方法收集的犯罪嫌疑人供述和采用暴力、威胁等非法方法收集的证人证言、被害人陈述,应当依法排除,不得作为提请逮捕、批准或者决定逮捕、移送审查起诉以及提起公诉的依据。

刑讯逼供是指使用肉刑或者变相使用肉刑,使犯罪嫌疑人肉体或者精神上遭受剧烈疼痛或者痛苦以逼取供述的行为。

其他非法方法是指违法程度和对犯罪嫌疑人的强迫程度与刑讯逼供或者暴力、威胁相当而迫使其违背意愿供述的方法。

**第六十六条** 收集物证、书证不符合法定程序,可能严重影响司法公正的,人民检察院应当及时要求侦查机关补正或者作出书面

ces preuves sont exclues.

Le parquet populaire doit examiner les corrections ou des justifications fournies par l'organe d'enquête. Les éléments de preuve ne peuvent servir de base à l'autorisation de la détention ou à la décision de la poursuite que si l'enquêteur procède à une correction ou à une justification raisonnable.

Les circonstances « susceptibles de porter gravement atteinte à la justice » prévues par l'alinéa 1 du présent article signifient que l'enquêteur transgresse la loi lors du recueil des preuves matérielles et écrites et cela est susceptible de porter gravement atteinte à l'équité de l'affaire ; « des corrections » signifient que les défauts formels au cours du recueil des preuves peuvent être corrigés ; « des justifications » signifient que les défauts apparus lors du recueil des preuves peuvent être expliqués en conformité avec le sens commun et la logique.

**Article 67** Le parquet populaire décide d'exclure les preuves s'il estime qu'il existe les circonstances de l'obtention des preuves de manière illégale prévues par l'article 54 de la Loi de Procédure Pénale. Si d'autres preuves ne peuvent pas prouver que l'infraction a été commise par le suspect, la détention ne peut être autorisée. Si l'affaire a été transférée pour la poursuite, le parquet populaire peut le renvoyer à l'organe d'enquête ou décider de ne pas engager de poursuite contre le suspect.

**Article 68** Dans la phase de l'enquête, de la poursuite ou du jugement, le parquet populaire qui a découvert que les enquêteurs recueillent les preuves de manière illégale doit enquêter et vérifier immédiatement ce fait après l'autorisation du procureur général.

Le parquet populaire doit accepter et examiner la plainte, l'accusation ou la dénonciation concernant l'obtention des preuves par la torture ou d'autres moyens illégaux adressés par l'accusé ou son défenseur ou son représentant, si ce dernier fournit les indices ou les données concernant le personnel soupçonné de collecter illégalement des preuves, l'heure, le lieu, la méthode, le contenu. Lorsque la légalité de la collecte des preuves ne peut pas être prouvée selon les données, le procureur doit demander le procureur général à autoriser à s'engager d'une enquête ou de la vérification.

Lorsque le parquet populaire du second degré ou plus reçoit la plainte,

explique ; ne peut être corrigé ou ne peut être expliqué de manière raisonnable, la preuve doit être exclue ; ne peut être corrigé ou ne peut être expliqué de manière raisonnable, la preuve doit être exclue.

对侦查机关的补正或者解释，人民检察院应当予以审查。经侦查机关补正或者作出合理解释的，可以作为批准或者决定逮捕、提起公诉的依据。

本条第一款中的可能严重影响司法公正是指收集物证、书证不符合法定程序的行为明显违法或者情节严重，可能对司法机关办理案件的公正性造成严重损害；补正是指对取证程序上的非实质性瑕疵进行补救；合理解释是指对取证程序的瑕疵作出符合常理及逻辑的解释。

**第六十七条** 人民检察院经审查发现存在刑事诉讼法第五十四条规定的非法取证行为，依法对该证据予以排除后，其他证据不能证明犯罪嫌疑人实施犯罪行为的，应当不批准或者决定逮捕，已经移送审查起诉的，可以将案件退回侦查机关补充侦查或者作出不起诉决定。

**第六十八条** 在侦查、审查起诉和审判阶段，人民检察院发现侦查人员以非法方法收集证据的，应当报经检察长批准，及时进行调查核实。

当事人及其辩护人、诉讼代理人报案、控告、举报侦查人员采用刑讯逼供等非法方法收集证据并提供涉嫌非法取证的人员、时间、地点、方式和内容等材料或者线索的，人民检察院应当受理并进行审查，对于根据现有材料无法证明证据收集合法性的，应当报经检察长批准，及时进行调查核实。

上一级人民检察院接到对侦查人

l'accusation ou la dénonciation concernant l'obtention des preuves par la torture ou d'autres moyens illégaux, il peut l'enquêter ou la vérifier directement, ou confier le parquet subalterne pour l'enquêter ou la vérifier. Si c'est le cas dernier, le parquet subalterne doit communiquer la conclusion de l'enquête au parquet supérieur.

Le parquet populaire qui décide d'ouvrir une enquête ou une vérification doit informer immédiatement l'organe d'enquête.

**Article 69** Dans la phase de l'enquête, l'organe qui contrôle l'enquête est chargé d'enquêter et vérifier les preuves recueillies illégalement ; dans la phase de la poursuite ou du jugement, le parquet prend cette charge. Le cas échéant, le secteur du parquet qui est chargé d'enquêter les affaires concernant la prévarication peut envoyer le procureur pour participer l'enquête.

**Article 70** Le parquet populaire peut prendre les mesures suivantes pour enquêter ou vérifier les moyens illégaux de recueil des preuves :

1. interroger un suspect ;
2. interroger les agents d'enquête ;
3. interroger les personnes se trouvant sur le lieu ou les témoins ;
4. écouter les opinions des avocats ;
5. obtenir les procès-verbaux ou les enregistrements audiovisuels de l'interrogatoire ;
6. obtenir et consulter le rapport d'examen médical du suspect et les données concernées lors d'entrées ou sortie d'un suspect détenu dans le centre de détention ;
7. procéder l'examen ou l'expertise de la blessure ou la maladie ;
8. d'autres méthodes de l'enquête ou la vérification.

**Article 71** À la fin de l'enquête, le procureur doit établir un rapport, proposer son avis selon les faits vérifiés et demander le procureur général à prendre la décision.

Le procureur qui exclut les preuves obtenues illégalement au cours de l'autorisation de la détention, de l'examen de la poursuite doit l'expliquer dans le rapport d'enquête. Les éléments de preuve collectés illégalement qui sont exclus doivent être transférés avec le dossier de l'affaire.

员采用刑讯逼供等非法方法收集证据的报案、控告、举报的,可以直接进行调查核实,也可以交由下级人民检察院调查核实。交由下级人民检察院调查核实的,下级人民检察院应当及时将调查结果报告上一级人民检察院。

人民检察院决定调查核实的,应当及时通知办案机关。

**第六十九条** 对于非法证据的调查核实,在侦查阶段由侦查监督部门负责;在审查起诉、审判阶段由公诉部门负责。必要时,渎职侵权检察部门可以派员参加。

**第七十条** 人民检察院可以采取以下方式对非法取证行为进行调查核实:

- (一) 讯问犯罪嫌疑人;
- (二) 询问办案人员;
- (三) 询问在场人员及证人;
- (四) 听取辩护律师意见;
- (五) 调取讯问笔录、讯问录音、录像;
- (六) 调取、查询犯罪嫌疑人出入看守所的身体检查记录及相关材料;
- (七) 进行伤情、病情检查或者鉴定;
- (八) 其他调查核实方式。

**第七十一条** 人民检察院调查完毕后,应当制作调查报告,根据查明的情况提出处理意见,报请检察长决定后依法处理。

办案人员在审查逮捕、审查起诉中经调查核实依法排除非法证据的,应当在调查报告中予以说明。被排除的非法证据应当随案移送。

S'il existe les cas d'exclusion des preuves obtenues illégalement, mais le crime n'est pas commis, le procureur doit donner son avis de correction à l'organe d'enquête. Des corrections ou des justifications doit être demandées explicitement.

Si le procureur estime qu'un crime a été commis et la responsabilité pénale doit être recherchée après l'examen des contentieux d'exclusion des preuves illégales, il doit les transférer afin d'établir un dossier pour enquête.

**Article 72** Le parquet populaire qui estime qu'il existe les cas de la collecte des preuves de manière illégale peut demander par écrit l'organe d'enquête à expliquer la légalité de la collecte des preuves. Les documents d'explication portent le sceau officiel de l'organe d'enquête et la signature de l'enquêteur.

**Article 73** Concernant les affaires enquêtées par l'organe de la sécurité publique, dans l'un des cas suivants, le parquet populaire peut obtenir les enregistrements audiovisuels de l'interrogatoire du suspect afin d'examiner la légalité de la collecte des preuves et l'authenticité des aveux du suspect ou de l'accusé dans la phase de l'autorisation de la détention et de l'examen de la poursuite et du jugement :

1. Il existe la torture ou les autres moyens illégaux pour obtenir les aveux au cours de l'interrogatoire ;
2. Le suspect ou l'accusé ou son défenseur dénonce que les aveux du suspect ou de l'accusé sont obtenus de manière illégale, et fournissent les indices ou les données ;
3. Le suspect ou l'accusé a des objections sur la légalité de l'interrogatoire ou retrace ses aveux, et fournit les indices ou les données ;
4. Les circonstances de l'affaire sont graves, difficiles et compliquées.

Lorsque le parquet populaire enquête lui-même l'affaire, l'organe d'enquête doit transférer les enregistrements audiovisuels de l'interrogatoire et le dossier de l'affaire lorsqu'il demande l'autorisation de la détention et l'examen de la poursuite.

**Article 74** Au cours de la poursuite, l'accusé ou son défenseur dénonce

pour des cas où des preuves ont été collectées illégalement, mais le crime n'a pas été commis, le procureur doit donner son avis de correction à l'organe d'enquête. Des corrections ou des justifications doivent être demandées explicitement.

Si le procureur estime qu'un crime a été commis et la responsabilité pénale doit être recherchée après l'examen des contentieux d'exclusion des preuves illégales, il doit les transférer afin d'établir un dossier pour enquête.

**第七十二条** 人民检察院认为存在以非法方法收集证据情形的, 可以书面要求侦查机关对证据收集的合法性进行说明。说明应当加盖单位公章, 并由侦查人员签名。

**第七十三条** 对于公安机关立案侦查的案件, 存在下列情形之一的, 人民检察院在审查逮捕、审查起诉和审判阶段, 可以调取公安机关讯问犯罪嫌疑人的录音、录像, 对证据收集的合法性以及犯罪嫌疑人、被告人供述的真实性进行审查:

(一) 认为讯问活动可能存在刑讯逼供等非法取证行为的;

(二) 犯罪嫌疑人、被告人或者辩护人提出犯罪嫌疑人、被告人供述系非法取得, 并提供相关线索或者材料的;

(三) 犯罪嫌疑人、被告人对讯问活动合法性提出异议或者翻供, 并提供相关线索或者材料的;

(四) 案情重大、疑难、复杂的。

人民检察院直接受理立案侦查的案件, 侦查部门移送审查逮捕、审查起诉时, 应当将讯问录音、录像连同案卷材料一并移送审查。

**第七十四条** 对于提起公诉的案件, 被告人及其辩护人提出审前供述系非法取得, 并提供相关线

que les aveux sont obtenus illégalement et fournit les indices ou les données, le parquet populaire peut transférer les enregistrements audiovisuels et le dossier de l'affaire au tribunal populaire.

**Article 75** Au cours du jugement, si l'accusé ou son défenseur a des objections sur la légalité de l'interrogatoire, le procureur peut demander l'accusé ou son défenseur à fournir les indices ou les données. Le cas échéant, le procureur peut demander le tribunal à projeter les enregistrements de l'interrogatoire en audience afin de procéder à l'examen croisé sur les objections et les faits.

Lorsque les enregistrements audiovisuels de l'interrogatoire impliquent des secrets d'État, des secrets commerciaux ou des données personnelles ou comprennent les données ne pouvant pas être projetés en public, le procureur propose de les projeter devant les participants du procès, le procureur, l'enquêteur, l'accusé ou son défenseur. Si le parquet populaire modifie techniquement les enregistrements audiovisuels de l'interrogatoire car ces derniers impliquent des secrets d'État, des secrets commerciaux ou des données personnelles, le procureur doit expliquer cette modification devant le tribunal.

**Article 76** Lorsqu'un témoin, un expert ou une victime témoigne d'un crime d'atteinte à la sécurité nationale, d'actes terroristes, d'un crime organisé à caractère gangland ou d'un crime en matière de drogue, mettant en danger la sécurité personnelle du témoin, de l'expert, ou de la victime ou de ses proches parents, s'il demande la protection corporelle au parquet populaire, ce dernier doit l'accepter et l'examiner immédiatement. Le parquet doit prendre les mesures nécessaires si la sécurité personnelle des personnes précitées est mise en danger. Le parquet peut également prendre d'office les mesures de la protection.

Le parquet populaire prend une ou plusieurs des mesures de protection suivantes :

1. ne pas divulguer ses véritables informations personnelles, telles que son nom, son adresse de résidence et son employeur ;
2. proposer au tribunal de ne pas exposer son regard, sa vraie voix, etc.,

soit des indices ou des données, le parquet populaire peut transférer les enregistrements audiovisuels et le dossier de l'affaire au tribunal populaire.

**第七十五条** 在法庭审理过程中, 被告人或者辩护人对讯问活动合法性提出异议, 公诉人可以要求被告人及其辩护人提供相关线索或者材料。必要时, 公诉人可以提请法庭当庭播放相关时段的讯问录音、录像, 对有关异议或者事实进行质证。

需要播放的讯问录音、录像中涉及国家秘密、商业秘密、个人隐私或者其他不宜公开的内容的, 公诉人应当建议在法庭组成人员、公诉人、侦查人员、被告人及其辩护人范围内播放。因涉及国家秘密、商业秘密、个人隐私或者其他犯罪线索等内容, 人民检察院对讯问录音、录像的相关内容作技术处理的, 公诉人应当向法庭作出说明。

**第七十六条** 对于危害国家安全犯罪、恐怖活动犯罪、黑社会性质的组织犯罪、毒品犯罪等案件, 人民检察院在办理案件过程中, 证人、鉴定人、被害人因在诉讼中作证, 本人或者其近亲属人身安全面临危险, 向人民检察院请求保护的, 人民检察院应当受理并及时进行审查, 对于确实存在人身安全的危险的, 应当立即采取必要的保护措施。人民检察院发现存在上述情形的, 可以主动采取保护措施。

人民检察院可以采取以下一项或者多项保护措施:

- (一) 不公开真实姓名、住址和工作单位等个人信息;
- (二) 建议法庭采取不暴露外貌、真实声音等出庭作证措施;
- (三) 禁止特定的人员接触证人、

lorsqu'il prend la parole ;

3. interdire à certaines personnes de contacter le témoin, l'expert, ou la victime et ses proches parents ;

4. assurer une protection spéciale à sa personne et à sa résidence ;

5. autres mesures de protection nécessaires.

Le parquet populaire qui décide de ne pas divulguer les véritables informations personnelles du témoin, de l'expert ou de la victime telle que son nom, son adresse de résidence ou son employeur, peut utiliser les pseudonymes au lieu de son nom véritable dans les actes ou les éléments de preuve incluant le réquisitoire introductif, les procès-verbaux de l'interrogatoire, etc. Mais il doit mentionner la technique de l'utilisation des pseudonymes et indiquer la confidentialité.

Les entités et les personnes concernées coopèrent avec un tribunal populaire, un procureur populaire ou une autorité de sécurité publique pour prendre des mesures de protection conformément à la loi.

Quiconque intimide, insulte, bat ou exerce des représailles contre un témoin ou ses proches sont passibles de la responsabilité pénale conformément à la loi s'il s'agit d'un crime ; sinon, sont passibles de sanctions administratives ordonnées par l'autorité de la sécurité publique conformément à la loi. Le parquet doit transférer cette affaire à l'organe de la sécurité publique ; si les circonstances sont légères, le parquet peut donner l'instruction et l'avertissement.

**Article 77** Une indemnité est versée aux frais de voyage, de séjour et d'hébergement et aux autres frais d'un témoin pour s'acquitter de son obligation de témoigner.

鉴定人、被害人及其近亲属；

(四)对人身和住宅采取专门性保护措施；

(五)其他必要的保护措施。

人民检察院依法决定不公开证人、鉴定人、被害人的真实姓名、住址和工作单位等个人信息的，可以在起诉书、询问笔录等法律文书、证据材料中使用化名代替证人、鉴定人、被害人的个人信息。但是应当另行书面说明使用化名的情况并标明密级。

人民检察院依法采取保护措施，可以要求有关单位和个人予以配合。

对证人及其近亲属进行威胁、侮辱、殴打或者打击报复，构成犯罪的或者应当给予治安管理处罚的，人民检察院应当移送公安机关处理；情节轻微的，予以批评教育、训诫。

**第七十七条** 证人在人民检察院侦查、审查起诉阶段因履行作证义务而支出的交通、住宿、就餐等费用，人民检察院应当给予补助。



# Annexe (A. 6)

## Règlementations de la procédure pour traiter les affaires pénales de la part de Ministère de la Sécurité publique, chapitre V : Preuve

(Édictée par le Ministère de la Sécurité publique, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2013)

### 《公安机关办理刑事案件程序规定》第五章 :证据

(公安部颁布, 2013年1月1日生效)

#### Chapitre V. Preuve

**Article 56** Tous les documents pouvant être utilisés pour prouver les faits de l'affaire sont des preuves.

Les preuves comprennent :

- (1) les preuves matérielles ;
- (2) les preuves écrites ;
- (3) les témoignages ;
- (4) les déclarations de victime ;
- (5) les confessions et les justifications d'un suspect ou d'un accusé ;
- (6) les expertises ;
- (7) les procès-verbaux des enquêtes sur place, des examens, des identifications et des reconstitutions d'un crime ;
- (8) les enregistrements audiovisuels et les données électroniques.

Les preuves doivent être vérifiées avant de servir de base à la décision d'une affaire.

**Article 57** Les organes de sécurité publique doivent, conformément aux modalités prévues par la loi, rassembler divers d'éléments de preuve qui peuvent prouver la culpabilité ou l'innocence d'un suspect ou d'un accusé et la gravité de l'infraction. Il faut veiller à ce que tous les citoyens impliqués dans l'affaire ou disposant d'informations concernant l'affaire puissent fournir des preuves objectives et complètes, et, sauf circonstances spéciales, ces citoyens peuvent être tenus de participer à l'enquête.

**Article 58** Une autorité de sécurité publique a le pouvoir de recueillir ou de demander la présentation d'éléments de preuve aux entités et personnes concernées, qui doivent fournir des preuves véridiques.

Les preuves impliquant des secrets d'État, des secrets commerciaux ou des données personnelles doivent rester confidentielles.

Quiconque falsifie, dissimule ou détruit des preuves doivent être soumises

#### 第五章 证据

**第五十六条** 可以用于证明案件事实的材料, 都是证据。

证据包括:

- (一) 物证;
- (二) 书证;
- (三) 证人证言;
- (四) 被害人陈述;
- (五) 犯罪嫌疑人供述和辩解;
- (六) 鉴定意见;
- (七) 勘验、检查、侦查实验、搜查、查封、扣押、提取、辨认等笔录;
- (八) 视听资料、电子数据。

证据必须经过查证属实, 才能作为认定案件事实的根据。

**第五十七条** 公安机关必须依照法定程序, 收集能够证实犯罪嫌疑人有罪或者无罪、犯罪情节轻重的各种证据。必须保证一切与案件有关或者了解案情的公民, 有客观地充分地提供证据的条件, 除特殊情况外, 可以吸收他们协助调查。

**第五十八条** 公安机关向有关单位和个人收集、调取证据时, 应当告知其必须如实提供证据。对涉及国家秘密、商业秘密、个人隐私的证据, 应当保密。

对于伪造证据、隐匿证据或者毁

à une responsabilité légale, sans égard à la partie qui détient les preuves.

**Article 59** Lorsqu'une autorité de sécurité publique demande la présentation d'éléments de preuve aux entités et personnes concernées, le responsable des enquêteurs doit donner son autorisation et établir une notification. Les entités et les personnes concernées doivent apposer leurs cachets ou leurs signatures dans la notification. S'ils refusent d'apposer leurs cachets ou leurs signatures, l'autorité de sécurité publique doit le mentionner. Le cas échéant, les enquêteurs doivent conserver les enregistrements audiovisuels sur les éléments de preuve et le processus de l'obtention des éléments de preuve.

**Article 60** Les preuves matérielles, les preuves écrites, les enregistrements audiovisuels, les données électroniques, les rapports de l'examen ou de l'expertise, les procès-verbaux de l'enquête sur place ou de l'examen ou les autres éléments de preuve recueillis par une autorité administrative dans le processus d'application de la loi et d'enquête, mais acceptés ou obtenus par l'autorité de sécurité publique, peuvent être utilisés comme preuves dans la procédure pénale.

**Article 61** Les preuves matérielles recueillies ou demandées par l'organe d'enquête sont l'objet originel. Ce n'est que lorsqu'il est difficile de déplacer ou de conserver l'objet original ou qu'il est légalement requis que l'objet soit conservé et manipulé par le service compétent uniquement, les photos, les enregistrements visuels ou les reproductions permettant de refléter fidèlement la forme ou le contenu de l'objet d'origine peuvent être tirés ou faits.

Les photos, des enregistrements visuels ou des reproductions de preuves matérielles peuvent être utilisés pour déterminer une affaire, à condition que leur authenticité ait été affirmée par vérification aux originaux, par authentification d'expert ou par tout autre moyen. Les photos, les enregistrements visuels ou les reproductions de l'objet original ne peuvent pas être utilisées comme preuves, s'ils ne peuvent pas refléter la forme et les caractéristiques de l'objet original.

**Article 62** Les preuves écrites recueillies ou demandées par l'organe d'enquête sont les originaux. Les duplicatas ou les photocopies ne peuvent être utilisés que lorsqu'il est vraiment difficile d'acquérir les originaux.

Les duplicatas ou les photocopies ne peuvent être utilisés que lorsqu'il est vraiment difficile d'acquérir les originaux. Des duplicatas ou des photocopies de preuves écrites peuvent être utilisés pour déterminer une affaire, à condition qu'ils soient authentifiés par contrôle avec les

preuves détruites,应当追究其法律责任。

**第五十九条** 公安机关向有关单位和个人调取证据,应当经办案部门负责人批准,开具调取证据通知书。被调取单位、个人应当在通知书上盖章或者签名,拒绝盖章或者签名的,公安机关应当注明。必要时,应当采用录音或者录像等方式固定证据内容及取证过程。

**第六十条** 公安机关接受或者依法调取的行政机关在行政执法和查办案件过程中收集的物证、书证、视听资料、电子数据、检验报告、鉴定意见、勘验笔录、检查笔录等证据材料,可以作为证据使用。

**第六十一条** 收集、调取的物证应当是原物。只有在原物不便搬运、不易保存或者依法应当由有关部门保管、处理或者依法应当返还时,才可以拍摄或者制作足以反映原物外形或者内容的照片、录像或者复制品。

物证的照片、录像或者复制品经与原物核实无误或者经鉴定证明为真实的,或者以其他方式确能证明其真实的,可以作为证据使用。原物的照片、录像或者复制品,不能反映原物的外形和特征的,不能作为证据使用。

**第六十二条** 收集、调取的书证应当是原件。只有在取得原件确有困难时,可以使用副本或者复制件。

书证的副本、复制件,经与原物核实无误或者经鉴定证明为真实的,或者以其他方式确能证明其真实的,可以作为证据使用。书

originaux, par authentification d'expert ou par tout autre moyen. Lorsqu'une preuve écrite est modifiée ou montre un signe de modification qui ne peut être justifié, ou si une copie ou une photocopie de celle-ci ne peut pas refléter la forme externe ou le contenu de l'original, ce document ne peut pas être utilisé comme preuve.

**Article 63** Les photos, les enregistrements visuels ou les reproductions de la preuve matérielle, les duplicata ou photocopies de la preuve écrite, les reproductions des enregistrements audiovisuels ou des données électroniques doivent accompagner une explication écrite concernant le processus de réalisation des reproductions et l'endroit où l'objet original ou le document est mis, avec les signatures des fabricants, des détenteurs de l'objet.

**Article 64** L'acte de la demande d'autorisation d'une arrestation ou d'examen de la poursuite écrite par une autorité de sécurité publique doit être conforme à la vérité. Si l'organe de sécurité publique dissimule intentionnellement la vérité, leur responsabilité doit être recherchée.

**Article 65** Les faits de l'affaire qui doivent être constatés comprennent :

1. Si l'acte criminel existe ;
2. L'heure, le lieu, le moyen ou la conséquence de la commission d'une infraction et d'autres circonstances ;
3. Si l'acte criminel est commis par le suspect ;
4. L'identité du suspect ;
5. La motivation et le but de la commission d'une infraction ;
6. La responsabilité du suspect et son lien avec les coauteurs ;
7. S'il existe des circonstances pour une peine plus lourde ou légère ou atténuée, ou même pour l'exemption de peine ;
8. Les autres faits concernant l'affaire.

**Article 66** Lorsque l'organe de sécurité publique envoie l'affaire pour examiner la poursuite, les faits du crime doivent être clairs, les preuves doivent être concluantes et suffisantes.

La preuve est concluante et suffisante lorsque les conditions suivantes sont remplies :

证有更改或者更改迹象不能作出合理解释的,或者书证的副本、复制件不能反映书证原件及其内容的,不能作为证据使用。

**第六十三条** 物证的照片、录像或者复制品,书证的副本、复制件,视听资料、电子数据的复制件,应当附有关制作过程及原件、原物存放处的文字说明,并由制作人和物品持有人或者物品持有单位有关人员签名。

**第六十四条** 公安机关提请批准逮捕书、起诉意见书必须忠实于事实真相。故意隐瞒事实真相的,应当依法追究刑事责任。

**第六十五条** 需要查明的案件事实包括:

- (一) 犯罪行为是否存在;
- (二) 实施犯罪行为的时间、地点、手段、后果以及其他情节;
- (三) 犯罪行为是否为犯罪嫌疑人实施;
- (四) 犯罪嫌疑人的身份;
- (五) 犯罪嫌疑人实施犯罪行为的动机、目的;
- (六) 犯罪嫌疑人的责任以及与其他同案人的关系;
- (七) 犯罪嫌疑人有无法定从重、从轻、减轻处罚以及免除处罚的情节;
- (八) 其他与案件有关的事实。

**第六十六条** 公安机关移送审查起诉的案件,应当做到犯罪事实清楚,证据确实、充分。

证据确实、充分,应当符合以下

1. Tous les faits pour condamnation et détermination de la peine sont étayés par des preuves ;

2. Toutes les preuves utilisées pour statuer sur une affaire ont été vérifiées conformément aux procédures judiciaires ;

3. Tous les faits établis sont hors de tout doute raisonnable et sont fondés sur tous les éléments de preuve.

La preuve doit être appréciée en fonction des circonstances concrètes de l'affaire en question, de sa pertinence pour le *factum probandum*, de son lien avec d'autres preuves, etc.

Les faits d'une affaire ne peuvent pas être constatés, s'il existe uniquement les aveux du suspect mais non d'autres éléments de preuve ; s'il n'y a pas les aveux du suspect, mais les preuves sont concluantes et suffisantes, les faits d'une affaire peuvent être constatés.

**Article 67** Les aveux d'un suspect ou d'un accusé extorqué par la torture ou obtenus par d'autres moyens illégaux, ainsi que les témoignages et les déclarations de victimes obtenues par la violence, la menace ou tout autre moyen illégal sont exclus.

Si l'enquêteur ne respecte pas les formalités prévues par la loi lors du recueil des preuves matérielles et écrites, et cela est susceptible de porter gravement atteinte à la justice, des corrections ou des justifications sont fournies, sinon ces preuves sont exclues.

S'il est découvert, au cours de l'enquête, que les preuves sont exclues, elles ne doivent pas être utilisées comme bases pour une demande d'une autorisation de détention ou de l'examen de la poursuite.

Si le parquet populaire estime qu'il existe les cas où les preuves sont recueillies illégalement, et demandent l'organe de sécurité publique à expliquer, l'organe de sécurité publique doit ouvrir immédiatement une enquête, et expliquer par écrit au parquet populaire.

**Article 68** Si le tribunal populaire estime que les éléments de preuve existants ne peuvent pas prouver la légalité de l'obtention d'éléments de preuve, et convoque les enquêteurs concernés ou tout autre personnel à comparaître devant le tribunal pour explications, les enquêteurs ou autres personnes concernées doivent comparaître devant le tribunal. Le cas échéant, les enquêteurs ou toutes les autres personnes concernées peuvent

conditions :

(一) 认定的案件事实都有证据证明；

(二) 认定案件事实的证据均经法定程序查证属实；

(三) 综合全案证据，对所认定事实已排除合理怀疑。

对证据的审查，应当结合案件的具体情况，从各证据与待证事实的关联程度、各证据之间的联系等方面进行审查判断。

只有犯罪嫌疑人供述，没有其他证据的，不能认定案件事实；没有犯罪嫌疑人供述，证据确实、充分的，可以认定案件事实。

**第六十七条** 采用刑讯逼供等非法方法收集的犯罪嫌疑人供述和采用暴力、威胁等非法方法收集的证人证言、被害人陈述，应当予以排除。

收集物证、书证违反法定程序，可能严重影响司法公正的，应当予以补正或者作出合理解释；不能补正或者作出合理解释的，对该证据应当予以排除。

在侦查阶段发现有应当排除的证据的，经县级以上公安机关负责人批准，应当依法予以排除，不得作为提请批准逮捕、移送审查起诉的依据。

人民检察院认为可能存在以非法方法收集证据情形，要求公安机关进行说明的，公安机关应当及时进行调查，并向人民检察院作出书面说明。

**第六十八条** 人民法院认为现有证据材料不能证明证据收集的合法性，通知有关侦查人员或者其他人员出庭说明情况的，有关侦查人员或者其他人员应当出庭。

également demander à comparaître devant le tribunal pour explications.

Les enquêteurs qui ont été avisés par le tribunal populaire doivent se présenter devant le tribunal pour témoigner les faits du crime.

**Article 69** Toute personne disposant d'informations concernant une affaire est tenu de témoigner.

Une personne qui présente un handicap physique ou mental ou un mineur qui ne peut pas distinguer le bien du mal ou qui ne peut pas s'exprimer correctement ne doit pas servir de témoin.

Si nécessaire, l'enquêteur peut procéder à l'examen ou l'expertise afin de vérifier si le témoin peut distinguer le bien du mal ou s'exprimer correctement.

**Article 70** Les autorités de sécurité publique veillent à la sécurité des témoins et de leurs proches.

Quiconque intimide, insulte, bat ou exerce des représailles contre un témoin ou ses proches sont passible de la responsabilité pénale conformément à la loi s'il s'agit d'un crime ; sinon, est passibles de sanctions administratives ordonnées par l'autorité de la sécurité publique conformément à la loi.

**Article 71** Lorsqu'un témoin, un expert ou une victime témoigne d'un crime d'atteinte à la sécurité nationale, d'actes terroristes, d'un crime organisé à caractère gangland ou d'un crime en matière de drogue, mettant en danger la sécurité personnelle du témoin, de l'expert, ou de la victime ou de ses proches parents, le tribunal populaire, le parquet populaire et l'autorité de sécurité publique prennent une ou plusieurs des mesures de protection suivantes :

- (1) ne pas divulguer ses véritables informations personnelles, telles que son nom, son adresse de résidence et son employeur ;
- (2) interdire à certaines personnes de contacter le témoin, l'expert, ou la victime et ses proches parents ;
- (3) assurer une protection spéciale à sa personne et à sa résidence ;
- (4) autres mesures de protection nécessaires.

Si un témoin, un expert ou une victime estime que ses dépositions dans le cadre d'une procédure pénale mettent sa sécurité personnelle ou celle de ses proches parents en danger, il peut demander la protection d'autorité de sécurité publique. L'autorité de sécurité publique estime que les conditions

nécessaires, les enquêteurs ou d'autres personnes peuvent également demander à comparaître devant le tribunal pour explications.

经人民法院通知, 人民警察应当就其执行职务时目击的犯罪情况出庭作证。

**第六十九条** 凡是知道案件情况的人, 都有作证的义务。

生理上、精神上有缺陷或者年幼, 不能辨别是非, 不能正确表达的人, 不能作证人。

对于证人能否辨别是非, 能否正确表达, 必要时可以进行审查或者鉴别。

**第七十条** 公安机关应当保障证人及其近亲属的安全。

对证人及其近亲属进行威胁、侮辱、殴打或者打击报复, 构成犯罪的, 依法追究刑事责任; 尚不够刑事处罚的, 依法给予治安管理处罚。

**第七十一条** 对危害国家安全犯罪、恐怖活动犯罪、黑社会性质的组织犯罪、毒品犯罪等案件, 证人、鉴定人、被害人因在侦查过程中作证, 本人或者其近亲属的人身安全面临危险的, 公安机关应当采取以下一项或者多项保护措施:

- (一) 不公开真实姓名、住址和工作单位等个人信息;
- (二) 禁止特定的人员接触证人、鉴定人、被害人及其近亲属;
- (三) 对人身和住宅采取专门性保护措施;
- (四) 其他必要的保护措施。

证人、鉴定人、被害人认为因在侦查过程中作证, 本人或者其近亲属的人身安全面临危险, 向公

prévues par l'alinéa précité sont réunies et qu'il est nécessaire de prendre les mesures de protection, elle doit prendre l'une des mesures ou plusieurs mesures ci-dessus.

L'organe de sécurité publique qui prend des mesures de protection conformément à la loi peut demander aux entités et aux personnes concernées la coopération.

L'enquêteur doit communiquer les mesures de protection prises au parquet populaire lorsqu'il transfère l'affaire au parquet pour examiner la poursuite.

**Article 72** L'organe de sécurité publique qui décide de ne pas divulguer les véritables informations personnelles du témoin, de l'expert ou de la victime telle que son nom, son adresse de résidence ou son employeur, peut utiliser les pseudonymes au lieu de son nom véritable dans les actes ou les éléments de preuve incluant le réquisitoire introductif, les procès-verbaux de l'interrogatoire, etc. Mais il doit mentionner la technique de l'utilisation des pseudonymes et indiquer la confidentialité.

**Article 73** Les personnes, les frais et les dotations doivent être assurés pour la mise en œuvre des activités de protection des témoins.

Une indemnité est versée aux frais de voyage, de séjour et d'hébergement et aux autres frais d'un témoin pour s'acquitter de son obligation de témoigner. Elle est comptabilisée dans les frais de fonctionnement des autorités de sécurité publique.

安机关请求予以保护，公安机关经审查认为符合前款规定的条件，确有必要采取保护措施的，应当采取上述一项或者多项保护措施。

公安机关依法采取保护措施，可以要求有关单位和个人配合。

案件移送审查起诉时，应当将采取保护措施的相关情况一并移交人民检察院。

**第七十二条** 公安机关依法决定不公开证人、鉴定人、被害人的真实姓名、住址和工作单位等个人信息的，可以在起诉意见书、询问笔录等法律文书、证据材料中使用化名等代替证人、鉴定人、被害人的个人信息。但是，应当另行书面说明使用化名的情况并标明密级，单独成卷。

**第七十三条** 证人保护工作所必需的人员、经费、装备等，应当予以保障。

证人因履行作证义务而支出的交通、住宿、就餐等费用，应当给予补助。证人作证的补助列入公安机关业务经费。

# Annexe (A. 7)

## Dispositions concernant plusieurs questions relatives à l'exclusion stricte des preuves recueillies illégalement dans les affaires pénales

(Élaborées conjointement par la Cour suprême populaire, le Parquet suprême populaire, le Ministère de la Sécurité publique et le Ministère de la Justice, entrées en vigueur le 27<sup>er</sup> juin 2017)

### 《关于办理刑事案件严格排除非法证据若干问题的规定》

(最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部联合制定, 2017年6月27日生效)

#### I. Dispositions générales

**Article 1** Il est formellement interdit d'extorquer des aveux par la torture, de rassembler des éléments de preuve par la menace, la séduction, la tromperie ou les autres moyens illégaux, ni de forcer quiconque à s'incriminer de soi-même. Dans chaque affaire, le tribunal populaire se concentre sur les preuves, les enquêtes et les recherches. Il ne faut pas croire aveuglement les aveux.

**Article 2** Lorsque les enquêteurs emploient les mesures violentes (frapper à coups de poing, user les outils de retenue de la façon illégale, etc.) ou les moyens méprisables (la peine corporelle sous une forme déguisée) pendant l'interrogatoire, et ces mesures causent des souffrances intolérantes subies par les suspects ou les accusés, si ces derniers s'avouent involontairement coupables, ses aveux doivent être exclus du dossier de la procédure pénale.

**Article 3** Lorsque les enquêteurs emploient les violences ou les menaces qui portent violemment atteinte aux droits des suspects ou des accusés ou de leurs parents, et ces mesures causent des souffrances intolérantes subies par les suspects ou les accusés, si ces derniers s'avouent involontairement coupables, ses aveux doivent être exclus du dossier de la procédure pénale.

**Article 4** Lorsque les enquêteurs emploient à la manière illégale les moyens de la contrainte de la liberté des suspects ou des accusés pour obtenir leurs aveux, ces derniers doivent être exclus du dossier de la procédure pénale.

**Article 5** Lorsque les enquêteurs extorquent les aveux d'un suspect ou d'un accusé par la torture, les aveux répétés que ce suspect ou cet accusé fait dans les phases suivantes sous l'influence de la torture précédente doivent être exclus, sauf dans les cas suivants :

(1) Au cours d'enquête, l'organe d'enquête, selon l'accusation et la dénonciation ou sa propre découverte, confirme ou n'est pas en mesure d'exclure les preuves recueillies illégalement et ainsi change les

#### 一、一般规定

**第一条** 严禁刑讯逼供和以威胁、引诱、欺骗以及其他非法方法收集证据, 不得强迫任何人证实自己有罪。对一切案件的判处都要重证据, 重调查研究, 不轻信口供。

**第二条** 采取殴打、违法使用戒具等暴力方法或者变相肉刑的恶劣手段, 使犯罪嫌疑人、被告人遭受难以忍受的痛苦而违背意愿作出的供述, 应当予以排除。

**第三条** 采用以暴力或者严重损害本人及其近亲属合法权益等进行威胁的方法, 使犯罪嫌疑人、被告人遭受难以忍受的痛苦而违背意愿作出的供述, 应当予以排除。

**第四条** 采用非法拘禁等非法限制人身自由的方法收集的犯罪嫌疑人、被告人供述, 应当予以排除。

**第五条** 采用刑讯逼供方法使犯罪嫌疑人、被告人作出供述, 之后犯罪嫌疑人、被告人受该刑讯逼供行为影响而作出的与该供述相同的重复性供述, 应当一并排除, 但下列情形除外:

(一) 侦查期间, 根据控告、举报或者自己发现等, 侦查机关确认或者不能排除以非法方法收集

enquêteurs. D'autres enquêteurs ont informé le suspect ses droits procéduraux et les conséquences juridiques de la reconnaissance préalable de culpabilité au moment du réinterrogatoire, et le suspect avoue volontairement.

(2) Au cours de l'autorisation de l'arrestation et de la poursuite ainsi que du jugement, les procureurs et les juges ont informé le suspect et son défenseur des droits procéduraux et des conséquences juridiques de la reconnaissance préalable de culpabilité au moment de l'interrogatoire, et le suspect ou l'accusé avoue volontairement.

**Article 6** Les témoignages et les déclarations de victimes recueillies par la violence, la menace, la contrainte illégale de la liberté individuelle et les autres moyens illégaux sont exclues.

**Article 7** Si l'enquêteur ne respecte pas les formalités prévues par la loi lors du recueil des preuves matérielles et écrites, et cela est susceptible de porter gravement atteinte à la justice, des corrections ou des justifications sont fournies, sinon ces preuves sont exclues.

## II. Enquête

**Article 8** L'organe d'enquête doit, conformément aux modalités prévues par la loi, rassembler et obtenir divers d'éléments de preuve qui peuvent prouver la culpabilité ou l'innocence d'un suspect ou d'un accusé et la gravité de l'infraction.

**Article 9** Après avoir détenu ou arrêté un suspect, selon la loi, ce dernier doit être transféré dans le centre de détention. Une fois qu'un suspect est transféré dans le centre de détention, l'interrogatoire se déroule dans la salle d'interrogatoire de ce centre. Lorsque l'organe d'enquête mène des interrogatoires dans un lieu en dehors de la salle d'interrogatoire d'un centre de détention en raison des facteurs objectifs, il doit fournir les explications raisonnables.

**Article 10** Lors de l'interrogatoire d'un suspect, les enquêteurs peuvent conserver des enregistrements audiovisuels du processus d'interrogatoire. Et dans une affaire concernant un crime passible de la réclusion à perpétuité ou de la peine de mort ou tout autre crime important, les enquêteurs conservent des enregistrements audiovisuels du processus d'interrogatoire.

Les enquêteurs doivent informer le suspect que les enregistrements audiovisuels sont effectués pendant l'interrogatoire et l'indiquer dans les procès-verbaux de l'interrogatoire.

preuve et remplacer les enquêteurs, d'autres enquêteurs ont informé le suspect ses droits procéduraux et les conséquences juridiques de la reconnaissance préalable de culpabilité au moment du réinterrogatoire, et le suspect avoue volontairement.

(二) 审查逮捕、审查起诉和审判期间, 检察人员、审判人员讯问时告知诉讼权利和认罪的法律后果, 犯罪嫌疑人、被告人自愿供述的。

**第六条** 采用暴力、威胁以及非法限制人身自由等非法方法收集的证人证言、被害人陈述, 应当予以排除。

**第七条** 收集物证、书证不符合法定程序, 可能严重影响司法公正的, 应当予以补正或者作出合理解释; 不能补正或者作出合理解释的, 对有关证据应当予以排除。

## 二、侦查

**第八条** 侦查机关应当依照法定程序开展侦查, 收集、调取能够证实犯罪嫌疑人有罪或者无罪、罪轻或者罪重的证据材料。

**第九条** 拘留、逮捕犯罪嫌疑人后, 应当按照法律规定送看守所羁押。犯罪嫌疑人被送交看守所羁押后, 讯问应当在看守所讯问室进行。因客观原因侦查机关在看守所讯问室以外的场所进行讯问的, 应当作出合理解释。

**第十条** 侦查人员在讯问犯罪嫌疑人的时候, 可以对讯问过程进行录音录像; 对于可能判处无期徒刑、死刑的案件或者其他重大犯罪案件, 应当对讯问过程进行录音录像。

侦查人员应当告知犯罪嫌疑人对讯问过程录音录像, 并在讯问笔录中写明。

**Article 11** Les enregistrements audiovisuels du processus d'interrogatoire sont conservés sans interruption afin de garantir leur intégrité, et ne sont pas sélectivement enregistrés, assemblés ou supprimés.

**Article 12** Les enquêteurs qui interrogent un suspect doivent établir les procès-verbaux d'interrogatoire conformément à la loi. Les procès-verbaux d'interrogatoire doivent être vérifiés par le suspect et doivent être lus à un suspect si celui-ci n'a pas la capacité de lire. Lorsqu'il y a des omissions, des erreurs, etc. dans les procès-verbaux d'interrogatoire, le suspect peut demander des compléments ou des corrections.

**Article 13** L'agent du centre de détention doit enregistrer l'interrogatoire, précisant l'entité, le personnel, la cause, l'heure de début et de fin de l'interrogatoire, le nom et le prénom du suspect interrogé et d'autres informations.

Tout suspect qui entre dans le centre de détention doit être soumis à un examen physique. Lors de cet examen, les procureurs correspondants dans le centre de détention peuvent être présents. Lorsque cet examen révèle que le suspect est blessé ou physiquement anormal, l'agent du centre de détention prend les photos ou conserve les vidéos. Les agents d'escorte et le suspect expliquent respectivement les raisons, qui seront indiquées dans le rapport d'examen physique. Cette dernière doit être signée par les agents d'escorte, les agents du centre de détention, et le suspect.

**Article 14** Le suspect et son défenseur peuvent, au cours d'enquête, demander au parquet populaire à exclure les preuves recueillies illégalement. Lorsque le suspect et son défenseur fournissent des indices ou des données, le parquet populaire mène une enquête et une vérification. Le suspect et son défenseur sont informés par écrit des conclusions de l'enquête. Lorsque les preuves sont effectivement collectées illégalement, le parquet populaire adresse l'avis de correction à l'organe d'enquête.

L'organe d'enquête doit exclure les éléments de preuve recueillis illégalement qui ont été vérifiés au cours de l'examen et ne doit pas s'en servir pour présenter une demande d'autorisation de détention ou de poursuite.

Dans une affaire importante, les procureurs correspondants du centre de détention doivent, avant la fin de l'enquête, interroger le suspect afin de

**第十一条** 对讯问过程录音录像,应当不间断进行,保持完整性,不得选择性地录制,不得剪辑、删改。

**第十二条** 侦查人员讯问犯罪嫌疑人,应当依法制作讯问笔录。讯问笔录应当交犯罪嫌疑人核对,对于没有阅读能力的,应当向他宣读。对讯问笔录中有遗漏或者差错等情形,犯罪嫌疑人可以提出补充或者改正。

**第十三条** 看守所应当对提讯进行登记,写明提讯单位、人员、事由、起止时间以及犯罪嫌疑人姓名等情况。

看守所收押犯罪嫌疑人,应当进行身体检查。检查时,人民检察院驻看守所检察人员可以在场。检查发现犯罪嫌疑人有伤或者身体异常的,看守所应当拍照或者录像,分别由送押人员、犯罪嫌疑人说明原因,并在体检记录中写明,由送押人员、收押人员和犯罪嫌疑人签字确认。

**第十四条** 犯罪嫌疑人及其辩护人在侦查期间可以向人民检察院申请排除非法证据。对犯罪嫌疑人及其辩护人提供相关线索或者材料的,人民检察院应当调查核实。调查结论应当书面告知犯罪嫌疑人及其辩护人。对确有以非法方法收集证据情形的,人民检察院应当向侦查机关提出纠正意见。

侦查机关对审查认定的非法证据,应当予以排除,不得作为提请批准逮捕、移送审查起诉的根据。

对重大案件,人民检察院驻看守所检察人员应当在侦查终结前询

vérifier s'il existe des cas d'extorsion d'aveux par la torture et de collecte des preuves de manière illégale, et en même temps conserver les enregistrements audiovisuels. Lorsque, après vérification, il existe effectivement des circonstances d'extorsion d'aveux par la torture et de collecte d'éléments de preuve de manière illégale, l'organe d'enquête exclut les éléments de preuve collectés illégalement et ne les utilise pas comme base pour le dépôt d'une demande d'autorisation de détention ou de poursuite.

**Article 15** Dans le cas d'achèvement de l'enquête, l'organe d'enquête examine de manière exhaustive les éléments de preuve prouvant la légalité de la collecte des preuves et exclut les preuves collectées illégalement conformément à la loi. Lorsque les preuves sont insuffisantes après que les preuves collectées illégalement ont été exclues, l'affaire n'est pas transmise pour la poursuite.

Un organe d'enquête qui conclut que les enquêteurs ont rassemblé des preuves de manière illégale doit les traiter conformément à la loi et peut désigner d'autres enquêteurs pour rassembler à nouveau les preuves.

### III. Examen aux fins de détention et de poursuite

**Article 16** Lorsqu'un suspect est interrogé au cours de l'examen aux fins de détention et de poursuite, le droit de demander l'exclusion des preuves recueillies illégalement ainsi que les droits procéduraux et les conséquences juridiques de la reconnaissance préalable de culpabilité sont notifiés au suspect.

**Article 17** Lorsqu'un suspect et son défenseur demandent l'exclusion des preuves collectées illégalement et fournissent des indices ou des données au cours de l'examen aux fins de détention et de poursuite, le parquet populaire procède à une enquête et à une vérification. Le suspect et son défenseur sont informés par écrit des conclusions de l'enquête.

Lorsque le parquet populaire conclue que les enquêteurs ont recueilli des preuves par la torture et par d'autres moyens illégaux au cours de l'examen aux fins de détention et de poursuite, il doit exclure les preuves concernées et rendre les avis de corrections conformément à la loi. Le cas échéant, il peut mener une enquête et recueillir des preuves par lui-même.

Le parquet populaire doit exclure les preuves collectées illégalement qui ont été vérifiées et ne doit pas les utiliser pour fonder une demande d'autorisation de détention ou de poursuite. Les éléments de preuve collectés illégalement qui sont exclus doivent être transférés avec le dossier de l'affaire et doivent être spécifiés dans l'acte.

**Article 18** Lorsque les preuves sont insuffisantes et les conditions de

interrogatoire de la personne suspectée, vérifier si elle existe en matière de torture et de collecte de preuves de manière illégale, et en même temps conserver les enregistrements audiovisuels. Lorsque, après vérification, il existe effectivement des circonstances d'extorsion d'aveux par la torture et de collecte d'éléments de preuve de manière illégale, l'organe d'enquête exclut les éléments de preuve collectés illégalement et ne les utilise pas comme base pour le dépôt d'une demande d'autorisation de détention ou de poursuite.

**第十五条** 对侦查终结的案件, 侦查机关应当全面审查证明证据收集合法性的证据材料, 依法排除非法证据。排除非法证据后, 证据不足的, 不得移送审查起诉。

侦查机关发现办案人员非法取证的, 应当依法作出处理, 并可另行指派侦查人员重新调查取证。

### 三、审查逮捕、审查起诉

**第十六条** 审查逮捕、审查起诉期间讯问犯罪嫌疑人, 应当告知其有权申请排除非法证据, 并告知诉讼权利和认罪的法律后果。

**第十七条** 审查逮捕、审查起诉期间, 犯罪嫌疑人及其辩护人申请排除非法证据, 并提供相关线索或者材料的, 人民检察院应当调查核实。调查结论应当书面告知犯罪嫌疑人及其辩护人。

人民检察院在审查起诉期间发现侦查人员以刑讯逼供等非法方法收集证据的, 应当依法排除相关证据并提出纠正意见, 必要时人民检察院可以自行调查取证。

人民检察院对审查认定的非法证据, 应当予以排除, 不得作为批准或者决定逮捕、提起公诉的根据。被排除的非法证据应当随案移送, 并写明为依法排除的非法证据。

**第十八条** 人民检察院依法排除

détention et de poursuite ne sont pas réunies après que le parquet populaire ait exclu les preuves recueillies illégalement, aucune autorisation de détention ni de poursuite ne sera accordée.

Lorsque le parquet populaire n'affirme pas les faits criminels importants à cause de l'exclusion des preuves, et ainsi il n'autorise pas la détention et la poursuite, ou il décide de ne pas engager de poursuite contre certains faits criminels importants, l'organe de sécurité publique et l'organe de sécurité d'État peuvent demander un réexamen ou une révision.

#### IV. Defense

**Article 19** Lorsqu'un suspect ou un accusé demande l'aide juridique, l'autorité judiciaire doit désigner un avocat conformément aux dispositions concernées.

Un avocat de garde chargé d'aide juridique peut fournir une assistance juridique à un suspect ou à un accusé et adresser une demande ou une accusation au nom du suspect ou d'un accusé contre l'extorsion d'aveux sous la torture et la collecte d'éléments de preuve de manières illégales.

**Article 20** Un suspect, un accusé et son défenseur qui demande l'exclusion des preuves recueillies illégalement doivent fournir les indices ou les données concernant le personnel soupçonné de collecter illégalement des preuves, l'heure, le lieu, la méthode, le contenu etc.

**Article 21** L'avocat peut, à compter du jour où le parquet populaire examine la poursuite, consulter, extraire et photocopier les procès-verbaux d'interrogatoire, les enregistrements d'interrogatoire, les actes sur la mise en œuvre des mesures coercitives ou des mesures d'enquête, et les autres éléments de preuves. D'autres défenseurs peuvent, avec l'autorisation des tribunaux et des parquets populaires, consulter, extraire et photocopier les éléments de preuve susmentionnés.

**Article 22** Lorsqu'un suspect, un accusé et son défenseur s'adressent au tribunal populaire et au parquet populaire pour obtenir l'enregistrement audiovisuel de l'interrogatoire, le dossier de l'examen médical et les autres éléments de preuve rassemblés mais non soumis par l'organe de sécurité publique, l'organe de sécurité de l'État et le parquet populaire, si ces éléments de preuves sont liés à la légalité de la collecte d'éléments de preuve, le tribunal populaire et le parquet populaire doivent approuver la demande ; dans le cas contraire, ils la désapprouvent et expliquent les raisons au suspect, à l'accusé et à son défenseur.

illégalement, l'autorisation de détention ni de poursuite ne sera accordée. Pour les preuves recueillies illégalement, l'autorisation de détention ni de poursuite ne sera accordée.

对于人民检察院排除有关证据导致对涉嫌的重要犯罪事实未予认定, 从而作出批准逮捕、不起诉决定, 或者对涉嫌的部分重要犯罪事实决定不起诉的, 公安机关、国家安全机关可要求复议、提请复核。

#### 四、辩护

**第十九条** 犯罪嫌疑人、被告人申请提供法律援助的, 应当按照有关规定指派法律援助律师。

法律援助值班律师可以为犯罪嫌疑人、被告人提供法律帮助, 对刑讯逼供、非法取证情形代理申诉、控告。

**第二十条** 犯罪嫌疑人、被告人及其辩护人申请排除非法证据, 应当提供涉嫌非法取证的人员、时间、地点、方式、内容等相关线索或者材料。

**第二十一条** 辩护律师自人民检察院对案件审查起诉之日起, 可以查阅、摘抄、复制讯问笔录、提讯登记、采取强制措施或者侦查措施的法律文书等证据材料。其他辩护人经人民法院、人民检察院许可, 也可以查阅、摘抄、复制上述证据材料。

**第二十二条** 犯罪嫌疑人、被告人及其辩护人向人民法院、人民检察院申请调取公安机关、国家安全机关、人民检察院收集但未提交的讯问录音录像、体检记录等证据材料, 人民法院、人民检察院经审查认为犯罪嫌疑人、被告人及其辩护人申请调取的证据材料与证明证据收集的合法性有联系的, 应当予以调取; 认为与

## V. Procès

**Article 23** Le tribunal populaire notifie à l'accusé et à son défenseur, lors de la signification d'un duplicata du réquisitoire introductif, qu'ils ont le droit de demander l'exclusion des preuves collectées illégalement.

L'accusé et son défenseur doivent, avant le déroulement de l'audience, solliciter l'exclusion de preuves recueillies illégalement, sauf dans les cas où des indices ou des éléments ont été trouvés au cours du procès et dans d'autres circonstances. Le tribunal populaire doit, avant le déroulement de l'audience, soumettre l'acte de la demande et le duplicata d'indices ou de documents au parquet populaire.

**Article 24** Lorsqu'un accusé et son défenseur demandent l'exclusion des preuves recueillies illégalement, mais ne fournissent pas d'indices ou d'éléments et ne remplissent pas les conditions de la demande prescrites par la loi, le tribunal populaire ne peut accepter la demande.

**Article 25** Lorsqu'un accusé et son défenseur demandent l'exclusion des preuves recueillies illégalement et fournissent des indices ou des éléments conformément à la loi, le tribunal populaire convoque la séance d'avant-procès. Le parquet populaire doit expliquer la légalité de la recherche des preuves à travers la présentation des éléments de preuve concernés et les autres moyens. Le tribunal populaire peut vérifier les informations et entendre les opinions.

Le parquet populaire peut décider de retirer les preuves, et les preuves retirées ne doivent pas être produites au cours du procès sans nouvelles raisons.

Un accusé et son défenseur peuvent retirer leur demande d'exclusion des preuves recueillies illégalement. Après le retrait de cette demande, s'il n'apparaît pas les indices ou les éléments nouveaux, aucune demande d'exclusion ne doit être déposée à nouveau contre les preuves concernées.

**Article 26** Lorsqu'un procureur, un accusé et son défenseur ne parviennent pas à un consensus sur la légalité de la recherche des preuves lors de la séance d'avant-procès, si le tribunal populaire doute de la légalité de la recherche des preuves, il doit ouvrir une enquête dans le

preuve de la collecte de preuves illégalement, sans lien avec la preuve, il doit décider de ne pas demander et verser les preuves suspectes, l'accusé et son avocat d'expliquer les raisons.

## 五、审判

**第二十三条** 人民法院向被告及其辩护人送达起诉书副本时,应当告知其有权申请排除非法证据。

被告人及其辩护人申请排除非法证据,应当在开庭审理前提出,但在庭审期间发现相关线索或者材料等情形除外。人民法院应当在开庭审理前将申请书和相关线索或者材料的复制件送交人民检察院。

**第二十四条** 被告人及其辩护人在开庭审理前申请排除非法证据,未提供相关线索或者材料,不符合法律规定的申请条件的,人民法院对申请不予受理。

**第二十五条** 被告人及其辩护人在开庭审理前申请排除非法证据,按照法律规定提供相关线索或者材料的,人民法院应当召开庭前会议。人民检察院应当通过出示有关证据材料等方式,有针对性地对证据收集的合法性作出说明。人民法院可以核实情况,听取意见。

人民检察院可以决定撤回有关证据,撤回的证据,没有新的理由,不得在庭审中出示。

被告人及其辩护人可以申请撤回排除非法证据的申请。撤回申请后,没有新的线索或者材料,不得再次对有关证据提出排除申请。

**第二十六条** 公诉人、被告人及其辩护人在庭前会议中对证据收集是否合法未达成一致意见,人民法院对证据收集的合法性有疑

procès ; et si le tribunal populaire n'a aucun doute sur la légalité de la recherche des preuves et il n'y a de nouveaux indices ni de nouveaux éléments prouvant que les preuves sont soupçonnées d'être collectées illégalement, il peut décider de ne pas ouvrir d'enquête.

**Article 27** Lorsqu'un accusé et son défenseur demandent au tribunal populaire de faire comparaître les enquêteurs ou tout autre personnel, si le tribunal populaire estime que les éléments de preuve existants ne sont pas en mesure de prouver la légalité de la recherche des preuves et qu'il est nécessaire de convoquer le personnel susmentionné pour témoigner ou expliquer la situation, il peut demander au personnel susmentionné de comparaître devant le tribunal.

**Article 28** Après la prononciation du réquisitoire introductif par un procureur, le tribunal doit prononcer les informations relatives à l'examen de la légalité de la recherche des preuves au cours d'avant-procès.

**Article 29** Si l'accusé et son défenseur ne demandent pas à exclure les preuves recueillies illégalement avant le procès, mais en déposent une en audience, ils doivent motiver leur demande.

Dans les circonstances susmentionnées, si le tribunal doute de la légalité de la recherche des preuves, il doit ouvrir une enquête ; sinon, il doit rejeter la demande.

Après que le tribunal a rejeté une demande d'exclusion d'éléments de preuve recueillis illégalement, si l'accusé et son défenseur n'ont pas de nouveaux indices ni de nouveaux éléments et adressent une nouvelle demande pour le même motif, le tribunal ne l'examine plus.

**Article 30** Un tribunal qui décide d'enquêter sur la légalité de la collecte d'éléments de preuve en audience doit d'abord procéder à une enquête. Toutefois, pour éviter les retards excessifs du procès, une enquête peut également être menée avant la fin de l'investigation au procès.

**Article 31** Pour prouver la légalité de la collecte d'éléments de preuve, le procureur peut produire les procès-verbaux de l'interrogatoire, l'enregistrement de l'interrogatoire, les documents de l'examen médical, les actes sur la mise en œuvre des mesures coercitives ou des mesures d'enquête, le dossier de vérification de la légalité de l'interrogatoire établi avant l'achèvement de l'enquête et les autres éléments de preuve. Il peut également projeter les enregistrements audiovisuels concernés et demander au tribunal d'informer les enquêteurs ou tout autre personnel de comparaître devant le tribunal.

问的, 应当在庭审中进行调查; 人民法院对证据收集的合法性没有疑问, 且没有新的线索或者材料表明可能存在非法取证的, 可以决定不再进行调查。

**第二十七条** 被告人及其辩护人申请人民法院通知侦查人员或者其他人员出庭, 人民法院认为现有证据材料不能证明证据收集的合法性, 确有必要通知上述人员出庭作证或者说明情况的, 可以通知上述人员出庭。

**第二十八条** 公诉人宣读起诉书后, 法庭应当宣布开庭审理前对证据收集合法性的审查及处理情况。

**第二十九条** 被告人及其辩护人在开庭审理前未申请排除非法证据, 在法庭审理过程中提出申请的, 应当说明理由。

对前述情形, 法庭经审查, 对证据收集的合法性有疑问的, 应当进行调查; 没有疑问的, 应当驳回申请。

法庭驳回排除非法证据申请后, 被告人及其辩护人没有新的线索或者材料, 以相同理由再次提出申请的, 法庭不再审查。

**第三十条** 庭审期间, 法庭决定对证据收集的合法性进行调查的, 应当先行当庭调查。但为防止庭审过分迟延, 也可以在法庭调查结束前进行调查。

**第三十一条** 公诉人对证据收集的合法性加以证明, 可以出示讯问笔录、提讯登记、体检记录、采取强制措施或者侦查措施的法律文书、侦查终结前对讯问合法性的核查材料等证据材料, 有针对性地播放讯问录音录像, 提请法庭通知侦查人员或者其他人员出庭说明情况。

L'accusé et son défenseur peuvent produire des indices ou des éléments et demander à un tribunal de projeter les enregistrements audiovisuels sur interrogatoire à une période donnée.

Les enquêteurs ou les autres personnes comparissant au tribunal doivent expliquer le processus de collecte des preuves et accepter les interrogations. Le tribunal doit interrompre les interrogations dont les méthodes sont inappropriées ou dont le contenu n'a aucune incidence sur la légalité de la collecte d'éléments de preuve.

Un procureur, un accusé et son défenseur peuvent procéder à un contre-interrogatoire et débattre sur la légalité du rassemblement d'éléments de preuve.

**Article 32** Un tribunal qui a des doutes sur les preuves fournies par le procureur et l'accusé peut ajourner l'audience afin de mener une enquête aux fins de vérifier les preuves. Le cas échéant, le tribunal peut demander au procureur et au défenseur de comparaître devant le tribunal.

**Article 33** Après avoir enquêté sur la légalité du rassemblement d'éléments de preuve, le juge décide si les preuves concernées doivent être exclues. Le cas échéant, il peut déclarer l'ajournement de l'audience et soumettre les contentieux au tribunal collegial ou au Comité judiciaire. Après avoir délibéré ou discuté par ces derniers, le juge prononce la décision lors de la réouverture de l'audience.

Avant de décider d'exclure ou non les éléments de preuve, les tribunaux ne doivent ni les annoncer ni les contre-interroger.

**Article 34** Lorsqu'un tribunal confirme au procès qu'il existe des circonstances prévues par le présent texte dans lesquelles des éléments de preuve sont collectés illégalement, ces éléments de preuve sont exclus. Lorsqu'un tribunal doute de la légalité de la collecte d'éléments de preuve selon les indices ou d'éléments concernés, si le parquet populaire ne fournit pas d'éléments de preuve ou si les preuves fournies par le parquet populaire ne sont pas en mesure de prouver la légalité de la collecte des preuves, et les circonstances prévues par le présent texte dans lesquelles des éléments de preuve ont été collectés illégalement ne peuvent être exclus, les éléments de preuve concernés sont exclus.

Les preuves à exclure en vertu de la loi ne doivent pas être prononcées ou contre-interrogées, ni servir de base au jugement.

**Article 35** Après avoir exclu les éléments de preuve recueillis illégalement, si les faits sont clairs et les preuves sont concluantes et

le défendeur et son avocat peuvent présenter des preuves pertinentes et demander au tribunal de projeter les enregistrements audiovisuels sur interrogatoire à une période donnée.

Les enquêteurs ou les autres personnes comparissant au tribunal doivent expliquer le processus de collecte des preuves et accepter les interrogations. Le tribunal doit interrompre les interrogations dont les méthodes sont inappropriées ou dont le contenu n'a aucune incidence sur la légalité de la collecte d'éléments de preuve.

Un procureur, un accusé et son défenseur peuvent procéder à un contre-interrogatoire et débattre sur la légalité du rassemblement d'éléments de preuve.

**第三十二条** 法庭对控辩双方提供的证据有疑问的, 可以宣布休庭, 对证据进行调查核实。必要时, 可以通知公诉人、辩护人到场。

**第三十三条** 法庭对证据收集的合法性进行调查后, 应当当庭作出是否排除有关证据的决定。必要时, 可以宣布休庭, 由合议庭评议或者提交审判委员会讨论, 再次开庭时宣布决定。

在法庭作出是否排除有关证据的决定前, 不得对有关证据宣读、质证。

**第三十四条** 经法庭审理, 确认存在本规定所规定的以非法方法收集证据情形的, 对有关证据应当予以排除。法庭根据相关线索或者材料对证据收集的合法性有疑问, 而人民检察院未提供证据或者提供的证据不能证明证据收集的合法性, 不能排除存在本规定所规定的以非法方法收集证据情形的, 对有关证据应当予以排除。

对依法予以排除的证据, 不得宣读、质证, 不得作为判决的根据。

**第三十五条** 人民法院排除非法证据后, 案件事实清楚, 证据确

suffisantes, l'accusé est reconnu coupable selon la loi, le tribunal populaire doit rendre un jugement de condamnation ; si l'accusé ne peut pas être reconnu coupable à cause de l'insuffisance des preuves, le tribunal populaire doit rendre un acquittement indiquant que les accusations sont rejetées en raison d'insuffisance de preuves ; et lorsqu'une partie des faits de l'affaire est claire et les preuves concernant ces faits sont concluantes et suffisantes, le tribunal populaire doit constater cette partie des faits selon la loi.

**Article 36** Le tribunal populaire doit indiquer les conclusions sur l'enquête de la légalité de la collecte d'éléments de preuves dans le jugement et en expliquer les motifs.

**Article 37** Lorsque le tribunal populaire examine et enquête la légalité de la collecte des témoignages, des déclarations de la victime et des autres preuves, il se réfère aux dispositions susmentionnées.

**Article 38** Lorsque le parquet populaire, l'accusé et son représentant légal interjettent appel et formulent une objection contre les conclusions du tribunal populaire de première instance quant à la légalité de la collecte d'éléments de preuve, le tribunal populaire de deuxième instance procède à un examen.

L'accusé et son défenseur qui ne demandent pas à exclure les éléments de preuve recueillis illégalement au cours de la procédure en première instance, mais adressent une demande au cours de la procédure en deuxième instance, doivent en expliquer les motifs. Le tribunal populaire de deuxième instance procédera à un examen.

Si le parquet populaire ne produit pas d'éléments de preuve au cours de la procédure en première instance pour prouver la légitimité de la collecte d'éléments de preuve et le tribunal populaire de première instance exclut les preuves concernées selon la loi, le parquet populaire ne peut pas apporter dans la procédure en deuxième instance les éléments de preuve n'ayant pas été produits au cours de la procédure en première instance, sauf le cas où ces éléments de preuve sont trouvés après la première instance.

**Article 39** Lorsque le tribunal populaire de deuxième instance examine et enquête la légalité de la collecte des preuves, il se réfère aux dispositions susmentionnées concernant la procédure en première instance.

**Article 40** Lorsque le tribunal populaire de première instance n'a pas examiné la demande d'exclusion des preuves recueillies illégalement adressée par l'accusé et son défenseur, et utilise les preuves concernées

réelles, suffisantes,依据法律认定被告人有罪的,应当作出有罪判决;证据不足,不能认定被告人有罪的,应当作出证据不足、指控的犯罪不能成立的无罪判决;案件部分事实清楚,证据确实、充分的,依法认定该部分事实。

**第三十六条** 人民法院对证据收集合法性的审查、调查结论,应当在裁判文书中写明,并说明理由。

**第三十七条** 人民法院对证人证言、被害人陈述等证据收集合法性的审查、调查,参照上述规定。

**第三十八条** 人民检察院、被告人及其法定代理人提出抗诉、上诉,对第一审人民法院有关证据收集合法性的审查、调查结论提出异议的,第二审人民法院应当审查。

被告人及其辩护人在第一审程序中未申请排除非法证据,在第二审程序中提出申请的,应当说明理由。第二审人民法院应当审查。

人民检察院在第一审程序中未出示证据证明证据收集的合法性,第一审人民法院依法排除有关证据的,人民检察院在第二审程序中不得出示之前未出示的证据,但在第一审程序后发现的除外。

**第三十九条** 第二审人民法院对证据收集合法性的调查,参照上述第一审程序的规定。

**第四十条** 第一审人民法院对被告人及其辩护人排除非法证据的申请未予审查,并以有关证据作

comme fondement du jugement, si le procès équitable peut être éventuellement affecté, le tribunal populaire de deuxième instance peut rendre une décision annulant le jugement initial et renvoyer l'affaire devant le tribunal populaire initial aux fins d'un nouveau procès.

Lorsque le tribunal populaire de première instance n'exclut pas les preuves collectées illégalement qui doivent être exclues conformément à la loi, le tribunal populaire de deuxième instance peut les exclure. Après avoir exclu les preuves recueillies illégalement, lorsque le jugement initial permet de constater correctement les faits, d'appliquer justement la loi et déterminer la peine appropriée, le tribunal populaire de deuxième instance décide de rejeter l'appel ou l'opposition et confirme le jugement initial ; si le jugement initial est correct en constatant les faits, mais qu'il est erroné en application de la loi ou qu'il est inapproprié en matière de détermination de la peine, le tribunal populaire de deuxième instance modifie le jugement initial ; et si les faits ne sont pas clairs ou si les preuves sont insuffisantes dans le jugement initial, le tribunal populaire de deuxième instance peut décider d'annuler le jugement initial et de renvoyer l'affaire devant le tribunal de première instance aux fins d'un nouveau procès.

**Article 41** Au cours de la procédure de contrôle du procès et de la procédure de révision de la peine de mort, le tribunal populaire se réfère aux dispositions susmentionnées pour examiner et enquêter la légalité de la collecte des preuves.

**Article 42** Les présentes dispositions entreront en vigueur le 27 juin 2017.

为定案根据, 可能影响公正审判的, 第二审人民法院可以裁定撤销原判, 发回原审人民法院重新审判。

第一审人民法院对依法应当排除的非法证据未予排除的, 第二审人民法院可以依法排除非法证据。排除非法证据后, 原判决认定事实和适用法律正确、量刑适当的, 应当裁定驳回上诉或者抗诉, 维持原判; 原判决认定事实没有错误, 但适用法律有错误, 或者量刑不当的, 应当改判; 原判决事实不清楚或者证据不足的, 可以裁定撤销原判, 发回原审人民法院重新审判。

**第四十一条** 审判监督程序、死刑复核程序中对证据收集合法性的审查、调查, 参照上述规定。

**第四十二条** 本规定自 2017 年 6 月 27 日起施行。

# INDEX ALPHABÉTIQUE

(Les chiffres renvoient aux numéros de pages)

- Accès au dossier · 40
- Accessibilité de la loi · 172
- Administration des preuves · 16, 130
- Admissibilité des preuves · 17, 18, 20, 23, 114, 115, 178, 216
- Agents de l'autorité publique · 82, 95, 372
- Américanisation · 147, 148
- APN · 152, 167
- Audition libre · 33, 34, 35, 36, 40, 44, 94, 183
- Aveux répétés · 297, 358, 361, 375
- Aveux spontanés · 289, 292, 298
- Avocat · 39, 40, 58, 59, 60, 121, 122, 257, 299, 302, 311, 332, 333
- CAE · 168
- CAPJ · 326, 356
- Catholicisme · 192, 193
- CCID · 185, 186
- Clarté de la loi · 170, 172
- Common law · 15, 145, 146, 148, 149, 150, 151, 154, 156, 340
- Confucianisme · 194, 195, 196
- Conseil constitutionnel · 41, 167, 170, 171, 203, 342
- Contrôle judiciaire · 125, 352, 356
- CSM · 321
- Délai de forclusion · 254, 255, 351, 354, 355
- Détention · 201, 275, 279, 282, 290, 292, 304, 354, 355
- Détournement de procédure · 80, 89
- Données informatiques · 50, 51
- Droit à l'information · 38, 39
- Droit au silence · 41, 42
- Droit comparé pénal · 21
- Droit de la preuve · 150, 154, 340
- Droit romano-germanique · 18, 146, 147, 161
- Droit subjectif · 362, 363
- Droits de l'homme · 175, 176, 362
- Droits de la défense · 328, 329, 330, 331, 332, 333, 338, 339, 341, 342, 343, 344, 345, 346, 347
- Écoute(s) judiciaire(s) · 54, 56, 57, 187, 188
- Effectivité de grief · 347, 374
- Enquête policière · 31, 183, 184, 198
- Enregistrement audiovisuel · 291, 296
- Épuisement · 290
- Erreurs judiciaires · 109, 119, 337
- État de droit · 359, 365, 376
- Étendue de l'exclusion · 297
- Expertise · 126, 278
- Extorsion des aveux · 101, 197, 338
- Flexibilité du droit · 334, 347
- FNAEG · 65, 66, 67, 68
- Garde à vue · 32, 34, 77, 80, 94, 173, 183, 234, 244, 262, 269, 354
- Inflation législative · 169, 170
- Intelligibilité de la loi · 171
- Intérêt à agir · 242
- Interrogatoire · 30, 31, 32, 34, 36, 37, 43, 114, 116, 183, 186, 223, 251, 276, 281, 282, 283, 284, 285, 290, 291, 292, 296, 297, 298, 303
- Intime conviction · 13, 14, 15, 193
- Investigation technique · 128, 130, 131, 132, 133, 134
- Jurisprudence · 84, 86, 88, 90, 91, 157, 158, 159, 160, 161, 163, 179, 222, 248, 269, 318, 323, 327, 347, 363
- Légalité de la preuve · 29, 71, 144, 371
- Légisme · 194, 195, 196
- Liberté de la preuve · 14, 16, 18, 20, 23, 25, 29, 71, 139, 144, 214, 371
- Loyauté de la preuve · 20, 71, 74, 77, 82, 89, 95, 214, 372
- Manifestation de la vérité · 17, 20, 95, 134, 359, 369
- Marge de manœuvre · 105, 126, 155, 261, 311, 359, 374
- Modernisation du droit · 13, 164, 181, 372
- Moyen illégal · 100, 101, 111, 116, 118, 164, 277, 282, 284, 285, 286, 289
- Moyens de preuve · 91, 280, 281, 361
- Normativité de la loi · 172
- Nullités d'intérêt privé · 231, 232, 339

Nullités d'ordre public · 231, 232, 268, 338  
 Nullités substantielles · 224, 227, 229, 259, 268, 269, 339, 373  
 Nullités textuelles · 224, 225, 227, 228, 231, 234, 235, 250, 259, 268, 373  
 Parquet · 37, 114, 117, 118, 128, 129, 185, 198, 200, 201, 204, 206, 283, 285, 294, 295, 296, 304, 353, 354, 356  
 Particularisme de l'état · 362, 364  
 Parties privées · 89, 91, 96, 240, 245, 249, 256, 270, 328  
 PCC · 206, 207, 208, 322, 324, 326, 340  
 Perquisition · 44, 45, 46, 47, 50, 51, 52, 106, 108, 123, 124, 126, 127, 226, 262, 283, 285  
 Personne interrogée · 38, 39, 183, 184, 298  
 Phase de l'appréciation de l'admissibilité de la preuve · 216, 313  
 Phase de recueil des preuves · 23, 139, 212  
 PIDP · 120, 121  
 Prélèvement corporel · 61, 70, 135  
 Preuve numérique · 126  
 Preuves génétiques · 66, 69  
 Preuves testimoniales · 100, 101, 107, 113  
 Procédés de recueil des preuves · 30, 137, 144, 160, 163, 214, 372, 376  
 Procédure accusatoire · 114, 149, 151, 154, 189  
 Procédure de filtrage · 307  
 Procédure de la vérification · 294, 295, 301, 303, 307, 308  
 Procédure inquisitoire · 149, 189, 192  
 Procès-verbaux · 199, 275, 276, 278, 280, 281, 282, 283, 284, 285, 296, 302  
 Professionnalisation des juges · 322  
 Provocation policière · 76, 77, 80, 87  
 Purge · 246, 253, 255, 257, 270, 349, 350, 351, 365, 374  
 Qualité des lois · 164, 165, 167, 172, 212  
 Recherche d'un point d'équilibre · 182, 184, 187, 188, 210, 214  
 Recherche des preuves · 27, 42, 75, 94, 95, 96, 144  
 Recrutement des juges · 320, 321, 322, 323  
 Règle d'exclusion des preuves illégales · 99, 103, 104, 105, 106, 110, 112, 113, 137, 146, 156, 178, 214, 311, 313, 317, 318, 323, 332, 333, 337, 338, 339, 340, 351, 361, 363, 371  
 Règles implicites · 186  
 Saisie · 44, 45, 46, 50, 52, 106, 108, 123, 125, 126, 127, 225, 226  
 Sanction procédurale · 137, 178, 216, 218, 308, 313, 317, 327, 328, 335, 336, 347, 357, 359, 361, 365, 367, 369, 375  
 Séance d'avant-procès · 299, 303, 305, 306, 308, 353, 356, 376  
 Séparation des pouvoirs · 202, 203, 205, 312, 376  
 Système de la preuve légale · 12, 155, 190, 216  
 Système de la preuve libre · 12, 13, 14, 15  
 Système du jury · 152, 153, 154  
 Technique législative · 94, 165, 166, 167  
 Théorie de la pondération · 178  
 Torture · 108, 111, 116, 117, 118, 189, 190, 191, 197, 275, 287  
 Tromperies · 111, 275, 289  
 Violences · 113, 118, 274, 275, 280, 287, 297, 298

# TABLE DES MATIÈRES

<b>INTRODUCTION .....</b>	<b>11</b>
<b>PREMIÈRE PARTIE. L'ENCADREMENT DE LA LIBERTÉ DE LA PREUVE AU COURS DU RECUEIL DES PREUVES EN FRANCE ET EN CHINE .....</b>	<b>25</b>
<b>TITRE I. LES RÉFORMES CONCERNÉES .....</b>	<b>27</b>
<i>Chapitre I. L'encadrement de la liberté de la preuve sous l'influence de deux principes en     France .....</i>	<i>29</i>
Section I. Le principe de la légalité de la preuve .....	29
§ 1. Les procédés traditionnels .....	30
A. L'interrogatoire .....	30
B. La perquisition et la saisie .....	44
§ 2. Les procédés scientifiques .....	52
A. Écoutes téléphoniques judiciaires .....	52
B. Le prélèvement corporel .....	61
Section II. Le principe de loyauté de la preuve .....	70
§ 1. La définition de la notion de loyauté .....	71
A. Les définitions de la notion de loyauté en doctrine .....	71
B. Les définitions de la notion de déloyauté en jurisprudence .....	74
§ 2. L'application du principe de loyauté de la preuve dans la jurisprudence .....	81
A. Les agents de l'autorité publique face à la loyauté de la preuve .....	82
B. Les parties privées face à la loyauté de la preuve .....	89
<i>Conclusion du Chapitre I .....</i>	<i>93</i>
<i>Chapitre II. L'encadrement de la liberté de la preuve à travers la règle d'exclusion de la     preuve illégale en Chine .....</i>	<i>97</i>
Section I. L'introduction de la règle d'exclusion de la preuve illégale dans la Loi de Procédure Pénale .....	97
§ 1. La préparation à l'introduction de la règle d'exclusion de la preuve illégale .....	97
A. Le fondement théorique .....	98
B. Le contexte .....	104
§ 2. L'évolution législative de la règle d'exclusion de la preuve illégale .....	109
A. Les textes non-législatifs concernant la règle d'exclusion de la preuve illégale .....	109
B. La législation de la règle d'exclusion de la preuve illégale .....	112
Section II. Les règles concernant le recueil des preuves .....	114
§ 1. Deux procédés traditionnels .....	114
A. L'interrogatoire .....	114
B. La perquisition et la saisie .....	122
§ 2. Deux procédés scientifiques .....	126
A. L'investigation technique .....	126
B. Le prélèvement corporel .....	133
<i>Conclusion du Chapitre II .....</i>	<i>135</i>
<b>CONCLUSION DU TITRE I .....</b>	<b>137</b>
<b>TITRE II. LES ANALYSES COMPARÉES .....</b>	<b>139</b>

<i>Chapitre I. Les dissemblances</i> .....	141
Section I. Les dissemblances dans une perspective d'ensemble .....	141
§ 1. Les différentes solutions .....	141
A. Les raisons internes.....	141
B. Les raisons externes .....	145
§ 2. Les différents niveaux .....	154
A. La jurisprudence en France .....	154
B. La jurisprudence en Chine.....	158
Section II. Les dissemblances dans les détails .....	161
§ 1. Les différences dans la qualité des lois .....	161
A. L'histoire de la modernisation du droit .....	162
B. L'institution de contrôle de la qualité des lois.....	165
C. Les impulsions conduisant à des évolutions du droit.....	170
§ 2. La différence à l'égard de la qualité de la personne.....	172
A. La cause du retard.....	173
B. La possibilité de rattrapage .....	175
<i>Conclusion du Chapitre I</i> .....	179
<i>Chapitre II. Les ressemblances</i> .....	181
Section I. La recherche d'un équilibre procédural .....	181
§ 1. Les manifestations de la recherche d'un point d'équilibre procédural .....	181
A. L'exemple de l'interrogatoire .....	182
B. L'exemple de l'écoute judiciaire.....	186
§ 2. Les causes .....	187
A. Le modèle traditionnel de la procédure pénale.....	188
B. La culture.....	191
Section II. La faiblesse du contrôle des actes des enquêteurs.....	196
§ 1. Les manifestations .....	197
A. En France.....	197
B. En Chine .....	199
§ 2. Les causes .....	201
A. En France.....	201
B. En Chine .....	204
<i>Conclusion du Chapitre II</i> .....	209
CONCLUSION DU TITRE II .....	211
<b>CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE.....</b>	<b>213</b>
<b>SECONDE PARTIE. L'ENCADREMENT DE LA LIBERTÉ DE LA PREUVE LORS DE L'APPRÉCIATION DE L'ADMISSIBILITÉ DE LA PREUVE EN FRANCE ET EN CHINE .....</b>	<b>215</b>
<b>TITRE I. LA SANCTION PROCÉDURALE .....</b>	<b>217</b>
<i>Chapitre I. L'exclusion des preuves à l'aide de la nullité de l'enquête et de l'instruction en France</i> .....	219
Section I. L'évolution concernant les cas de nullités de l'enquête et de l'instruction.....	219
§ 1. Le problème des cas de nullités de 1808 à 1959.....	219
A. Le problème des cas de nullités jusqu'à la loi du 8 décembre 1897 .....	220
B. Les cas de nullités depuis la loi du 8 décembre 1897 .....	223

§ 2. Les cas de nullités depuis 1959 .....	227
A. Le régime du Code de procédure pénale de 1959 .....	227
B. L'évolution depuis la promulgation du CPP de 1959 .....	230
Section II. L'évolution concernant la mise en œuvre des nullités de l'enquête et de l'instruction .....	236
§ 1. Les personnes ou les organes impliqués dans la mise en œuvre des nullités de l'enquête et de l'instruction .....	237
A. Les personnes habilitées à invoquer les nullités de l'enquête et de l'instruction .....	237
B. Les organes habilités à connaître les demandes des nullités de l'enquête et de l'instruction .....	245
§ 2. L'exigence technique imposée aux requérants des nullités et les conséquences des nullités .....	252
A. L'exigence technique imposée aux requérants des nullités .....	252
B. Les conséquences des nullités .....	257
<i>Conclusion du Chapitre I</i> .....	<b>267</b>
<i>Chapitre II. L'exclusion des preuves à travers la règle d'exclusion de la preuve illégale en Chine</i> .....	<b>271</b>
Section I. Les cas d'exclusion des preuves .....	272
§ 1. Le prononcé d'exclusion des preuves depuis 2010 .....	272
A. La phase du jugement .....	272
B. La phase d'avant-procès .....	277
§ 2. Les cas de prononcé d'exclusion des preuves prévus par le texte 2017 .....	285
A. La définition des aveux recueillis par tout moyen illégal .....	285
B. Les différents cas dans la pratique .....	287
Section II. La mise en œuvre de l'exclusion des preuves .....	291
§ 1. La mise en œuvre de l'exclusion des preuves depuis 2010 .....	291
A. La phase d'avant-procès .....	291
B. La phase du jugement .....	297
§ 2. Les dispositions sur la mise en œuvre de l'exclusion des preuves prévues par le texte 2017 .....	301
A. La phase d'avant-procès .....	302
B. La phase du jugement .....	303
<i>Conclusion du Chapitre II</i> .....	<b>309</b>
CONCLUSION DU TITRE I .....	<b>311</b>
TITRE II. LES ANALYSES COMPARÉES .....	<b>313</b>
<i>Chapitre I. Un regard macroscopique</i> .....	<b>315</b>
Section I. L'histoire du régime .....	315
§ 1. La naissance du régime .....	315
A. Discernement des ressemblances et des différences .....	315
B. Les causes de la différence .....	316
C. La perspective du régime chinois .....	321
§ 2. L'évolution du régime .....	324
A. L'étendue des personnes habilitées .....	325
B. La rigidité et la flexibilité du régime .....	331
Section II. L'objectif du régime .....	334
§ 1. Objectifs différents et leur influence .....	334
A. Analyse des objectifs différents .....	335
B. L'influence des objectifs différents .....	336

§ 2. Les causes des objectifs différents .....	337
A. En Chine .....	337
B. En France .....	339
<i>Conclusion du Chapitre I</i> .....	<b>345</b>
<i>Chapitre II. Un regard microscopique</i> .....	<b>347</b>
Section I. Délais d'exercice du droit de requête et organes compétents.....	347
§ 1. Discernement des ressemblances et des différences et analyse de leurs causes .....	347
A. Différences et ressemblances .....	347
B. Analyse des causes .....	349
§ 2. Possibilité d'imitation des expériences françaises .....	350
A. Question sur l'organe .....	350
B. Fixation du délai .....	352
C. Questions techniques.....	353
Section II. Étendue de la sanction et sort des actes concernés .....	355
§ 1. Discernement des différences et des ressemblances et analyse de leurs causes .....	355
A. Différences et ressemblances .....	355
B. Analyse des causes .....	357
§ 2. Possibilité d'imitation des expériences françaises .....	361
<i>Conclusion du Chapitre II</i> .....	<b>363</b>
<i>Conclusion du Titre II</i> .....	<b>365</b>
<b>CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE</b> .....	<b>367</b>
<b>CONCLUSION GÉNÉRALE</b> .....	<b>369</b>
<b>BIBLIOGRAPHIE</b> .....	<b>375</b>
<b>ANNEXES</b> .....	<b>417</b>
ANNEXE (A. 1) .....	419
ANNEXE (A. 2) .....	437
ANNEXE (A. 3) .....	441
ANNEXE (A. 4) .....	447
ANNEXE (A. 5) .....	467
ANNEXE (A. 6) .....	475
ANNEXE (A. 7) .....	481
<b>INDEX ALPHABÉTIQUE</b> .....	<b>491</b>
<b>TABLE DES MATIÈRES</b> .....	<b>493</b>