**Université Nancy 2**

Faculté de Droit, Sciences économiques et Gestion
Ecole doctorale des Sciences juridiques, politiques, économiques et de gestion (SJPEG-n°79)
Centre de recherche de droit privé (CRDP- Equipe d'accueil 1138)
Institut de Sciences criminelles et de Droit médical (ISCRIMED –Unité de recherche du CRDP)

# LE DROIT À LA PREUVE CONTRAIRE EN PROCEDURE PENALE

Thèse

en vue de l'obtention du grade de

**Docteur en droit**

(Doctorat nouveau régime, Droit privé – Droit pénal)

présentée et soutenue publiquement

**le 17 décembre 2010**

par

**Pierre BOLZE**

Préparée sous la direction de :

**M. François FOURMENT**, *Professeur à l'Université Nancy 2*

Membres du jury :

**M. Gérard CLEMÉNT**, *Professeur à l'Université de Reims Champagne-Ardenne, Doyen honoraire de la faculté de droit et de science politique, Rapporteur*

**Mme Jocelyne LEBLOIS-HAPPE**, *Professeur à l'Université de Strasbourg, Rapporteur*

**M. Jean-Baptiste THIERRY**, *Maître de conférences à l'Université Nancy 2*

**M. François FOURMENT**, *Professeur à l'Université Nancy 2*

*L'université n'entend accorder aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.*

# TABLE DES ABREVIATIONS

| | |
|---|---|
| ***AJ pénal*** | Actualité juridique pénal |
| **Al.** | Alinéa |
| ***Arch. po. crim.*** | Archives de politique criminelle |
| **Art.** | Article |
| **Ass. nat.** | Assemblée nationale |
| **Ass. plén.** | Assemblée plénière |
| ***BICC*** | Bulletin d'information de la Cour de cassation |
| ***Bull. civ.*** | Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation |
| ***Bull. crim.*** | Bulletin des arrêts de la chambre criminelle de la Cour de cassation |
| ***C. civ.*** | Code civil |
| ***C. com.*** | Code de commerce |
| ***C. douanes*** | Code des douanes |
| ***C. for.*** | Code forestier |
| ***C. instr. crim.*** | Code de l'instruction criminelle |
| ***C. trav.*** | Code du travail |
| ***C. pén.*** | Code pénal |
| ***C. pr. civ.*** | Code de procédure civile |
| ***C. pr. pén.*** | Code de procédure pénale |
| ***C. rur.*** | Code rural |
| ***C. voirie rout.*** | Code de la voirie routière |
| ***Cah. Cons. const.*** | Cahiers du Conseil constitutionnel |
| ***Cah. dr. entr.*** | Cahiers de droit de l'entreprise |
| ***Cah. dr. eur.*** | Cahiers de droit européen |
| **CAP** | Commission de l'application des peines |
| **Cass.** | Cour de cassation |
| **Cass. civ.** | Chambre civile de la Cour de cassation |
| **Cass. crim.** | Chambre criminelle de la Cour de cassation |
| ***CCH*** | Code de la construction et de l'habitat |
| **CCPR** | Comité des droits de l'Homme des Nations Unies |
| **CE** | Conseil d'État |
| **CEDH** | Cour européenne des droits de l'homme |
| **Ch.** | Chambre |
| **CHAP** | Chambre de l'application des peines |
| **Ch. mixte** | Chambre mixte de la Cour de cassation |
| **Ch. réunies** | Chambres réunies de la Cour de cassation |
| **Circ.** | Circulaire |
| **CJCE** | Cour de justice des Communautés européennes |
| ***CMF*** | Code monétaire et financier |
| **CNDS** | Commission nationale de déontologie des métiers de la sécurité |
| **COB** | Commission des opérations de bourse |
| ***COJ*** | Code de l'organisation judiciaire |
| **Com.** | Chambre commerciale de la Cour de cassation |
| **Comm. EDH** | Commission européenne des droits de l'homme |
| **Comm. révis.** | Commission de révision |
| **Cons. const.** | Conseil constitutionnel |

| | |
|---|---|
| **Conv. EDH** | Convention européenne des droits de l'homme |
| **CPI** | Cour pénale internationale |
| **CRD pén.** | Commission de réexamen des décisions pénales |
| ***CSP*** | Code de la santé publique |
| ***D.*** | Recueil Dalloz |
| **DDHC** | Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen |
| **Décis.** | Décision |
| **Décr.** | Décret |
| **Dir.** | Sous la direction de |
| ***Dr. pénal*** | Droit pénal |
| ***Dr. soc.*** | Droit social |
| **éd.** | Edition |
| ***GAPP*** | Les grands arrêts de la procédure pénale |
| ***Gaz. Pal.*** | Gazette du Palais |
| ***ibid.*** | Au même endroit |
| **JAP** | Juge de l'application des peines |
| ***JCP*** | Juris-classeur périodique (Semaine juridique), édition générale |
| ***JCP E*** | Juris-classeur périodique, édition entreprise |
| ***JDI*** | Journal de droit international (Clunet) |
| **JLD** | Juge des libertés et de la détention |
| ***JOAN CR*** | Journal officiel, Assemblée nationale (Comptes rendus des débats parlementaires et réponses ministérielles à questions orales) |
| ***JORF*** | Journal officiel de la République française |
| ***JO Sénat CR*** | Journal officiel, Sénat (Comptes rendus des débats parlementaires et réponses ministérielles à questions orales) |
| ***JOUE*** | Journal officiel de l'Union européenne |
| ***Justices*** | Revue générale de droit processuel Justices |
| **L.** | Loi |
| ***Lebon*** | Recueil des arrêts du Conseil d'État |
| ***LPA*** | Les Petites Affiches |
| ***LPF*** | Livre des procédures fiscales |
| **Obs.** | Observations |
| **Ord.** | Ordonnance |
| **PIDCP** | Pacte international sur les droits civils et politiques |
| **Préc.** | Précité(e) |
| **Précéd.** | Précédent(e) |
| **Préf.** | Préface de |
| **Rapp.** | Rapport |
| ***RD pén. crim.*** | Revue de droit pénal et de criminologie |
| ***RD publ.*** | Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger |
| ***Rec.*** | Recueil (CEDH, CJCE, CIJ, Cons. const.) |
| **req.** | Requête |
| ***RCADI*** | Recueil des cours de l'Académie du droit international (de La Haye) |
| ***Rép. cont. adm.*** | Répertoire de contentieux administratif |

| | |
|---|---|
| ***Rép. pén.*** | Répertoire de droit pénal et de procédure pénale |
| ***Rev. dr. int. dr. comp.*** | Revue de droit international et de droit comparé |
| ***Rev. pén. dr. pén.*** | Revue pénitentiaire et de droit pénal |
| ***Rev. sc. crim.*** | Revue de science criminelle et de droit pénal comparé |
| ***RFDA*** | Revue française de droit administratif |
| ***RFDC*** | Revue française de droit constitutionnel |
| ***RG proc.*** | Revue générale des procédures |
| ***RGDIP*** | Revue générale de droit international public |
| ***RICPT*** | Revue internationale de criminologie et de police technique |
| ***RID comp.*** | Revue internationale de droit comparé |
| ***RID pén.*** | Revue internationale de droit pénal |
| ***RJC*** | Recueil de jurisprudence constitutionnelle |
| ***RRJ*** | Revue de la recherche juridique – Droit prospectif |
| ***RTD civ.*** | Revue trimestrielle de droit civil |
| ***RTD eur.*** | Revue trimestrielle de droit européen |
| ***RTDH*** | Revue trimestrielle des droits de l'homme |
| ***RUDH*** | Revue universelle des droits de l'homme |
| **s.** | Et suivants |
| ***S.*** | Recueil Sirey |
| **ss.** | Sous |
| **Sté** | Société |
| **t.** | Tome |
| **T. confl.** | Tribunal des conflits |
| **T. corr.** | Tribunal, chambre correctionnelle |
| **T. pol.** | Tribunal de police |
| **TAP** | Tribunal de l'application des peines |
| **TGI** | Tribunal de grande instance |
| **TPIR** | Tribunal pénal international pour le Rwanda |
| **TPIY** | Tribunal pénal international pour l'ex Yougoslavie |
| **TPICE** | Tribunal de première instance des communautés européennes |
| **Traité CE** | Traité de Rome du 25 mars 1957 |
| **UE** | Union européenne |
| **V.** | Voir |

# SOMMAIRE


Avertissement ……..…….. III
Table des abréviations ……...……. V

INTRODUCTION GÉNÉRALE…….……. 1

PREMIÈRE PARTIE : LES FONDEMENTS DU DROIT À LA PREUVE CONTRAIRE 17

TITRE 1 : LA RECHERCHE D'UN FONDEMENT AU DROIT À LA PREUVE CONTRAIRE DANS LES PRINCIPES DE PRÉSOMPTION D'INNOCENCE ET DE DROITS DE LA DÉFENSE…… 19
Chapitre 1. Droit à la preuve contraire et présomption d'innocence……... 21
Chapitre 2. Droit à la preuve contraire et droits de la défense……. 63

TITRE 2 : L'AFFIRMATION DU DROIT AU PROCES ÉQUITABLE COMME FONDEMENT DU DROIT À LA PREUVE CONTRAIRE …….. 103
Chapitre 1. Le recours de l'ordre juridique international au droit au procès équitable comme fondement du droit à la preuve contraire ……. 106
Chapitre 2. Le recours de l'ordre juridique interne au droit au procès équitable comme fondement du droit à la preuve contraire ……. 151

SECONDE PARTIE : L'EXERCICE DU DROIT À LA PREUVE CONTRAIRE 175

TITRE 1 : LA LIBERTÉ DE LA PREUVE CONTRAIRE …….…… 177
Chapitre 1. La liberté de la preuve contraire et l'accusé …… 178
Chapitre 2. La liberté de la preuve contraire et le juge ……... 236

TITRE 2 : LA LÉGALITÉ DE LA PREUVE CONTRAIRE ……..…..….. 299
Chapitre 1. La limitation des moyens de preuve contraire ……. 300
Chapitre 2. La construction inachevée du droit à la preuve contraire …… 408

CONCLUSION GÉNÉRALE ……. 439
INDEX THÉMATIQUE ……. 443
BIBLIOGRAPHIE …….. 445
TABLE DES MATIERES …….. 489

# INTRODUCTION

Justice ! Ce mot, fort de symboles, a emprunté au cours de l'histoire de multiples visages. Il a aussi bien incarné l'aspiration de la victime d'une infraction qui souhaite légitimement être entendue dans sa volonté de voir punir le coupable que celle de la personne injustement mise en cause qui attend de la société qu'elle reconnaisse son innocence. Le processus pénal doit alors assurer un équilibre « *entre deux intérêts également puissants, également sacrés, qui veulent à la fois être protégés, l'intérêt général de la société qui veut la juste et prompte répression des délits, l'intérêt des accusés qui est lui aussi un intérêt social et qui exige une complète garantie des droits de la collectivité et de la défense* »[1].

La procédure pénale s'analyse alors comme la « quête » de cet équilibre[2]. Son but ultime, sa vocation, est d'organiser ce cheminement qui doit conduire à faire apparaître la culpabilité ou l'innocence d'une personne soupçonnée d'avoir commis une infraction pénale[3].

---

[1] F. Hélie, *Traité de l'instruction criminelle ou théorie du Code d'instruction criminelle,* t. 1 ; Paris, Plon, 2ème édition, 1866, p. 4.

[2] S. Lavric, *Le principe d'égalité des armes dans le procès pénal* ; Thèse, Nancy 2, dir. F. Fourment, 2008, n° 3, p. 3 s.

[3] Sur la notion de procédure pénale, V. R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel*, t. II, *Procédure pénale* ; Paris, Cujas, 5ème éd., 2001, n° 120 ; S. Guinchard et J. Buisson, *Procédure pénale* ; Paris, Litec, coll. « Manuel », 5ème éd., 2009, n° 1 s. ; F. Fourment, *Procédure pénale* ; Orléans, Paradigme, 10ème éd., 2009, n° 1 s. ; F. Desportes et C. Lazerges-Cousquer, *Traité de procédure pénale* ; Paris, Economica, coll. « Corpus Droit Privé », 2009, p. 1 s. ; J. Pradel, *Procédure pénale* ; Paris, Cujas, 14ème édition, 2008, p. 1 s. ; C. Ambroise-Castérot, *La procédure pénale* ; Paris, Gualino éditeur, 2ème éd., 2010, n° 1 s. ; B. Bouloc, *Procédure pénale* ; Paris, Dalloz, collection « Pécis », série « Droit privé », 22ème éd., 2010, p. 1 s. ; E. Molina, *La liberté de la preuve des infractions en droit français contemporain* ; Thèse, Aix-Marseille 3, dir. S. Cimamonti, 2000 ; Aix en Provence, PUAM, 2001, p. 1 s.

L'étymologie du terme « procédure » nous renvoie d'ailleurs à cette dynamique, puisqu'il tire son origine du latin « *procedere* » signifiant « avancer », « aller de l'avant ».

La procédure pénale peut se définir comme l'« *ensemble des règles de forme applicables au procès pénal*, *c'est-à-dire les règles applicables à la poursuite, à l'instruction et au jugement des infractions*»[4], sans oublier les effets des jugements répressifs et les voies de recours qui peuvent les remettre en cause[5]. Loin d'être une discipline mineure, c'est au contraire celle qui rend possible l'exercice du droit et qui donne tout son contenu à l'idée de justice. Faustin Hélie rappelait à ce titre que « *les formes de la procédure sont destinées, comme des phares, à éclairer la marche de l'action judiciaire* […] *Elles doivent être assez puissantes pour faire sortir la vérité du sein des faits* »[6].

La procédure pénale se distingue du droit pénal qui définit les règles de fond, les actes sanctionnés par la loi par une peine privative de liberté et/ou d'amende (le vol, le meurtre, le trafic de stupéfiants, le recel d'objets volés, le dépassement de la vitesse autorisée des véhicules à moteur…). En cela, le droit pénal a pu être présenté comme le droit des « malhonnêtes gens » alors que la procédure pénale serait le droit des « honnêtes gens »[7] puisqu'elle doit permettre à une personne injustement mise en cause d'être disculpée.

La procédure pénale est indispensable à l'application des règles de fond. En effet, ce n'est que par l'intermédiaire des règles du procès que la commission d'une infraction pourra conduire à une sanction[8]. Garraud rappelait que « *Le droit social de punir ne s'exerce régulièrement qu'après un jugement déclarant la culpabilité et prononçant la peine. D'où la nécessité, pour tout groupe social autonome : 1) de créer des organismes, auxquels seront confiées les diverses missions que supposent le prononcé du jugement et son exécution ; 2) de leur tracer, à l'avance, la marche à suivre pour atteindre ces résultats. Par suite, le double objet des lois de procédure consiste à organiser les autorités pénales et à réglementer leur fonctionnement. Dans ce domaine de la pénalité, les lois de forme sont inséparables des lois de fond, car toute répression, c'est-à-dire toute mise en œuvre des lois pénales, implique un procès et un jugement préalables. Le droit pénal, c'est le droit de punir à l'état statique ; la*

[4] C. Ambroise-Castérot, préc., n ° 2, p. 13.
[5] B. Bouloc, préc., n° 2.
[6] F. Hélie, préc., p. 2.
[7] V. F. Fourment, préc., n° 2.
[8] Une nuance doit être apportée s'agissant de la procédure « simplifiée » de jugement des contraventions et de certaines alternatives aux poursuites ne passants pas par la reconnaissance de culpabilité par un juge de jugement.

*procédure, c'est le droit de punir à l'état dynamique, et c'est toujours sous ce second aspect que se présente la répression et qu'elle se légitime* »[9].

La procédure pénale se distingue de la procédure civile[10] qui oppose le plus généralement deux particuliers défendant des intérêts privés le plus souvent pécuniaires. La procédure pénale concerne la juste répression d'une atteinte à l'ordre social et met en jeu des intérêts privés d'ordre supérieur comme peut l'être la liberté[11]. Dès lors, la procédure pénale verra s'affronter principalement le ministère public, représentant des intérêts de la société, et la personne soupçonnée d'avoir commis une infraction[12].

La gravité de l'enjeu du procès pénal nécessite que soient pris en considération à la fois l'intérêt général, celui de la société qui a été troublée par la commission de l'infraction, l'intérêt privé de la ou des victimes du fait infractionnel, mais également l'intérêt privé de la personne mise en cause et en particulier le respect des libertés individuelles[13]. Comment concilier ces intérêts divergents ? Comment assurer une efficacité de la répression tout en préservant les droits fondamentaux des personnes mises en cause ? C'est sur les règles de procédure et principalement sur le terrain de la preuve que se trouve la clé de cet équilibre. Le recours au concept de droit à la preuve contraire semble remplir pleinement cet objectif. En effet, il prend en compte à la fois la nécessaire efficacité de la répression mais assure, *in fine*, la préservation des droits fondamentaux de la personne mise en cause et la prévention de l'erreur judicaire en consacrant un « droit de réaction » efficace face l'accusation.

Dans la philosophie et la pratique de nos règles procédurales, la notion de preuve contraire nécessite d'être définie (Section 1) avant de relever la pertinence du concept de « droit à » appliqué à cette preuve contraire (Section 2).

---

[9] R. Garraud, *Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale,* t. 1 ; Paris, Sirey, 1912-1919, n° 1.

[10] Tel n'a pas toujours été le cas. En effet, avant 1670, il n'existait qu'un droit processuel applicable tant au contentieux pénal qu'au contentieux civil. L'autonomie de la procédure pénale a été définitivement acquise à partir du Code d'instruction criminelle. V. M. Hertzog-Evans, *Procédure pénale* ; Paris, Vuibert, coll. « Dyna'sup droit », 2ème éd., 2008, p. 5.

[11] J. Pradel, préc., n° 2, p. 15 s.

[12] L'image traditionnelle du procès pénal est celle qui voit s'affronter ces deux acteurs de la procédure même si la place de la partie civile est importante et qu'elle peut véritablement être regardée comme un « accusateur » en étant à l'origine du déclenchement de l'action publique.

[13] L'importance de l'enjeu rejailli sur les sources de la procédure pénale. Alors que les règles de la procédure civile sont fixées par voie règlementaire, la Constitution du 4 octobre 1958 dispose que seule la loi, votée par le parlement, « *fixe les règles concernant* […] *la procédure pénale* ».

## Section 1 : La notion de preuve contraire

La procédure pénale fait une large place aux règles de preuve. En effet, les preuves constituent le moyen par lequel juge pourra acquérir une conviction, son intime conviction, et se prononcer sur la culpabilité ou l'innocence de la personne mise en cause. La preuve contraire constitue avant tout une preuve et nous nous arrêterons tout d'abord sur le caractère central de cette question de la preuve en procédure (§1), avant d'approfondir la question de la preuve contraire qui est une notion connue de notre droit (§2).

### §1. La preuve, une question centrale de la procédure

Le processus probatoire se trouve au cœur de la procédure pénale et du débat sur la culpabilité[14]. Ce sont bien les règles d'établissement de la preuve qui vont influer sur la conviction de l'homme et faire peser un soupçon, une accusation, une condamnation sur une personne ou bien alors faire reconnaître son innocence.

Au-delà du droit pénal, la question de la preuve est au cœur de tout procès. Comme le rappelle M. le Professeur François Terré : « *Le mécanisme du procès appelle nécessairement celui de la preuve et le juge ne peut statuer sans avoir analysé, même sommairement, les éléments de preuve qui lui sont présentés*»[15].

Prouver signifie « *établir la vérité par des témoignages, des raisonnements, etc.*»[16]. La preuve est ainsi intimement liée à cette notion de vérité et désigne le « *moyen de parvenir à la connaissance de la vérité d'un fait* »[17]. Avant d'étudier la spécificité de la preuve en matière pénale (B), nous nous arrêterons sur cette vérité, objectif de l'acte probatoire (A).

[14] M.-L. Rassat, *Procédure pénale* ; Paris, Ellipses, coll. « Manuel Droit », 2010, p. 233 s.
[15] F. Terré, *Introduction générale au droit* ; Paris, Dalloz, 7ème éd., 2006, n° 560, p. 460.
[16] Dictionnaire Larousse, V. Prouver.
[17] E. Molina, préc., n° 3, p. 3.

### A. La vérité, objectif de l'acte probatoire

L'œuvre de justice est toute entière tournée vers la « vérité »[18]. Mais cette affirmation, si elle a le mérite d'être moralement acceptable, doit néanmoins être nuancée. En effet, la vérité judiciaire, celle qui est proclamée par la décision de justice, celle qui constitue l'objectif du mécanisme probatoire, ne peut être que relative. La preuve ne peut être objective et universelle que dans les sciences purement formelles comme les mathématiques ou la géométrie. M. le Professeur Pierre Hugonet souligne que « *dans tous les pays du monde, la somme des angles d'un triangle est égale à deux angles droits.* [Et qu'] *Il n'en est pas de même dans les sciences du réel ni surtout dans les sciences normatives, fondées sur les jugements de valeur, comme la morale, le droit, la politique* […]» [19]. Ce constat est accentué en matière pénale puisque cette vérité repose alors sur l'intime conviction du juge, ce qui éloigne par essence toute vérité absolue ou objective[20]. Par ailleurs, le droit pénal doit tenir compte d'intérêts très divers et s'il apparaît essentiel de parvenir à cette « vérité » dans les affaires les plus graves, mettant en jeu les libertés les plus fondamentales, tel n'est pas forcément le cas dans des affaires jugées mineures qui vont pouvoir laisser place à une justice négociée loin de l'idéal d'établissement de la vérité. Il apparaît également qu'en cette matière, la notion de vérité est différente selon les stades de la procédure. La recherche de la « certitude policière » n'a pas le même degré que celle de la « vérité judicaire ». Le Code de procédure pénale énonce en effet qu'au stade de l'enquête, la mission de la police judiciaire est de « *constater les infractions à la loi pénale, d'en rassembler les preuves et d'en rechercher les auteurs tant qu'une information n'est pas ouverte* »[21]. En conséquence, si l'objectif de l'enquête reste bien la manifestation de la vérité, elle n'est conçue que comme une vérité provisoire qui pourra faire l'objet d'une remise en cause au stade de l'instruction. Toute la terminologie qui entoure ces phases d'enquête et d'instruction révèle cette hiérarchie dans la perception de la vérité. Ainsi, au cours de l'enquête les textes évoquent régulièrement l'existence de « raisons plausibles de soupçonner » qu'une personne s'est rendue coupable d'une infraction alors que les règles applicables au stade de l'instruction font référence à « des

[18] « Il n'est de justice que dans la vérité, il n'est de vérité que dans la justice » : citation extraite du « J'accuse ! » d'Emile Zola.
[19] P. Hugonet, *La vérité judiciaire* ; Paris, Litec, 1986, p. 21 s.
[20] La preuve en matière civile est plus aisée car elle est dans la plupart des cas préconstituée sous forme d'un écrit : V. par ex. C. Cohen, « Actualité et pérennité du problème de l'administration de la preuve en droit pénal » ; *Gaz. pal*. 18 mai 1999, chr. p. 610 s.
[21] Art. 14 *C. proc. pén*.

indices graves ou concordants »[22] de culpabilité ou bien encore à l'existence de « charges constitutives d'infractions »[23] de « charges suffisantes »[24]. Ce n'est enfin qu'au stade du jugement que l'on va apprécier l'expression la plus aboutie de la vérité judiciaire puisque la décision rendue sera revêtue de l'autorité de la chose jugée et qu'elle sera considérée comme l'expression de la vérité[25]. C'est ainsi « *au fur et à mesure que le procès pénal progresse* [que] *la vérité judiciaire apparaît logiquement en termes plus précis et plus absolus* »[26]. La force de la preuve exigée aux différents stades de la procédure pénale va par conséquent suivre le même mouvement. Les moyens d'arriver à la vérité judiciaire en matière pénale reposent plus qu'en toute matière sur la conscience propre à chaque individu. Faustin Hélie souligne cette relativité de la vérité judiciaire en matière pénale en lui préférant le terme de « *certitude* »[27]. La preuve serait alors au service de l'établissement de cette « *certitude* », c'est-à-dire de la conviction du juge chargé de trancher le litige[28].

### B. Les spécificités de la preuve en droit pénal

Bien que le Code de procédure pénale ne comporte pas de théorie générale de la preuve, elle a, plus qu'en toute autre matière, une importance particulière[29]. En effet, à l'exception de quelques infractions basées, par exemple, sur des contrats, la preuve des infractions relève du domaine des faits juridiques. Elle rend donc improbable la pré-constitution de la preuve, à la différence d'autres branches du droit comme le droit civil, le droit commercial ou le droit social. La preuve appliquée au droit pénal s'entend de la preuve de la commission d'une infraction. Elle consiste donc à démontrer non seulement l'existence d'un fait, le caractère délictueux de l'acte, son imputation à une personne ainsi que l'intention que cette dernière avait de commettre le fait répréhensible.

---

[22] Art. 80-1 et 105 *C. proc. pén.*
[23] Art. 176 *C. proc. pén.*
[24] Art. 177, 182, 184, 211 et 212 *C. proc. pén.*
[25] E. Molina, préc., n° 6.
[26] P. Ravier, « vérité et vérité judiciaire » ; *revue de la gendarmerie nationale*, 2ème trimestre 1976, n° 108, p. 23.
[27] F. Hélie, préc., t. 4, n° 1759, p. 324.
[28] Ph. Théry, « Les finalités du droit de la preuve en droit privé » ; *Droits* n° 23, 1996, p. 48.
[29] J. Buisson, *Rép. pén*. Dalloz, V. Preuve ; B. Bouloc, préc., n° 118 s. ; F. Fourment, préc., n° 52 s. ; il est noter que l'avant projet de loi prévoit d'inclure, dans un Livre 1er consacré aux dispositions générales et un Titre 1er sur les principes directeurs de la procédure pénale, un chapitre III sur les « *Principes relatifs à la preuve* » : Avant projet du futur Code de procédure pénale, version du 1er mars 2010, consultable sur le site du ministère de la justice.

La question de la preuve en matière pénale est dirigée par trois grandes questions : « *qui doit prouver ? Comment doit-on prouver ? Jusqu'où doit-on prouver ?* »[30].

La première de ces questions fait référence à la charge de la preuve. La procédure pénale est imprégnée du principe fondamental de la présomption d'innocence[31] qui impose à l'accusation de démontrer la culpabilité de la personne poursuivie, c'est-à-dire de renverser le jeu de la présomption. Il découle de ce principe que la personne mise en cause est en toute logique dispensée d'avoir à établir son innocence. Cependant, l'enjeu du procès pénal ne peut se satisfaire du rôle passif de la personne mise en cause dans l'établissement de son innocence. Loin d'être analysée comme une atteinte à ses droits fondamentaux, la possibilité pour la personne mise en cause de rapporter des éléments de preuve de nature à établir son innocence ou à atténuer sa responsabilité constitue une chance supplémentaire, pour le procès pénal, de tendre vers son objectif de vérité et de prévention de l'erreur judiciaire. Sur le point de savoir comment prouver, la procédure pénale affirme le principe de la liberté de la preuve en vertu duquel tous les éléments de preuve sont susceptibles d'être utilisés[32]. Cette liberté de la preuve n'a de pertinence qu'avec le principe de l'intime conviction du juge qui répond à la troisième question[33]. Une étude sur le droit à la preuve contraire en procédure pénale s'attachera nécessairement au fondamentaux du droit de la preuve en matière pénale et à ces trois éléments que sont la charge de la preuve, l'administration de la preuve et la réception de la preuve par le juge. Au-delà de ces spécificités, notre étude porte plus précisément sur la preuve contraire, une notion déjà connue de notre droit.

### §2. La preuve contraire, une notion connue du droit

La notion de preuve contraire n'est pas inconnue du droit en général et du droit pénal en particulier. L'adjectif contraire se réfère à « *ce qui est en opposition avec quelque chose, qui se fait dans une direction radicalement opposée* »[34]. La preuve contraire sous entend donc qu'il s'agit de la preuve contraire à quelque chose. Cette expression pourrait s'appliquer tout d'abord à une réaction face à un argument déterminé. La preuve contraire à la circonstance

[30] M.-L. Rassat, préc., n° 214, p. 232.
[31] Principe dorénavant inscrit dans l'article préliminaire III *C. proc. pén.*
[32] Le principe de la liberté de la preuve est posé à l'art. 427 al. 1 *C. proc. pén.* : « *Hors les cas où la loi en dispose autrement, les infractions peuvent être établies par tout mode de preuve* […] ».
[33] Art. 353 et 427 *C. proc. pén.*
[34] Dictionnaire Larousse, V. Contraire.

aggravante, la preuve contraire au caractère frauduleux de tel acte… C'est dans ce sens que nous conduit l'analyse des textes de procédure applicables. A l'aide des références à la preuve contraire en droit civil et en droit pénal (A), nous tenterons de définir plus précisément la notion de preuve contraire (B).

### A. Les références à la preuve contraire en droit civil et en droit pénal

C'est dans le Code civil que l'expression « preuve contraire » est la plus présente. Elle est utilisée pour exprimer la manière de lutter contre une présomption allégeant le fardeau probatoire d'un plaideur. La présomption s'applique alors « jusqu'à la preuve contraire ». Il en est ainsi du procédé d'identification par signature électronique d'un acte juridique[35], ou du procédé d'apposition électronique de la date d'envoi ou de réception des lettres relatives à la conclusion ou à l'exécution d'un contrat[36] qui sont présumés fiables jusqu'à « preuve contraire ». Certains actes juridiques comme le certificat de nationalité[37], l'acte de notoriété en matière de filiation[38] ou justifiant de la qualité d'héritier[39], font foi jusqu'à « preuve contraire ». Les principes généraux concernant les présomptions établies par la loi disposent qu'elles dispensent de toute preuve celui au profit duquel elles existent[40]. Ces dispositions prévoient également que « *Nulle preuve n'est admise contre la présomption de la loi, lorsque sur le fondement de cette présomption, elle annule certains actes ou dénie l'action en justice, à moins qu'elle n'ait réservé la preuve contraire* […]. »[41] Le Code de procédure civile prévoit également, lorsqu'une procédure d'enquête est ordonnée, que la « preuve contraire » peut être rapportée par témoin sans nouvelle décision[42].

La notion de preuve contraire est moins présente dans les textes de droit pénal, mais elle n'en n'est pas pour autant absente. En matière de diffamation, cette notion permet de

---

[35] Art. 1316-4 *C. civ.*
[36] Art. 1369-7 et 1369-8 *C. civ.*
[37] Art. 31-2 *C. civ.*
[38] Art. 317 et 335 *C. civ.*
[39] Art. 730-3 *C. civ.*
[40] Art. 1352 al. 1 C. civ.
[41] Art. 1352 al. 2 C. civ. ; la preuve contraire est également prévue s'agissant de la présomption d'extinction d'une dette par la remise volontaire de la grosse du titre (art. 1283 *C. civ.*), de la présomption de possession pour autrui (art. 2257 *C. civ.*), de la présomption de possession intermédiaire (art. 2264 *C. civ.*) ou bien encore de la présomption de conception d'un enfant entre le 300ème et le 180ème jour avant sa date de naissance (art. 311 *C. civ.*).
[42] Art. 204 *C. proc. civ*.

désigner les moyens de lutter contre les présomptions établies par la loi. Ainsi, « *Toute reproduction d'une imputation qui a été jugée diffamatoire sera réputée faite de mauvaise foi, sauf preuve contraire par son auteur* »[43]. Le Code de procédure pénale laisse apparaître également à deux reprises l'expression « *preuve contraire* »[44]. Dans ces deux cas, la preuve contraire est entendue comme la démonstration de l'inexactitude des procès verbaux ou des rapports par lesquels des agents spécialement désignés relatent des constatations matérielles constitutives de délits ou de contraventions. Ces textes précisent par ailleurs que cette *« preuve contraire ne peut être rapportée que par écrit ou par témoins* ». Il s'agit donc également de désigner les moyens de lutter contre la présomption de vérité qui repose sur ces actes de procédure.

Ces éléments, puisés dans les textes, nous donnent de premières pistes pour ébaucher une définition de la notion de preuve contraire.

### B. Vers une définition de la preuve contraire

Nous avons rappelé que la preuve pénale avait pour vocation d'établir, si ce n'est la vérité, tout au moins une certitude, au-delà de tout doute raisonnable, de la culpabilité d'une personne mise en cause dans la commission d'une infraction pénale. Cet objectif doit donc être rempli en renversant une présomption légale : la présomption d'innocence.

L'analyse des dispositions faisant référence à la notion de preuve contraire nous conduit à proposer plusieurs axes de définition. La preuve contraire, dans une conception restrictive, serait un raccourci pour désigner les deux moyens (l'écrit et le témoignage) de rapporter des éléments contraires au contenu des procès verbaux et des rapports. La référence faite au droit pénal en matière de diffamation ne peut nous conduire à retenir cette conception minimaliste. Une conception intermédiaire nous permettrait de définir la preuve contraire comme la possibilité offerte à la personne mise en cause de contester des éléments déterminés de l'accusation. Mais si l'on s'en réfère maintenant au concept générique, la preuve pénale désigne le plus généralement la preuve des infractions et par conséquent les moyens pour l'accusation, sur laquelle repose la charge de la preuve, de démontrer la culpabilité de la personne mise en cause. La notion de preuve contraire pourrait alors s'entendre comme la

[43] Art. 35 bis de la loi du 29 juill. 1881 sur la liberté de la presse.
[44] Art. 431 et 537 *C. proc. pén*.

réaction légitime face à l'attaque générale que constitue l'accusation. Elle recouvrirait donc à la fois une preuve spécifique contre des arguments précis émis par l'accusation, mais également, et plus généralement, tout élément de preuve allant à l'encontre de l'accusation, c'est-à-dire tout élément de preuve de nature à établir l'innocence de l'accusé entendu au sens européen du terme[45]. En poursuivant sur ce chemin, le principe de la liberté de la preuve s'applique à la preuve des infractions. La preuve contraire aux éléments de l'accusation devrait alors bénéficier d'un régime identique. C'est sur la base de cette définition maximaliste que nous pourrons nous référer à la preuve contraire et en faire un instrument général de protection de la personne mise en cause au cours d'une instance de caractère pénal. Pour parvenir à cet objectif, il conviendra de compléter cette notion de preuve contraire par le recours au concept de « droit à ».

## Section 2 : Le concept de « droit à » appliqué à la preuve contraire

L'affirmation de principes protecteurs de droits de l'Homme à l'échelon national et international a permis l'émergence du concept de « droit à ». Nous allons préciser que ce concept, applicable à la preuve (§1), a aussi toute sa pertinence lorsqu'il touche à la preuve contraire (§2).

### §1. Le « droit à » la preuve

Le concept de « droit à », parmi les instruments de protection du citoyen, a déjà marqué son empreinte (droit au logement, à la santé…). Afin de déterminer la pertinence de ce concept appliqué à la preuve, nous tenterons dans un premier temps de distinguer deux notions proches au plan terminologique qui sont le « droit de la preuve » et le « droit à la

[45] En effet, le terme « accusé » désigne dans notre droit de source nationale la personne poursuivie devant la Cour d'assise pour une infraction qualifiée de crime. Cette conception restrictive n'est pas celle adoptée par le droit européen des droits de l'Homme pour lequel ce terme désigne toute personne mise en cause dans un contentieux de « nature pénale », selon des critères qui permettent d'inclure une part de contentieux disciplinaire, administratif et privé.

preuve » (A). Dans ces développements nous verrons plus précisément la différence entre les « droits de » et les « droits à », ce qui nous permettra ensuite de tracer les contours du « droit à la preuve » (B).

### A. La distinction entre le « droit de la preuve » et le « droit à la preuve »

Nous connaissons le droit de la preuve qui s'attache à définir l'ensemble des règles permettant de persuader de l'exactitude d'une allégation, de la réalité d'un fait ou au contraire de leur caractère inexact ou faux[46]. Appliqué à la matière pénale, le droit de la preuve recouvre l'ensemble des règles juridiques, générales ou spéciales, organisant la recherche, l'administration et l'appréciation des preuves qui pourront convaincre de la culpabilité ou de l'innocence d'une personne soupçonnée d'avoir commis une infraction pénale[47]. Ce débat sur la preuve doit bien évidemment trouver sa place dans la recherche de l'équilibre entre les valeurs fondamentales de protection de la société et du citoyen[48]. Le « droit de la preuve » serait à distinguer du « droit à la preuve » que M. le Professeur Gilles Goubeaux présente comme le droit de produire ou d'obtenir une preuve[49]. « Droit de la preuve » et « droit à la preuve » relèvent à n'en pas douter d'une philosophie différente. Les « droits de » (circuler, d'opinion, de demander l'accomplissement d'actes…) présupposent non seulement un libre arbitre du sujet de droit, mais encore une « liberté d'action de l'individu » [50] alors que le concept de « droit à » (l'emploi, au logement, à la santé, à l'image, au procès équitable…) pourrait s'analyser comme un « droit créance », supposant « *une créance de l'individu contre la société* »[51]. Le concept de « droit à » pourrait alors apparaître comme une « *série de droits subjectifs non génériques Ŕ vaut-il mieux dire monovalents, ou conçus pour un usage déterminé ?* »[52] Si les « droits à » présentent quelques caractéristiques communes, en particulier le fait qu'ils ont été conçus pour la protection des personnes privées, qu'ils n'ont pas de caractère patrimonial et qu'ils se veulent universels, ils ne font pas l'objet d'un régime

---

[46] A. Merle et A. Vitu, préc., n° 120 ; J. Larguier, « La preuve d'un fait négatif » ; *RTD Civ*, 1953, p. 5.
[47] Pour une définition du droit de la preuve pénale, V. J. Barbéris, *Le droit de la preuve pénale face à l'évolution technique et scientifique* ; Thèse, Aix-Marseille 3, dir. G. di Marino, 2000, p. 9 s.
[48] R. Gassin, « Considérations sur le but de la procédure pénale », in : *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire, mélanges offerts à Jean Pradel* ; Paris, Cujas, 2006, p. 109 s.
[49] G. Goubeaux, « Le droit à la preuve », in : *La preuve en droit* ; Bruxelles, Bruylant, 1981, p. 277 s.
[50] F. Sudre, *Droit européen et international des droits de l'homme* ; Paris, PUH, 9ème éd., 2008, n° 21, p. 40 s.
[51] *Ibidem*
[52] D. Cohen, « Le droit à… », in : *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à François Terré* ; Paris, PUF, 1999, p. 393 s.

juridique homogène. Chaque « droit à » s'est construit de manière autonome et l'on ne peut tirer de la généralité un contenu spécifique à chacun de ces droits. C'est donc au cas par cas qu'il faut en faire l'étude.

### B. Les contours du « droit à la preuve »

Le droit à la preuve est une notion apparue et reconnue aux parties privées en droit civil. Le droit de prouver un fait ne se discute pas, il s'agit de la faculté pour un plaideur de présenter les éléments qu'il « *allègue en sa faveur* »[53]. Mais « *le droit à la preuve suppose en outre que tout plaideur puisse disposer des moyens propres à établir la véracité de son allégation. Reconnaître à une partie un droit à la preuve, c'est lui permettre d'obtenir de son adversaire ou même d'un tiers l'élément de preuve qui lui fait défaut* » [54]. Ce concept se réfèrerait par conséquent à l'existence d'un véritable droit subjectif processuel permettant à un plaideur de vaincre les obstacles qui le limitent dans sa faculté de produire ou tout simplement de découvrir les preuves essentielles au succès de sa prétention[55]. Le droit à la preuve a pris son essor en matière civile à partir de 1972 avec la faculté de solliciter en justice la production forcée d'une pièce par l'une des parties[56]. Dorénavant, l'article 10 du Code civil dispose que « *Chacun est tenu d'apporter son concours à la justice en vue de la manifestation de la vérité* » et que « *Celui qui, sans motif légitime, se soustrait à cette obligation lorsqu'il en a été légalement requis, peut être contraint d'y satisfaire, au besoin à peine d'astreinte ou d'amende civile, sans préjudice de dommages et intérêts*.» Afin de compléter ce dispositif, les articles 133 et 134 du Code de procédure civile permettent à l'une des parties de demander au juge d'enjoindre la production d'une pièce, au besoin à peine d'astreinte. Le concept de droit à la preuve est aujourd'hui bien établi en matière civile et tend à se diffuser aux autres branches du droit et singulièrement à la procédure pénale.

Comme nous l'avons vu, le concept de « droit à » a été conçu pour la protection des personnes privées. Au cours du processus pénal, deux parties privées peuvent prendre place, il s'agit bien sûr de la personne mise en cause et de la victime partie civile. Le « droit à la preuve » devrait par conséquent bénéficier aux deux parties. S'il est indéniable que nous assistons à une montée en puissance du droit des parties privées en règle générale, et de leurs

---

[53] M. Planiol et G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, t. VII ; Paris, LGDJ, 1930, n° 1411.
[54] C. Marraud, « Le droit à la preuve, la production forcée des preuves en justice » ; *JCP*, 1973, doctr., n° 2572.
[55] A. Bergeaud, *Le droit à la preuve* ; Thèse, Bordeaux IV, dir. J.-C. Saint-Pau, 2007, p. 1 s.
[56] Décr. n ° 71-740 du 9 septembre 1971, n° 72-684 du 20 juillet 1972 et n° 72-788 du 28 août 1972.

possibilités d'intervention dans le champ de la preuve, c'est bien sûr le « droit à la preuve contraire », comme outil de protection de la personne mise en cause, qui va constituer l'application spécifique du « droit à la preuve » appliqué au procès pénal.

## §2. L'affirmation d'un droit à la preuve contraire

Parler d'affirmation d'un droit à la preuve contraire n'est pas une démarche anodine. Elle bouscule les traditions et notre façon de concevoir le procès pénal. Nous tenterons donc d'en apporter une première définition (A) avant de mettre en lumière l'essor qu'a pris le droit à la preuve contraire dans notre système procédural (B).

### A. Une tentative de définition du « droit à » la preuve contraire

Le droit à la preuve contraire impose à la société de tout mettre en œuvre afin de préserver à toute personne mise en cause la possibilité de prouver son innocence (c'est-à-dire le contraire de ce que soutient l'accusation) ou d'atténuer sa responsabilité[57]. L'étendue d'un droit à la preuve contraire apparaît ainsi considérable. Il s'agira non seulement de permettre à toute personne mise en cause au cours d'un contentieux de nature pénale, de produire ou d'obtenir une preuve contraire aux arguments apportés par la partie adverse, mais aussi, et plus généralement, de permettre à cette personne de produire ou d'obtenir tous éléments de preuve de nature à établir son innocence.

Le recours à ce concept de droit à la preuve contraire semble éthiquement intéressant car il permet au principal intéressé, c'est-à-dire à la personne mise en cause, d'être actif dans la procédure qui est diligentée à son encontre. L'exigence de justice rend nécessaire que l'on mette tout en œuvre afin de se prémunir de l'erreur judicaire et donc de la condamnation d'un innocent. Il apparaît donc logique qu'un certain nombre de garanties existent afin de protéger tout individu contre des atteintes injustifiées ou disproportionnées à ses libertés fondamentales, mais il faut aller plus loin dans la démarche et ne pas craindre la possibilité de placer dans le débat de nouveaux éléments produits par le défenseur pénal. La décision sur la culpabilité nécessite un cheminement éclairé par de multiples sources. Le déséquilibre

[57] C. Ambroise-Castérot, « Procédure pénale » ; *Rev. pén. dr. pén*. 2005, chr. p. 407 s.

intrinsèque du procès pénal nécessite un mécanisme garantissant le juste équilibre de la décision qui sera rendue. Tel serait le rôle du droit à la preuve contraire. Nous allons maintenant mettre en lumière le mouvement qui conduit à l'affirmation de ce droit à la preuve contraire dans notre système procédural.

### B. L'essor du concept de droit à la preuve contraire dans notre système procédural

La procédure pénale française a entamé, depuis déjà quelques décennies, un virage fondamental. La tradition juridique internationale fait référence à deux systèmes pénaux. Le système accusatoire, historiquement le plus ancien, place le juge en position d'arbitre et confère un grand rôle aux parties qui sont à l'origine de la procédure, recherchent les preuves et les présentent au juge de manière publique et contradictoire[58]. Le système inquisitoire, quant à lui, donne au juge un rôle central puisqu'il peut se saisir lui-même et assure la recherche probatoire dans une procédure secrète et non contradictoire. Ces deux modèles, n'ont jamais vraiment été appliqués strictement et donnent à une procédure nationale une « tendance », une « coloration », un « caractère majeur ». Cette distinction peut s'appliquer également à différentes phases de la procédure. Ainsi, l'avant-jugement se colore généralement, tout au moins en Europe continentale, d'une tendance inquisitoriale alors que la phase de jugement revêt un caractère majoritairement accusatoire, donnant ainsi à l'ensemble de la procédure un caractère mixte. Telle était la situation du droit français. La montée en puissance de la protection du justiciable, sous l'influence du droit international et européen des droits de l'Homme, a engendré un véritable « mouvement d'accusatoire » bénéficiant aux parties privées et bien sûr, au premier chef, à la personne poursuivie. La reconnaissance de la personne mise en cause et de la victime comme véritables « acteurs » du procès les a conduites à intervenir dans le débat sur la preuve.

L'affirmation d'un droit à la preuve contraire s'inscrit parfaitement dans ce mouvement. Ce concept découle d'une petite révolution intellectuelle et processuelle pour un ordre juridique peu habitué à consacrer une défense active de la personne mise en cause

[58]V. J. Pradel, « Inquisitoire-Accusatoire : une redoutable complexité » - rapport de synthèse du colloque international d'Aix en Provence, 9-10 juin 1997 *; RIDP*, 1997, p. 213 s.

protégée par le sacrosaint principe de la présomption d'innocence. L'application de cette présomption conduit à ce que la personne poursuivie n'ait pas à se défendre puisque la justice la considère innocente. Le fardeau probatoire repose alors exclusivement sur l'accusation qui doit renverser cette présomption d'innocence.

L'influence de cette présomption sur notre système procédural a conduit à exclure la simple idée d'une collaboration de la personne mise en cause à la manifestation de la vérité. Parler d'un droit à la preuve contraire en procédure pénale, c'est aller à l'encontre de la présentation classique du droit de la preuve en matière pénale. En effet, lorsque l'on évoque ce domaine, c'est pour rappeler la manière dont l'accusation peut établir la culpabilité d'une personne mise en cause dans la commission d'une infraction pénale. Lorsque l'on parle de l'existence d'un droit à la preuve contraire, on reconnaît la faculté d'intervention de la personne mise en cause dans l'exercice probatoire. Plus qu'un constat, nous nous attacherons à démontrer la pertinence de ce concept qui ne se substitue à aucun autre mais qui a pour vocation d'établir une nouvelle catégorie qui permet de refléter plus fidèlement les évolutions de la conception même de la défense de la personne mise en cause.

Afin d'affirmer l'existence d'un droit à la preuve contraire en procédure pénale, nous en définirons les fondements (Première Partie) avant d'en étudier l'exercice (Seconde Partie) et de démontrer ainsi la réalité et l'efficience d'un principe actif de protection de la personne mise en cause.

# PREMIERE PARTIE

# LES FONDEMENTS DU DROIT À LA PREUVE CONTRAIRE

Chercher les fondements d'un droit à la preuve contraire, les sources ou les mouvements qui ont conduit à son affirmation, fait inévitablement référence aux difficultés inhérentes à l'exercice de qualification. Il s'agit dès lors de se pencher sur les éléments de caractérisation de ce concept qui permettront de l'inclure ou de l'exclure d'une catégorie juridique de rattachement. Or, le choix des éléments à confronter nécessite une sélection intuitive et préalable des catégories potentielles de rattachement. La plus sûre façon de rechercher les points de confrontation est de se baser sur les rapprochements que l'on peut opérer à la lecture de la doctrine et de l'évolution du droit positif.

Traitant de l'existence et de la reconnaissance pour une personne mise en cause d'un droit à la preuve contraire, il semblait naturel de prendre comme point de départ les concepts et principes applicables à la défense de l'individu en matière pénale. Nous chercherons donc dans un premier temps le fondement du droit à la preuve contraire dans les principes de présomption d'innocence et de droits de la défense (Titre 1) et, face aux limites posées par ces références, nous étudierons l'affirmation du droit au procès équitable, notion générale (et internationale), comme fondement de ce droit à la preuve contraire (Titre 2).

# TITRE 1 : LA RECHERCHE D'UN FONDEMENT AU DROIT À LA PREUVE CONTRAIRE DANS LES PRINCIPES DE PRÉSOMPTION D'INNOCENCE ET DE DROITS DE LA DÉFENSE

La procédure pénale est imprégnée de principes fondamentaux protecteurs de la personne mise en cause. C'est à travers les deux principaux, le principe de la présomption d'innocence et le principe des droits de la défense, que nous tenterons de trouver un fondement au droit à la preuve contraire.

Notre conception de la présomption d'innocence a été forgée au cours des siècles et a acquis un caractère philosophique par son affirmation comme principe fondamental du droit pénal. Sa raison d'être est d'assurer la protection de la personne mise en cause dans le cadre de la commission d'une infraction tant que sa culpabilité n'a pas été légalement établie. La raisonnance de ce principe est telle que la simple idée de permettre à une personne mise en cause de prouver son innocence alors qu'elle bénéficie d'une présomption favorable, peut sembler contraire à ce principe. Une étude approfondie de la présomption d'innocence et du droit à la preuve contraire (Chapitre 1) doit nous permettre de vérifier la compatibilité de ces deux principes mais également d'écarter le principe de présomption d'innocence des fondements possibles du droit à la preuve contraire.

La recherche d'un fondement au droit à la preuve contraire se poursuit par l'étude des droits de la défense. La référence aux droits de la défense dans la définition d'un droit à la preuve contraire semble en effet attrayante. Si par droit à la preuve contraire il convient d'entendre le droit laissé à toute personne de rapporter les éléments de preuve contraires à l'accusation, et par conséquent d'être mis en mesure de prouver son innocence, cela pourrait s'analyser comme l'expression ultime d'un véritable droit de se défendre. Droit à la preuve contraire et droits de la défense (Chapitre 2) méritent donc également d'être analysés

ensembles. Mais cette confrontation montrera les limites des droits de la défense et la nécessité de les dépasser sans pour autant être assuré de trouver le fondement recherché au droit à la preuve contraire.

# Chapitre 1 : Droit à la preuve contraire et présomption d'innocence

*« Que dix coupables échappent à la justice plutôt que souffre un seul innocent »*[1]. Cette célèbre maxime de *Sir* William Blackstone témoigne de l'éternelle crainte de l'injuste condamnation d'un innocent, en d'autres termes, de l'erreur judiciaire. Cette préoccupation n'est pas apparue avec l'humanisme du siècle des Lumières. Au deuxième siècle l'Empereur Trajan affirmait déjà qu'il vaut mieux «*laisser un crime impuni plutôt que de condamner un innocent* »[2].

Cette attention apparaît clairement dans le concept moderne de « présomption d'innocence » que l'on retrouve dans l'article 9 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 : « *Tout homme étant présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable, s'il est jugé indispensable de l'arrêter, toute rigueur qui ne sera pas nécessaire pour s'assurer de sa personne doit être sévèrement réprimée par la loi ».* Ce principe a été maintes fois réaffirmé[3] et est désormais l'un des droits fondamentaux de notre législation pénale élevé au rang de principe constitutionnel[4] applicable à toutes les branches du droit. Ce principe, reconnu par le droit pénal international, a été intégré dans les statuts de la Cour pénale internationale signé à Rome le 17 juillet 1998 qui exposent dans leur article 66 que « *Toute personne est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été établie devant la Cour conformément au droit applicable*.»[5]

---

[1] W. Blackstone, *commentaire sur les lois d'Angleterre*, t. 1 ; Oxford, Clarendon press, 1ère édition, 1765.

[2] Traduction de la maxime *« satius esse impunitum facinus nocentis quam innocentem damnare »,* V. F. Hélie, *Histoire et théorie de la procédure criminelle* ; Paris, Ed. Plon, 1866, ch. V, p. 96.

[3] Voir art. 11 de la Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948 : « *Toute personne accusée d'un acte délictueux est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie au cours d'un procès public où toutes les garanties nécessaires à sa défense lui auront été assurées* » ; art. 6§2 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 : « *Toute personne accusée d'une infraction est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie* » ; Voir également dans la même formulation l'art. 14§2 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques ou bien encore l'art. 48§1 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

[4] Dans sa décision fondatrice du 16 juillet 1971(décis. 71-44 DC), le Conseil constitutionnel a reconnu l'existence d'un « bloc de constitutionnalité » dont fait partie intégrante la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789. Esquissé dans sa décision 79-109 DC du 9 janvier 1980 relative à la « prévention de l'immigration clandestine », le visa de l'article 9 DDHC apparaît clairement dans plusieurs décisions postérieures : Cons. constit. 19 et 20 janvier 1981, déc. n° 80-127 DC ; 8 juillet 1989, déc. n° 89-258 DC ; 2 février 1995, déc. n° 95-360 DC ; décisions réunies par L. Favoreu et L. Philipp, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel* ; Paris, Dalloz, 2009, n° 43-12 et 43-13.

[5] La plupart des Cours pénales internationales *ad hocs* qui ont été créées font également référence à ce principe fondamental : Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie de La Haye (Pays-Bas), Tribunal pénal international du Rwanda à Arasha (Tanzanie).

Le Code civil a été le premier à reconnaître textuellement ce concept en affirmant que « *Chacun a droit au respect de sa présomption d'innocence.* [6]» Il a pourtant fallu attendre la loi du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes[7] pour qu'il apparaisse clairement dans notre Code de procédure pénale : « *Toute personne suspectée ou poursuivie est présumée innocente tant que sa culpabilité n'a pas été établie. Les atteintes à sa présomption d'innocence sont prévenues, réparées et réprimées dans les conditions prévues par la loi »*[8].

Affirmer la prépondérance de ce principe n'en donne pas pour autant une définition précise. Son objet est tout à la fois d'assurer la sécurité des individus contre l'arbitraire et de stimuler la recherche de la vérité en évitant les risques d'erreurs qu'engendrerait la croyance systématique dans la culpabilité des personnes poursuivies[9]. Mais déterminer les contours de ce concept n'est pas chose facile. Il s'agirait d'un préjugé en faveur de la non-culpabilité et en vertu duquel toute personne poursuivie pour une infraction est, *a priori*, supposée ne pas l'avoir commise aussi longtemps que sa culpabilité n'a pas été établie par un jugement irrévocable. La difficulté vient du fait que l'innocence n'est pas un concept juridique autonome, elle se définit par l'éviction préalable de la culpabilité. Est innocent celui qui n'a pas nui (*in-no-cens*), celui qui n'a pas commis de faute. En conséquence, la preuve de l'innocence réside dans la preuve de l'absence de faute, et reviendrait donc à prouver un fait négatif, ce que les juristes du Moyen Âge qualifiaient de « *probatio diabolica* ». Prouver un fait négatif revient à prouver un fait positif dont la réalisation rend impossible l'existence du fait négatif. Cette difficulté a été résolue par l'affirmation d'une présomption d'innocence, principe transversal et protecteur du justiciable qui devrait exclure tout effort de ce dernier aux fins de faire apparaître son innocence.

Mais ce principe fondamental, dont la conception moderne a été gravée dans le marbre il y a plus de deux siècles, paraît de plus en plus anachronique et s'analyse même parfois comme une véritable « fiction ». Madame le Haut-conseiller Renée Koering-Joulin définit la qualité de présumé innocent comme l' « *état, à la fois provisoire et ambigu de celui qui,*

---

[6] Art. 9-1 *C. civ*. issu de la loi du 5 janvier 1993.
[7] Loi n° 2000-516 du 15 juin 2000, JO du 16 juin 2000, p. 9038 et circulaire de présentation du 31 mai 2000.
[8] Art. préliminaire du *Code de procédure pénale* ; il est à noter que la référence à la présomption d'innocence est maintenue dans l'avant-projet deu future Code de procédure pénale présenté le 10 mars 2010 dasn son art. 5 : « *La procédure pénale garantit le respect de la présomption d'innocence* ».
[9] M.-J. Essaïd , *La présomption d'innocence* ; Thèse, Paris I, dir. G. Stéphani,, 1969.

*qu'on le veuille ou non, n'est plus tout à fait un innocent mais n'est pas encore un coupable* »[10].

La relativité de plus en plus présente de cette présomption conduit à s'interroger sur la compatibilité de ce principe général avec l'essence même de la procédure pénale qui vise à l'établissement de la vérité. En effet, comment affirmer l'existence d'une présomption d'innocence alors que la base même d'une enquête ou d'une instruction est d'approfondir une « intuition »[11] de culpabilité et que la majorité des actes de recherche de la vérité auront pour destination de confirmer cette « intuition » de culpabilité. Si la relativité du principe de présomption d'innocence apparaît de plus en plus clairement, il constitue encore un principe fondamental de la philosophie pénale et nous conduira à nous interroger sur l'apparente contradiction entre ce principe et l'existence d'un droit à la preuve contraire (Section 1). Cette analyse nous permettra de conclure au nécessaire dépassement du principe de la présomption d'innocence dans la recherche d'un fondement au droit à la preuve contraire (Section 2).

## Section 1 : L'apparente contradiction entre le droit à la preuve contraire et la présomption d'innocence

La présomption d'innocence trouve sa principale application dans le droit de la preuve, s'agissant principalement des règles régissant la charge de la preuve, mais également celles relevant de l'appréciation de la preuve[12]. Une rapide étude concernant les implications du principe de la présomption d'innocence quant à la charge du fardeau probatoire (§1) nous conduira à nous interroger sur son caractère réellement effectif (§2).

[10] R. Koering-Joulin, « La présomption d'innocence, un droit fondamental ? » - rapport introductif au colloque organisé par le Centre français de droit comparé à la Cour de cassation le 16 janvier 1998 ; Paris, Société de législation comparée, 1998.
[11] J. Décamps, *La présomption d'innocence : entre vérité et culpabilité* ; Thèse, Pau et pays de l'Adour, 2009 ; Villeneuve d'Asq, Presses universitaires du Septentrion, 2002, p. 30.
[12] M. Delmas-Marty, « La preuve pénale » ; *Droits* avril 1996, n° 23, p. 57.

## §1. Présomption d'innocence et charge de la preuve

La présomption d'innocence appliquée aux règles de preuve induit plusieurs conséquences. Elle s'analyse tout d'abord comme une apparente dispense de recherche des preuves au profit de l'accusé. Etant « présumée innocente », ce n'est pas à la personne poursuivie de démontrer son innocence, mais bien au contraire à la partie poursuivante de rapporter les preuves de sa culpabilité (A). Ce principe fondamental se manifeste également par des conséquences secondaires (B). La charge de la preuve pesant sur l'accusation, si la présomption d'innocence n'est pas renversée, le doute doit bénéficier à la personne poursuivie qui est en droit de garder le silence et de ne pas participer à sa propre incrimination.

### A. La conséquence principale de la présomption d'innocence : la charge de la preuve pèse sur l'accusation

Parler en procédure pénale du « fardeau »[13] de la preuve n'est pas anodin. L'importance que revêt la preuve en matière pénale tient à plusieurs éléments. Elle touche tout d'abord essentiellement à des faits juridiques et non à des actes juridiques. Or, la preuve d'un fait est plus difficile à rapporter que celle d'un acte, qui plus est lorsqu'elle est multiple. En effet, la preuve consistera à démontrer non seulement l'existence d'un fait, mais encore son imputation à une personne ainsi que, normalement, l'intention que celle-ci avait de commettre un tel fait. Le particularisme de la preuve pénale tient ensuite au rôle du juge. Contrairement à la matière civile, le juge pénal ne peut se satisfaire de la *vérité formelle*, c'est-à-dire de celle établie devant lui par les plaideurs, mais il doit suppléer l'insuffisance des preuves produites et débattues devant lui afin de tendre à la *vérité matérielle,* c'est-à-dire ce qui est vraiment et non pas ce que les parties lui offrent de la vérité telle qu'elles la conçoivent et la limitent.

Le principe de droit civil selon lequel la charge de la preuve incombe au demandeur (*actori incumbit probatio* ; *onus probandi incumbit ei qui dicit*)[14], semble devoir s'appliquer

[13] Expression utilisée par de nombreux auteurs : V. par exemple R. Garraud, *Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale*, t.1 ; Paris, Sirey, 1907, n° 229 s. ; B. Bouloc, *Procédure pénale*, préc., n° 121 ; J. Pradel, préc., n° 392 ;
[14] Art. 1315 *C. civ*.

également à la matière pénale mais avec la justification supplémentaire de l'existence de la présomption d'innocence qui a pour effet naturel de dispenser la personne suspectée ou poursuivie d'établir son innocence. C'est alors à la partie qui réclame la condamnation de l'auteur d'une infraction (ministère public ou victime dans le cas ou elle se serait constituée partie civile par voie d'action) d'établir le bien fondé de ses prétentions, et par conséquent la culpabilité de la personne poursuivie en établissant « *tous les éléments constitutifs de l'infraction et l'absence de tous les éléments susceptibles de la faire disparaître* »[15]. Cette règle générale doit s'appliquer à tout moment de la procédure quand bien même l'action publique n'aurait pas encore été mise en mouvement. Il appartient dès lors aux fonctionnaires de la police judiciaire de rapporter les éléments de preuve de la commission d'une infraction sous la direction du procureur de la République, lui-même placé sous la surveillance du procureur général et sous le contrôle de la chambre de l'instruction[16]. Lors de l'ouverture d'une instruction préparatoire, la charge de la preuve pèse sur un ou plusieurs magistrats[17] chargés d'effectuer toutes les opérations « *utiles à la manifestation de la vérité* » avec l'assistance d'officiers de police judiciaire qui peuvent être délégués dans ces fonctions par une commission rogatoire[18].

Toute solution qui viserait à dispenser la partie poursuivante de rapporter la preuve des divers éléments constitutifs de l'infraction, tant l'élément matériel que l'élément moral, pourrait donc ressembler, à première vue, à une atteinte caractérisée à un principe essentiel de notre droit pénal[19]. Ainsi, un arrêt de cour d'appel a été cassé en ce qu'il avait déclaré un employeur coupable de licenciement économique sans autorisation de l'administration compétente en se bornant à énoncer que ledit employeur avait manifesté l'intention d'opérer une fusion entre deux de ses établissements et qu'il n'avait « *pas apporté la preuve qu'il ne s'agissait pas d'un licenciement à caractère économique* »[20].

Ce principe protecteur doit aussi bien bénéficier au récidiviste qu'au délinquant primaire. Ce n'est pas parce qu'un individu a déjà fait l'objet d'une condamnation pénale que

---

[15] Cass. crim. 24 mars 1949, *Bull. crim*. n° 114.
[16] Art. 12, 13 et 14 *C. proc. pén*.
[17] Art 83 al.2 *C. proc. pén*.
[18] Art. 81 *C. proc. pén*.
[19] Tribunal correctionnel de la Seine, 30 septembre 1957 ; *Gaz. Pal.* 1957, 2, p. 307 ; Voir également Cass. crim. 22 mars 1966 ; *Bull. crim*. n° 106 ; Cass. crim. 22 février 1993 ; *Bull. crim*. n° 84 : «*Tout prévenu étant présumé innocent, la charge de la preuve de sa culpabilité incombe à la partie poursuivante*».
[20] Cass. crim. 29 mai 1980 ; *Bull. crim*. n° 164.

la charge de la preuve de sa culpabilité touchant à de nouveaux faits doit être allégée et la présomption d'innocence doit à nouveau jouer pleinement[21].

### B. Les conséquences dérivées de la présomption d'innocence

Outre son incidence sur la charge de la preuve, le principe de la présomption d'innocence revêt traditionnellement trois conséquences dérivées. La première réside dans le bénéfice du doute (1). En effet, s'il y a doute, c'est que la présomption n'a pas été renversée et que l'accusation ne rapporte pas la preuve formelle de la culpabilité de la personne poursuivie. Dans ces circonstances, le doute devra être favorable à la personne mise ne cause. Les deux dernières conséquences sont proches par leur nature, il s'agit du droit au silence (2) et du droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination (3).

#### 1. L'application de l'adage *in dubio pro reo*

En application du principe fondamental de la présomption d'innocence, il revient à l'accusation de rapporter la preuve de la culpabilité de la personne poursuivie. Or, si cette preuve n'est par rapportée de manière pleine et entière et qu'il subsiste un doute, il doit profiter à la personne poursuivie. Comme le rappelle Monsieur le Professeur Philippe Merle, la présomption d'innocence a pour vocation de « *désigner celui des plaideurs qui devra faire la preuve et succombera dans le doute* »[22].

Un coutumier du XIII[e] siècle faisait déjà référence à ce principe général en exposant que : « *Les sages prescrivent que l'on ne condamne nul homme par soupçon ; car s'il faut*

[21] Cette thèse a été combattue par Enrico Ferri qui s'inspirait de la démarche de Lombroso en opposant la criminalité dite « évolutive » qui serait une criminalité d'occasion ou de passion, à la criminalité dite « atavique » se référant à des délinquants par tendance ou des délinquants d'habitude. Devant se prononcer sur ses deux dernières catégories de délinquants, le juge devrait, selon ces deux penseurs, se montrer moins exigent quant aux preuves de la culpabilité. V. E. Ferri, *Sociologie criminelle* ; Paris, éditions Félix Alcan, 2[ème] édition, 1914, chap. IV ; C. Lombroso, *L'homme criminel, étude anthropologique et psychiatrique* ; Paris, éditions Félix Alcan, 2[ème] édition française traduite sur la 5[ème] édition italienne, 1895 ; V. également G. de Tarde, *La philosophie pénale* ; Paris, Cujas, réimpression de la 4[ème] édition de 1890, 1972, p. 451.

[22] Ph. Merle, *Les présomptions légales en droit pénal* ; Thèse, Nancy, dir. A. Vitu, 1968 ; Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de sciences criminelles », 1970, p. 5 ; P. Garaud et M. Laborde-Lacoste, *Exposé méthodique de droit pénal* ; Paris, Sirey, 1942, p. 448 : « *une preuve insuffisante de la culpabilité doit entraîner un acquittement aussi bien qu'une preuve formelle de l'innocence* ».

*punir les malfaiteurs, on doit se garder de condamner ceux qui n'ont rien fait* »[23]. Au début du XVII[e] siècle, Antoine Loysel reprend également le principe du doute bénéficiant à l'accusé dans ses *Institutes coutumières* : *« En matière criminelle n'y a partage : ains passe le jugement à la plus douce opinion* »[24]. Ce principe était également exposé dans l'ordonnance criminelle de 1670, sorte de « Code de procédure pénale » de l'Ancien Régime en grande partie hérité de l'Ordonnance de Villers-Cotterêts de François Ier (1539) : « *Les jugements, soit définitifs ou d'instruction, passeront à l'avis le plus doux, si le plus sévère ne prévaut d'une voix, dans les procès qui se jugeront à charge d'appel, et de deux dans les procès qui se jugeront en dernier ressort* »[25].

Quelques années plus tard, Cesare Beccaria approuvait ces dispositions et se référait à son tour à ce principe général : « *Une sixième règle qui regarde aussi la preuve en cette matière, c'est que dans le doute, le juge doit toujours pencher en faveur de l'accusé ; de manière qu'en cas d'égalité de voix entre les juges, l'on doit référer l'avis le plus doux* ».

Malgré l'existence d'un principe bien ancré dans notre système processuel, il a fallu attendre la loi du 15 juin 2000 renforçant la présomption d'innocence et les droits des victimes, pour que le législateur utilise le terme de doute et consacre l'application de l'adage « *in dubio pro reo* ». Désormais, en vertu de l'article 304 du Code de procédure pénale, le président de la cour d'assises adresse aux jurés les prescriptions suivantes : « *vous jugerez et promettez* […] *de vous rappeler que l'accusé est présumé innocent et que le doute doit lui profiter* ».

Le principe du bénéfice du doute comporte également quelques applications légales spécifiques. Ainsi, à l'occasion du délibéré de la cour d'assises, les bulletins blancs sont considérés comme favorables à l'accusé. L'article 358 alinéa 2 du Code de procédure pénale expose ainsi que l'impossibilité pour un juré de se prononcer en faveur de la culpabilité emporte déclaration d'innocence. Dans un autre contexte, la révision d'une décision définitive de condamnation n'est pas seulement ouverte avec la preuve de l'innocence de la personne condamnée (condamnation d'un autre individu pour les mêmes faits), mais également s'il

---

[23] *Le livre de jostice et de plet*, cf J.-M. Carbasse *, Histoire du droit pénal et de la justice criminell*e ; Paris, PUF, 2000, p. 168.

[24] A. Loysel*, Institutes coutumières*; Genève, Slatkine Reprints, nouvelle édition corrigée et augmentée par Dupin et Laboulaye 1971, t.2, livre VI, Titre IV, n° 876, p. 233. Maxime citée également par G. Bernard, « Les critères de la présomption d'innocence au XVIIIème siècle : de l'objectivité des preuves à la subjectivité du juge », in : *La présomption d'innocence* ; *Revue de l'Institut de criminologie de Paris*, Paris, éditions Eska, Vol. 4, 2004, p. 33.

[25] F.-A. Isambert, *Recueil général des anciennes lois françaises, depuis l'an 420 jusqu'à la révolution de 1789* ; Paris, Plon frères, 1827, t. XXVIII, pièce 2461, p. 527.

vient à se produire ou à être révélé un fait nouveau ou un élément inconnu de la juridiction au jour du procès « *de nature à faire naître un doute sur la culpabilité du condamné* »[26].

La jurisprudence souligne également que s'il n'existe qu'une preuve unique, celle-ci ne peut fonder une déclaration de culpabilité que si elle renferme une « *puissance totale de conviction* »[27]. Les points d'ombre qui peuvent dès lors entacher la culpabilité du justiciable font obstacle à la certitude requise pour entrer en voie de condamnation.

Néanmoins, l'existence d'un doute « fatal » en matière pénale nécessite quelques éclaircissements. En effet, comme le rappelle Monsieur le Professeur Jean-Denis Bredin, le doute en matière pénale n'est pas celui du sceptique pour qui l'homme ne peut rien affirmer avec certitude, ni le doute scientifique qui plane comme une réserve pour justifier par avance la survenance de vérités futures. Le doute en matière pénale doit être méthodique, sérieux et non pas hypothétique. Le doute ne sera favorable à la personne poursuivie qu'à la condition que toutes les investigations utiles à la manifestation de la vérité aient été effectuées et qu'ainsi, il ne puisse être surmonté par une instruction complémentaire. La Chambre criminelle de la Cour de cassation assure à cet égard un contrôle strict de la motivation du doute pour qu'il puisse être relevé en faveur de la personne mise en cause. Ont ainsi été cassés pour insuffisance de motifs des arrêts de relaxe qui se bornent à énoncer l'existence d'un doute sans aucune justification alors qu'ils énumèrent par ailleurs de lourdes charges de culpabilité[28]. A également été jugée insuffisante la motivation selon laquelle « *s'il existe à l'encontre du prévenu des charges très lourdes de culpabilité relevées par le tribunal, il subsiste néanmoins en sa faveur, un très léger doute qui doit lui profiter* »[29].

Le bénéfice du doute constitue bien une conséquence de l'application de la présomption d'innocence, au même titre que le droit au silence.

### 2. Le droit au silence

Reconnaître pour une personne suspectée ou poursuivie un droit au silence ne va pas de soi. Il s'agit d'une prérogative qui a d'ailleurs longuement été débattue et contestée.

[26] Art. 622 4° *C. proc. pén*.
[27] Toulouse, 7 novembre 1956 ; *D.* 1957, p. 28.
[28] Cass. crim. 22 juin 1960; *Bull. crim*. n° 339 ; Cass. Crim. 15 juin 1973; *Bull. crim*. n° 268.
[29] Cass. crim 3 février 1992 ; *Bull. crim*. n° 57.

Bentham écrivait que « *l'innocence ne se prévaut jamais du droit au silence, elle réclame le droit de parler comme le crime invoque le privilège de se taire* »[30]. Pourquoi se taire lorsque l'on a rien à se reprocher, tel est l'argument utilisé par les tenants du devoir de parler devant les acteurs chargés de découvrir la vérité judiciaire.

Néanmoins, en vertu du principe de la présomption d'innocence, ce n'est pas à la personne soupçonnée de prouver qu'elle n'a pas participé aux faits poursuivis. Alors que la « question préalable » était encore utilisée et que l'aveu était considéré comme la « reine des preuves », Jousse écrivait déjà que « *le silence de l'accusé ne le fait pas regarder comme coupable des faits sur lequel il est interrogé* », mais il nuançait ses propos en précisant que « *néanmoins ce silence peut former un indice contre lui dans le cas où il n'apporte aucune raison pour le justifier* »[31]. Le débat juridique qui s'est instauré autour du silence reprend son ambivalence philosophique. Il peut aussi bien relever d'un mutisme qui est souvent suspect et peut ainsi marginaliser son auteur, que symboliser la méditation, la réflexion voire le courage par la capacité de se taire dans les moments difficiles alors qu'il paraitrait plus simple de prendre la parole pour contredire.

A l'heure actuelle, le droit au silence, reconnu par la Cour européenne des droits de l'Homme comme corollaire de la présomption d'innocence[32], permet à l'accusé de refuser de parler, de répondre aux juges et aux enquêteurs sans encourir aucune sanction pénale et ce, pour « *tous les types d'infraction criminelle, de la plus simple à la plus complexe* »[33]. En d'autres termes, le droit au silence permet à l'accusé de refuser de se défendre s'il estime cette position conforme à ses intérêts[34].

Ce droit a été grandement popularisé par les séries policières américaines dans lesquelles aucune arrestation ne se déroule sans que les officiers de police n'informent le

---

[30] J. Bentham, *Traité des preuves judiciaires*, tome second ; Bruxelles, Hauman et C^e^, 3^ème^ édition, 1840.
[31] D. Jousse, *Nouveau commentaire de l'ordonnance criminelle de 1670*, titre XVIII, sous l'article VIII ; Paris, éd. Debure père, 1763, p. 385.
[32] CEDH 25 février 1993, Funke c/ France ; *Rev. sc. crim*. 1993 p. 581 obs. L-E Pettiti ; *D*. 1993 p. 457 note J. Pannier ; *D*. 1993, somm. p. 387, obs. J-F. Renucci.
[33] CEDH 17 décembre 1996, Saunders c/ Royaume Uni ; *JCP* 1997, I, n° 4000, obs. F. Sudre ; *Rev. sc. crim*. 1997, p. 478, obs. R. Koering-Joulin.
[34] Même si, dans d'autres matières, le droit pénal nous enseigne qu'il existe des silences « coupables » : voir par exemple l'art. 434-1 *C. pén*. qui puni de trois ans d'emprisonnement et 45000 euros d'amende la non-dénonciation de crime.

suspect qu'il a le droit de garder le silence[35], cette notification remontant à l'arrêt Miranda rendu par la Cour suprême des Etats-Unis en 1966[36].

En France, ce droit comporte des applications différentes selon le stade de la procédure et a été marqué par des évolutions législatives récentes et nombreuses.

Au stade de l'enquête de police, et jusqu'en 1993, les personnes avaient l'obligation de comparaître et de déposer[37]. La loi du 4 janvier 1993 [38] a supprimé l'obligation de déposer. Par la suite, la loi du 15 juin 2000 a prévu que toute personne gardée à vue devait se voir notifier son droit de ne pas répondre aux questions posées et de se taire[39]. La loi du 4 mars 2002 a par la suite précisé la nature de la notification du droit au silence de la personne gardée à vue et a ainsi prévu que « *la personne gardée à vue est également immédiatement informée qu'elle a le choix de faire des déclarations, de répondre aux questions qui lui sont posées ou de se taire* »[40]. La loi du 18 mars 2003[41] a cette fois purement et simplement supprimé la notification du droit au silence. Si cela ne signifie pas pour autant que le droit au silence ait disparu, sa notification formelle à la personne mise en cause n'est plus assurée[42].

Il faut désormais attendre le stade de l'instruction préparatoire pour obtenir la notification du droit au silence. Le juge d'instruction doit en effet, lorsqu'il procède à l'interrogatoire de première comparution, aviser la personne « *qu'elle a le choix soit de se taire, soit de faire des déclarations, soit d'être interrogée* »[43]. L'accord de la personne mise en examen pour être interrogée immédiatement doit être recueilli devant son avocat.

---

[35] « *you have the right to remain silent* » selon la formule consacrée outre-Atlantique.
[36] Cour suprême des Etats-Unis, Miranda v. Arizona (1966), 384 U.S. 436, 444, 478-479, cité par M. Ayat, *Le silence prend la parole. La percée du droit de se taire en droit international pénal*, *Rev. Pénit*. 2002, n° 4, p. 705.
[37] L'ancien art. 62 al. 2 *C.proc.pén*. était en effet rédigé ainsi: « *Les personnes convoquées par l'officier de police judiciaire sont tenues de comparaître et de déposer* ».
[38] Loi n°93-2 du 4 janvier 1993 portant réforme de la procédure pénale.
[39] Ancien art. 63-1 *C. proc. pén.* issu de la loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 sur la présomption d'innocence et le droit des victimes : l'intéressé est « *immédiatement informé qu'il a le droit de ne pas répondre aux questions des enquêteurs* ».
[40] Ancien art. 63-1 *C. proc. pén*. issu de la loi du 4 mars 2002.
[41] Loi 2003-239 du 18 mars 2003 sur la sécurité intérieure.
[42] Cette notification du droit au silence au cours de la phase de garde à vue pourraît réapparaître dans notre législation au regard de la décision du Cons. const. du 30 juillet 2010 (décision n°2010-14/22). En effet, parmi les griefs faits au régime de la garde à vue qui conduisent à une déclaration d'inconstitutionnalité des art. 62, 63, 63-1 et 77 du *C. proc. pén*., les juges constitutionnels relèvent qu' «au demeurant, la personne gardée à vue ne reçoit pas la notification de son droit de garder le silence » (considérant n° 28).
[43] Art. 116 al. 4 *C. proc. pén*.

Devant la juridiction de jugement enfin, la personne mise en cause a bien entendu le droit de se taire. Le caractère public fait des audiences l'endroit où l'accusé risque le moins d'être malmené ou contraint à parler. Néanmoins, le principe de l'intime conviction permet au juge d'interpréter le silence comme il l'entend. Le droit français s'éloigne alors d'autres législations qui consacrent de manière plus importante le droit au silence en interdisant aux juges d'en tirer quelque conclusion négative ou défavorable à l'accusé. Il en va ainsi de législations de tradition latino-germanique comme le droit portugais dont le Code de procédure pénale, dans son article 345-1, oblige le président du tribunal à informer l'accusé que s'il choisit de se taire son silence ne lui portera point préjudice. Ces dispositions sont également très développées dans les législations de tradition anglo-saxonne. Citons par exemple la législation américaine qui prévoit que le silence de l'accusé ne peut en aucun cas être interprété contre lui par les magistrats et qu'aucun commentaire défavorable ne devra être fait sur ce silence par le procureur et par le juge. L'accusé a de plus le droit de demander que les jurés soient avertis que son silence ne doit engendrer aucune présomption négative contre lui.

Le droit de se taire, même s'il ne fait l'objet d'une notification officielle que devant le juge d'instruction, vise les personnes mises en cause c'est-à-dire qui sont suspectées, placées en garde à vue, mises en examen, ou bénéficiant du statut de témoin assisté. En effet, lorsqu'il n'existe pas de raison plausible de penser qu'une personne a commis ou tenté de commettre une infraction, elle doit être entendue comme simple témoin et a l'obligation de déposer que ce soit dans le cadre de l'enquête de police ou de l'information judiciaire.

### 3. Le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination

Le mythique V^e^ amendement de la Constitution des Etats-Unis d'Amérique dispose que « *Nul ne pourra dans une affaire criminelle être contraint de témoigner contre lui-même*.»[44] Le Pacte des Nations Unies sur les droits civils et politiques du 19 décembre 1966 affirme également le droit pour un accusé de « *ne pas être forcé de témoigner contre lui-même ou de s'avouer coupable* »[45].

[44] Constitution du 17 décembre 1787, amendement issu du Bill of Rights entré en vigueur le 15 décembre 1791, in P. Pactet, *Textes de droit constitutionnel* ; Paris, LGDJ, 3ème édition, 1994, p. 309.
[45] Pacte de New-York, art. n° 14-3-9.

Le droit de ne pas participer à sa propre incrimination a été formellement consacré par la Cour européenne des droits de l'Homme dans son arrêt Funke contre France[46]. Dans cette affaire, M. Gustave Funke fait l'objet d'une enquête douanière pour infraction à la législation sur les relations financières avec l'étranger. Au cours de cette enquête, l'administration invite M. Funke à produire des relevés de comptes bancaires à l'étranger et le fait citer devant le tribunal de police qui le condamne à une amende ainsi qu'à la production des documents en cause sous astreinte. La Cour européenne relève alors que les douanes françaises ont provoqué la condamnation de M. Funke pour obtenir certaines pièces dont elles supposaient l'existence sans en avoir la certitude. Faute de pouvoir ou de vouloir se les procurer par un autre moyen, elles tentèrent de contraindre le requérant à fournir lui-même la preuve d'infractions qu'il aurait commises. La Cour relève que les particularités du droit douanier ne sauraient justifier une telle atteinte au droit pour tout accusé de ne point contribuer à sa propre incrimination et conclut à la violation de l'article 6§1 de la Convention pour absence de procès équitable.

La jurisprudence nationale a rapidement repris les conclusions de la Cour européenne des droits de l'Homme. Ainsi, dans une affaire opposant les services du ministère de l'Economie et des finances à la société Hyperallye, la direction de la répression des fraudes avait recueilli, au cours d'une enquête préalable, des déclarations de personnes ignorant la nature et l'objet de l'enquête diligentée. La Cour d'appel de Paris, dans un arrêt du 8 avril 1994[47], a sanctionné cette attitude « *compromettant irrémédiablement les droits de la défense* » comme étant contraire à l'article 14-3-9 du Pacte de New-York.

### §2. La présomption d'innocence, un droit plus protégé qu'effectif

Lorsque les révolutionnaires ont inscrit la présomption d'innocence dans la Déclaration des droits de l'Homme il s'agissait plus d'un principe général dans le fonctionnement de l'institution judiciaire que d'une protection à l'égard des tiers et des médias. Mais cette tendance s'est inversée. L'alphabétisation de la population et le développement des techniques de communication ont conduit à l'affirmation de la présomption d'innocence à l'égard des tiers dans un contexte général d'affaiblissement de ce

[46] CEDH 25 février 1993 Funke c. France, n°82/1991/334/407 ; V. Berger, *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme* ; Paris, Sirey, 11ème éd., 2009, n° 183, p. 495.
[47] CA Paris 8 avril 1994 ; *D.* 1995, jurisp. p. 607.

concept à l'égard de l'autorité judiciaire. Il apparaît dès lors que la présomption d'innocence constitue autant un droit substantiel à ne pas être présenté publiquement comme coupable, qu'un véritable droit processuel relatif à la détermination de la charge de la preuve[48]. La protection judiciaire du respect de la présomption d'innocence (A) ne doit donc pas masquer l'effectivité relative de ce concept (B).

### A. La protection judiciaire du respect de la présomption d'innocence

L'arsenal juridique français connaît un certain nombre de mécanismes permettant de prévenir, de sanctionner ou de réparer une atteinte à la présomption d'innocence[49].

S'agissant de la prévention, une lecture *a contrario* de l'article 9-1 alinéa 2 du *Code civil* interdit de présenter publiquement une personne comme étant coupable de faits faisant l'objet d'une enquête ou d'une instruction judiciaire et ce avant d'avoir été jugée et condamnée[50]. Dans ces circonstances, le juge peut, même en référé, prescrire toute mesure permettant de faire cesser une telle atteinte.

Outre l'énoncé du principe général, un justiciable pourra opposer son droit à la présomption d'innocence à l'autorité publique et plus précisément à son interlocuteur naturel qu'est le juge. En effet, le magistrat du siège amené à se prononcer sur des éléments de culpabilité ne doit à aucun moment faire preuve de « préjugé » pouvant mettre en cause son impartialité ou son objectivité. À ce titre, le Code de procédure pénale interdit, par exemple, au président de cour d'assises, de manifester son opinion sur la culpabilité de l'accusé[51]. Il a ainsi été décidé que la déclaration par le président de la cour d'assises, au cours d'un bref exposé avant l'interrogatoire, que, « *quel que soit le mobile, l'accusé a commis deux crimes odieux et abominables* », constitue, venant de l'un des juges appelés à se prononcer sur la culpabilité de l'accusé, la manifestation d'une opinion sur cette culpabilité, viciant les débats et violant les articles 266 et suivants, 310 et suivants du *Code d'instruction criminelle* (art.

---

[48] F. Fourment, préc., p. 38 ; C. Michalski, « La mise en cause d'autrui » ; *AJ pénal* 2007, p. 10 ; M.-L. Lanthiez, « Actualité doctrinale de la présomption d'innocence » *; Rev. pén. dr. pén*. 2007, p. 829.
[49] Ces objectifs ayant été réaffirmés dans l'art. préliminaire III du *C. proc. pén*.
[50] V. par ex. Cass. civ. 2ème 29 avril 1998 ; *Bull. civ. II*, n° 141 ; Cass. civ. 1ère 6 mars 1996 ; *Bull. civ I*, n° 123 ; Cass. civ. 2ème 4 décembre 1996 ; *Bull. civ. II,* n° 279.
[51] L'article 328 *C. proc. pén*. dispose que « *Le président interroge l'accusé et reçoit ses déclarations. Il a le devoir de ne pas manifester son opinion sur la culpabilité* ».

328 *C. proc. pén.*)[52]. Il a été jugé de même s'agissant de la question posée à un accusé qui dénie sa culpabilité : « *Ne pensez-vous pas que vous niez l'évidence et que vous avez une position insoutenable ?* »[53] Si le président a le devoir de ne pas manifester son opinion sur la culpabilité, les assesseurs et jurés n'ont eux pas même le droit de manifester une quelconque opinion.

Au-delà des magistrats de l'ordre judiciaire, cette interdiction de faire état d'une conviction, s'adresse naturellement à toute personne dont la fonction et l'autorité peuvent laisser présumer qu'elle détient des informations privilégiées ou qui peut représenter, aux yeux du plus grand nombre, une source digne de foi. Cela vise plus précisément les officiers, fonctionnaires et agents de la police judiciaire, les représentants de l'Etat, les membres du pouvoir exécutif et législatif pour lesquels tous propos tenant à une affaire judiciaire en cours doivent être dictés par la prudence et le strict respect de la présomption d'innocence[54].

Cette prohibition touche également de plein fouet la presse et les média qui peuvent donner un retentissement tout particulier et des conséquences dramatiques dans l'opinion publique à une atteinte à la présomption d'innocence.

De manière également préventive, afin d'éviter la propagation d'informations parcellaires ou inexactes qui pourraient porter atteinte à la présomption d'innocence, la personne faisant l'objet d'une instruction judiciaire peut demander au procureur de la République de « *rendre publics des éléments objectifs tirés de la procédure ne portant aucune appréciation sur le bien fondé des charges retenues* »[55].

---

[52] Cass. crim. 14 juin 1956 ; *Bull. crim*. n° 476 ; *D*. 1956 p. 733 note R. Vouin.

[53] Cass. crim. 14 juin 1989 ; *Bull. crim*. n°259 ; *D*. 1989, somm. p. 390, obs. J. Pradel ; *Rev. sc. crim*. 1990, p. 368, obs. A. Braunschweig ; V. également Cass. crim. 20 août 1997 ; *Bull. crim*. n° 288; *D*. 1998, somm. p. 177, obs. J. Pradel ; *Dr. pén*. 1997, comm. 148, obs. A. Maron.

[54] Voir en l'espèce la condamnation de la France dans l'affaire Allenet de Ribemont : CEDH, 10 février 1995, *Allenet de Ribemont c/ France*, Série A, n° 308. Dans cette espèce, à la suite de l'assassinat le 24 décembre 1976, du député Jean de Broglie, le ministre de l'intérieur de l'époque, Michel Poniatowski, ainsi que le directeur de la police judiciaire de la Préfecture de Police et le chef de la brigade criminelle avaient tenu une conférence de presse au cours de laquelle M. Allenet de Ribemont, suspect arrêté, avait été présenté comme l'un des instigateurs du crime. La Cour a conclu à la violation de l'article 6§2 de la Convention en considérant qu'il s'agissait « à l'évidence, d'une déclaration de culpabilité qui, d'une part, incitait le public à croire à celle-ci et, de l'autre, préjugeait de l'appréciation des faits par les juges compétents ».

[55] Art. 11 *C. proc. pén*.

La présomption d'innocence est également protégée de manière indirecte par l'existence du secret professionnel[56] et du secret de l'instruction[57]. En effet, la non-divulgation de la mise en cause d'un individu ou du contenu des éléments à charge d'un dossier d'instruction par les personnes qui ont à connaître de l'engagement d'une procédure judiciaire concourt à la préservation de sa présomption d'innocence. La conjonction du secret de l'instruction visant les magistrats, les personnels non magistrats qui interviennent durant l'instruction (comme les policiers ou gendarmes, les greffiers, interprètes, experts), du secret professionnel et du cadre légal de l'exercice de la profession d'avocat[58], ainsi que l'incrimination du fait pour une partie privée de divulguer des pièces du dossier d'instruction[59] devrait ainsi assurer l'effectivité de la présomption d'innocence à l'égard des tiers.

Si nous nous plaçons maintenant au stade de la sanction de l'atteinte à la présomption d'innocence, la loi du 29 juillet 1881 dispose que « *toute allégation ou imputation d'un fait qui porte atteinte à l'honneur ou à la considération de la personne ou du corps auquel le fait est imputé est une diffamation* »[60]. La jurisprudence a très rapidement défini les dénonciations ou révélations d'infractions pénales comme relevant de la diffamation[61], qui plus est lorsqu'il s'agit de l'imputation d'un crime ou d'un délit à une personne non encore condamnée, même si elle fait l'objet de poursuites.

Plus spécifiquement, les juridictions pénales peuvent sanctionner diverses infractions de nature à entrainer une atteinte à la présomption d'innocence. Il en va ainsi de la diffusion d'images faisant apparaître une personne identifiée ou identifiable, mise en cause à l'occasion d'une procédure pénale mais n'ayant pas fait l'objet d'un jugement de condamnation, portant des menottes, des entraves ou étant placée en détention. Cette diffusion constitue un délit

---

[56] Art. 226-13 *C. pén.* en vertu duquel lequel « *La révélation d'une information à caractère secret par une personne qui en est dépositaire soit par état ou par profession, soit en raison d'une fonction ou d'une mission temporaire, est puni d'un an d'emprisonnement et de 15000 euros d'amende* ».

[57] Art. 11 *C. proc. pén*.

[58] L'article 5 du décret du 12 juillet 2005 dispose à cet égard que « *l'avocat respecte le secret de l'enquête et de l'instruction en s'abstenant de communiquer, sauf à son client pour les besoins de la défense des renseignements extraits du dossier ou de publier des documents, pièces ou lettres intéressant une enquête ou une information en cours* ». L'alinéa 2 rappelle également que l'avocat « *ne peut transmettre de copies de pièces ou acte du dossier de la procédure à son client ou à des tiers que dans les conditions prévues à l'article 114 du Code de procédure pénale* ».

[59] L'art. 114-1 *C. proc. pén*. prévoit en effet que « le fait pour une partie à qui une reproduction des pièces ou actes d'une procédure d'instruction a été remise en application [de l'art. 114] de la diffuser auprès d'un tiers est punie de 3750 euros d'amende »

[60] Art. 29 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse.

[61] Cass. crim. 15 octobre 1985 ; *Bull. crim.* n° 314 ; *Rev. sc. crim*. 1986, p. 375.

passible d'une amende de 15000 euros[62]. Il s'agit ici d'éviter d'associer la personne mise en cause « présumée innocente » à des situations ou objets qui constituent dans l'inconscient collectif des signes extérieurs de culpabilité voire de dangerosité. Il est encore à souligner que le port des menottes par une personne non encore condamnée devrait demeurer exceptionnel et ne viser qu'un individu considéré soit comme dangereux pour autrui ou pour lui-même, soit comme susceptible de tenter de prendre la fuite[63]. Une amende identique est également encourue s'agissant de la publication d'un sondage d'opinion portant sur la culpabilité d'une personne ou sur la peine susceptible d'être prononcée contre elle[64].

L'existence de cette présomption d'innocence ne constitue pas nécessairement une « chape de plomb » rendant impossible toute communication sur le déroulement d'une enquête ou d'un procès. Au stade de l'instruction, le procureur de la République dispose depuis la loi du 15 juin 2000 renforçant la présomption d'innocence et le droit des victimes, de ce que l'on a appelé les « fenêtres d'information » prévues dorénavant à l'article 11 du Code de procédure pénale. Il peut, cette fois de sa propre initiative ou à la demande du juge d'instruction, rendre publics des éléments objectifs tirés de la procédure sans pour autant que les éléments ne comportent une appréciation sur le bien fondé des charges retenues contre les personnes mises en cause. Cette mesure a pour objet d' « *éviter la propagation d'informations parcellaires ou inexactes* » ou de « *mettre fin à un trouble à l'ordre public* ».

S'agissant du procès, il est permis de publier les actes d'accusation, tous les actes de procédure lus en audience publique[65] ainsi qu'un compte rendu fidèle et de bonne foi des débats judiciaires[66], en d'autres termes, en adoptant la réserve due au respect du principe de la présomption d'innocence.

La réparation quant à elle peut être de deux ordres, pécuniaire ou morale. L'atteinte à la présomption d'innocence peut faire l'objet d'une demande en dommages et intérêt devant le juge pénal ou directement par une instance civile sur le fondement des articles 9-1 du Code civil.

---

[62] Art. 35 ter de la loi du 29 juillet 1881 sur la presse modifié par l'art. 92 de la loi du 15 juin 2000.
[63] Art. 803 al.1 *C. proc. pén.*; V. également la circulaire du 4 décembre 2000 prise pour l'application de la loi du 15 juin 2000.
[64] Même article.
[65] Art. 38 al.1 de la loi du 29 juillet 1881 sur la presse.
[66] Art. 41 al.3 de la loi du 29 juillet 1881 sur la presse.

La réparation morale peut intervenir par l'existence d'un droit de réponse durant la procédure ou après l'intervention d'une décision définitive de non-lieu, de relaxe ou d'acquittement. La personne victime d'une atteinte à la présomption d'innocence peut alors demander la publication ou la diffusion d'une réponse et le directeur de la publication du journal ou de la chaîne de télévision qui fait valoir un refus s'expose à un recours judiciaire[67]. Elle peut intervenir également par la demande présentée en fin de procédure au juge d'instruction ou à la chambre de l'instruction, de publication, en intégralité ou en partie, de l'ordonnance ou de l'arrêt de non-lieu[68]. Mais l'ensemble de ces mécanismes qui tendent à prévenir et réparer une atteinte à la présomption d'innocence ne doivent pas masquer la relativité grandissante de ce principe.

### B. L'effectivité relative de la présomption d'innocence

Si la présomption d'innocence n'était pas affirmée aussi régulièrement et avec autant de véhémence[69], la réalité quotidienne nous conduirait à douter sérieusement de l'existence même de ce concept. Les atteintes à la présomption d'innocence sont en effet un quotidien judiciaire et médiatique (1), accentué par l'existence de véritables présomptions de culpabilité (2).

#### 1. Les atteintes à la présomption d'innocence, un quotidien judiciaire et médiatique

Sur le plan médiatique tout d'abord, les mesures d'interdiction et de sanction prévues par les textes, si elles ont le mérite d'exister, apparaissent de plus en plus anecdotiques. En effet, si la presse ne peut usurper la place du juge, la loi n'a pas pour finalité d'interdire tout compte rendu ou commentaire des affaires pénales en cours. L'exercice, pour être délicat, n'en est pas moins efficace. L'atteinte à la présomption d'innocence n'étant caractérisée que par l'imputation des faits à la personne mise en cause avant une condamnation, la simple relation des informations sur un mode conditionnel, par l'utilisation de périphrases neutres ou

[67] Art. 13 de la loi du 29 juillet 1881 sur la presse.
[68] Art. 177-1 *C. proc. pén.*
[69] Voir supra, p. 21 s.

de commentaires prudents ne laissant apparaître « *aucune appréciation d'ordre moral ou juridique désobligeante ou tendancieuse* »[70] et ne faisant aucune affirmation sur le sort judiciaire de la personne mise en cause, est autorisée. Ce type de reportage, sous couvert du respect de la présomption d'innocence, laisse néanmoins apparaître la personne mise en cause sous un jour défavorable qui peut légitimement être perçu comme attentatoire à sa moralité et à son honneur. Les termes utilisés pour désigner la personne mise en cause participent généralement à créer ce climat de « culpabilité ». On entend régulièrement parler de l' « assassin présumé », du « violeur présumé » plutôt que de parler d'un « suspect présumé innocent »[71]. Ce n'est plus l'innocence qui est présumée, mais la personne mise en cause qui est « présumé assassin » ou « présumé violeur ». Mais il est à souligner que l'utilisation de ces termes volontairement forts et de nature à confirmer une véritable présomption de culpabilité et non d'innocence n'est pas sanctionnée malgré un véritable détournement de la loi[72].

Dans le même sens, l'interdiction de présenter les images d'une personne mise en cause portant des menottes peut être contournée assez facilement. Outre la possibilité de recueillir l'accord de la personne mise en cause, on a pu voir fleurir les images de suspects cadrés au torse (ne laissant donc pas apparaître les poignets menottés), mais encadrés par deux fonctionnaires de police, dans un fourgon cellulaire ou un véhicule administratif lors d'une arrivée dans un service de police, en maison d'arrêt ou au palais de justice. Certains réalisateurs ont même opté pour une prise de vue complète en ayant le soin de masquer les poignets par un dispositif technique dit de « floutage », soulignant ainsi aux yeux du téléspectateur ou du lecteur, ce que la loi voulait cacher et que l'on devine sans peine.

Indépendamment des questions médiatiques, la présomption d'innocence apparaît également comme peu « probable » au stade judiciaire. Il apparaît en effet quotidiennement dans le fonctionnement de l'appareil judiciaire, que cette présomption d'innocence est marginalisée, la loi allant jusqu'à édicter de véritables présomptions de culpabilité.

Comment pouvons-nous affirmer qu'une personne est présumée innocente et dans le même temps la placer en garde à vue ou en détention, prononcer la mise en examen ou un

[70] Cass. civ. 2ème, 20 juin 2002 ; *JCP* 2003, II, n° 10101.
[71] F. Defferrard, *Le suspect dans le procès pénal* ; Paris, LGDJ, 2005, p. 49.
[72] Voir CA Aix en Provence, 26 mars 2002 ; Légipresse juin 2002, n° 192, I, p. 75.

contrôle judiciaire et tout cela avant d'avoir été jugée ? Comment en outre expliquer l'existence du cautionnement[73] en matière pénale ? Ce mécanisme autorise en effet le juge d'instruction ou le juge des libertés et de la détention à demander au mis en examen une somme d'argent ou des sûretés garantissant entre autre « *la réparation des dommages causés par l'infraction*[74] ». Ne s'agit-il pas d'un aveu flagrant qu'il y a eu commission d'une infraction, que cette infraction a causé un dommage et qu'elle a pour auteur la personne astreinte au paiement de ce dépôt de garantie ?

Ces différents constats que l'on peut faire dans les faits et à la lecture de la loi ne peuvent que nous faire douter de l'effectivité de la présomption d'innocence. Il paraît de prime abord difficile de dépasser la simple pétition de principe, ou intention naïve. Il ne suffit pas en effet au législateur de remplacer l' « inculpation » par la « mise en examen », sans en changer le contenu, ou bien encore changer une « chambre d'accusation » en « chambre de l'instruction » pour donner une preuve de l'existence de la présomption d'innocence.

La jurisprudence elle-même démontre la vulnérabilité de ce principe.

Le contentieux de la détention provisoire marque chaque jour des atteintes à la présomption d'innocence. Dans un arrêt de la Cour de cassation du 5 janvier 2005[75] une personne mise en examen pour infraction à la législation sur les stupéfiants s'était pourvu contre un arrêt de la chambre de l'instruction de la Cour d'appel de Rennes confirmant l'ordonnance du juge d'instruction rejetant sa demande de mise en liberté. Le demandeur invoquait une violation de la présomption d'innocence en ce que l'arrêt faisait part de l'existence d' « *indices de culpabilité* » pesant sur l'intéressé et allant jusqu'à parler de « *l'importance de son train de vie au regard de ses ressources officielles laissant présumer des ressources occultes* ». La Chambre criminelle de la Cour de cassation rejette le pourvoi jugeant que la chambre de l'instruction n'est pas sortie de son rôle et qu'elle a fait une exacte application des articles 137-3 et 143-1 et suivants du Code de procédure pénale[76]. Cet arrêt met en lumière une position récurente de la Cour de cassation qui persiste à utiliser et à valider l'utilisation du terme « culpabilité » qui va à l'encontre du principe affirmé de la présomption d'innocence. Cette relativité est encore marquée par l'existence de véritables présomptions de culpabilité.

---

[73] Le cautionnement est prévu aux art. 138, 142 s. , 706-45 *C. proc. pen*.
[74] Art. 142 -2° *C. proc. pén*.
[75] Cass. crim. 5 janvier 2005, req. n° 04-86036 ; inédit.
[76] Voir dans le même sens Cass. crim. 4 janvier 1990 ; *Bull. crim*. n° 5.

## 2. L'existence de véritables présomptions de culpabilité

Le droit de la preuve institue textuellement des présomptions cette fois de culpabilité ou de responsabilité qui auront pour vocation, dans des matières sensibles, où la preuve de la culpabilité est particulièrement difficile à rapporter, de faire primer l'intérêt général. Les nécessités de la répression vont alors conduire à un allégement du fardeau de la preuve qui pèse sur l'accusation. S'agissant d'une présomption de culpabilité ou de responsabilité, on va déduire d'un fait connu, un fait inconnu : la culpabilité ou la responsabilité de la personne mise en cause. Présumée coupable ou responsable, la personne poursuivie devra alors apporter les éléments de preuve contraires à sa culpabilité. S'agissant de ce mécanisme, on peut légitimement s'interroger sur les termes employés. En effet, on peut constater l'usage de différentes appellations telles que présomption de culpabilité ou bien encore présomption de responsabilité. La différence sémantique correspond-elle à une véritable différence entre notions ? La question peut légitimement se poser puisque seules les juridictions judiciaires françaises font la distinction. La Cour européenne des droits de l'Homme et le Conseil constitutionnel ne connaissent pas cette distinction et utilisent uniquement l'appellation de « présomptions de culpabilité », alors que la Cour de cassation va se référer à l'existence de « présomptions de culpabilité ou de responsabilité ». L'expression de présomption de responsabilité semble être plus restrictive et plus délicate à manier puisqu'elle vise plus particulièrement l'imputation du fait matériel punissable à la personne poursuivie. Les diverses analyses doctrinales n'opèrent généralement pas la distinction et utilisent plus largement le vocable de présomption de culpabilité qui s'applique de manière plus générale à l'existence des éléments matériel et moral de l'infraction. La responsabilité étant alors analysée dans le prolongement de l'élément matériel.

L'existence d'un tel mécanisme est ancestrale. Les droits primitifs ne connaissaient pas la présomption d'innocence et de véritables présomptions irréfragables de culpabilité étaient fondées sur la superstition et l'arbitraire divin[77]. Ainsi, l'ordalie ou jugement de Dieu visait à exposer la personne mise en cause à un grave danger afin de forcer la divinité à prendre parti pour la justice. Les plus célèbres dans l'aire indo-européenne, les plus frappantes peut-être, sont celles du feu et de l'eau. Si un fer rougi porté à un endroit du corps laissait une

[77] R. Garraud, *Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale* ; Paris, Sirey, 1907, p. 689.

brûlure, cela laissait présumer de la culpabilité de la personne poursuivie, de même que pour la personne jetée à l'eau pieds et poings liés et qui coulait. L'issue de l'épreuve liait le juge. Ainsi, il ne pouvait condamner l'accusé dont la peau ne laissait aucune marque au fer rouge ou celui qui surnageait. Le déclin des ordalies purement « religieuses » a par la suite laissé la place au combat judiciaire qui, lui aussi, se basait sur une présomption de culpabilité. Au cours de cette épreuve répandue, l'accusateur devait affronter dans un duel la personne qu'il accusait. Si l'accusé perdait ce combat, la présomption de culpabilité était alors tellement puissante qu'il était immédiatement conduit au gibet.

La divinité, quelle qu'elle soit, auteur de toute vérité, ne pouvait laisser prévaloir l'imposture. Ce qui a conduit à qualifier ces ordalies d' « expertises divino-légales ».

Aussi primitif que cela puisse sembler, la pratique de l'ordalie était universelle[78] dans une période que l'on pourrait qualifier de phase « religieuse » de la justice et qui se situerait entre la phase de la justice familiale ou interfamiliale et la phase de la justice « légale » dans laquelle la loi vient fixer à l'avance tous les moyens de preuves admissibles.

Notre droit connaît aujourd'hui encore des présomptions de culpabilité. Elles ne sont plus fondées comme autrefois sur une croyance religieuse mais sur les données de l'expérience, sur une appréciation de probabilité[79]. Nous allons, à l'aide de quelques exemples, montrer la variété et l'étendue de ce mécanisme en droit pénal. Pour ce faire, nous utiliserons la classification classique en deux catégories : les présomptions légales de culpabilité (a) et les présomptions de fait de culpabilité (b), bien qu'une troisième catégorie semble pouvoir trouver sa place.

### a. Les présomptions de droit ou présomptions légales de culpabilité

La présomption légale de culpabilité est celle qui est établie par une disposition expresse de la loi. Elle tend à considérer comme démontré l'élément matériel ou l'élément

---

[78] G. Glotz, *Etudes sociales et juridiques sur l'antiquité grecque* ; Paris, Hachette, 1906, p. 69 : « *De la France à la Polynésie, des régions scandinaves aux extrémités de l'Afrique, il n'est peut être pas de pays au monde où, pour faire reconnaître son innocence, on ne soit soumis à une épreuve mortelle. Epreuve de l'eau chaude ou de l'eau froide, épreuve du feu ou du poison, il n'importe… L'idée qui se manifeste dans cette procédure redoutable et sacrée est clairement visible dans un rite préliminaire. Au moment suprême, ceux qui demandent au ciel d'intervenir celui-là surtout dont le corps va être mis à l'épreuve, font une prière, appel direct et formel à la divine providence. Dans les sociétés où le sacerdoce appartient à une caste, c'est l'homme de dieu qui s'avance pour l'invocation solennelle… Dans les sociétés qui n'ont pas de caste sacerdotale, c'est le patient ou la patiente qui se sert d'une formule analogue* ».

[79] H. Donnedieu de Vabres, *Traité de droit criminel et de législation pénale comparée* ; Paris, Sirey, 3ème édition, 1947, n° 1267, p. 730.

intentionnel d'une infraction. L'accusation est certes obligée d'établir le fait qui sert de base à la présomption, mais quand ce fait sera établi, le juge devra en tirer la conséquence de droit sans aucune autre démarche intellectuelle.

Une telle présomption peut donc avoir pour objet de tenir pour avérée soit l'existence de l'élément matériel de l'infraction ou son imputation à la personne mise en cause, soit l'existence de l'élément intentionnel de l'infraction.

α. La présomption d'existence de l'élément matériel de l'infraction

Dans la physionomie traditionnelle du procès pénal, l'accusation doit prouver l'existence de l'élément matériel constitutif de l'infraction. Il s'agit des faits positifs (coups, détournements…) ou négatifs reprochés à la personne mise en cause.

M. le Professeur Philippe Merle, dans sa thèse sur les présomptions légales[80], soutient que les présomptions qui dispensent l'accusation d'établir l'élément matériel de l'infraction ne tiennent que peu de place en droit pénal. Cette affirmation se base sur l'étude de deux cas que sont la loi du 15 septembre 1948 instituant une présomption de coaction à l'égard de tout individu appartenant à une organisation déclarée criminelle par le Tribunal militaire international de Nuremberg, et l'article 278 de l'ancien Code pénal établissant une présomption de recel à l'encontre des mendiants ou vagabonds porteurs d'un ou plusieurs effets d'une valeur supérieure à un franc. Cette situation a évolué avec le temps. Même s'il faut toujours les analyser en tant qu'exceptions, et bien qu'elles soient à n'en pas douter moins étendues que les présomptions d'existence de l'élément intentionnel ou que les présomptions de fait, il nous semble que les présomptions légales d'existence de l'élément matériel de l'infraction sont particulièrement présentes dans notre droit. Nous nous contenterons d'en rappeler quelques unes dans différentes branches du droit pénal afin de démontrer l'étendue de ce mécanisme en droit répressif.

Nous pouvons citer par exemple le délit de proxénétisme. En effet, en vertu de l'article 225-6 3° du Code pénal[81], est assimilé au proxénétisme le fait de ne pouvoir justifier de ressources correspondant à son train de vie tout en vivant avec une personne se livrant

[80] P. Merle, *les présomptions légales en droit pénal* ; Thèse, préc., p. 104.
[81] Texte trouvant son origine dans une ordonnance du 25 novembre 1960, V. M. Sacotte, « L'ordonnance du 25 novembre 1960 et la lutte contre le proxénétisme » ; *JCP* 1960. I. 1591, n° 5.

habituellement à la prostitution ou tout en étant en relations habituelles avec une ou plusieurs personnes se livrant à la prostitution[82]. Dans le cas présent, l'accusation n'aura pas à rapporter la preuve pleine et entière de la culpabilité de la personne mise en cause sur la base du délit de proxénétisme, ce qui impliquerait de rapporter la preuve d'un réel partage des profits liés à l'activité de prostitution, preuve il est vrai extrêmement difficile à rapporter s'agissant de remises d'argent souvent clandestines sans pouvoir compter sur le témoignage de victimes complices ou terrorisées. Or, dans le cas de la présomption édictée à l'article 225-6 3°, il suffira d'établir que le train de vie de la personne mise en cause est supérieur à ses ressources et qu'elle vit avec une personne qui se livre habituellement à la prostitution[83] ou, plus largement, qui entretient des relations habituelles avec des personnes se livrant à la prostitution[84]. L'absence de revenus « avouables » fera alors présumer que la personne mise en cause vit du partage des recettes de la prostitution d'autrui[85], ce qui correspond bien à la matérialité du délit de proxénétisme.

Ce mécanisme entraîne par conséquent un renversement partiel de la charge de la preuve. La loi va en effet présumer que ces ressources proviennent de la prostitution et ce sera à la personne mise en cause de rapporter la preuve contraire en justifiant l'origine légale de l'ensemble des ressources correspondant à son train de vie. Preuve d'autant plus difficile à rapporter que l'article 225-6 2° du Code pénal érige en délit le fait de faciliter à un proxénète la justification de ressources fictives[86]. Il s'agit donc bien pour la personne mise en cause de démontrer qu'elle n'est pas coupable et de renverser la présomption de charge qui pèse sur elle[87].

Le Code pénal édicte également une présomption de recel à l'encontre des personnes qui, alors qu'elles ont autorité sur des mineurs se livrant habituellement à des crimes ou délits contre les biens d'autrui, ne peuvent justifier de ressources correspondant à leur train de vie[88]

---

[82] M. Véron, *Droit pénal spécial* ; Paris, Sirey, 12ème édition, 2008, n° 209 s.; M. Sacotte, « L'ordonnance du 25 novembre 1960 et la lutte contre le proxénétisme » ; préc.

[83] Notons que la jurisprudence n'assimile pas uniquement la vie commune au mariage, mais retient aussi la simple cohabitation comme élément constitutif du délit prévu à l'article 225-6 3° *C. pén*.: Cass. crim. 20 avril 1961 ; *Bull. crim*. n° 218 ; Cass. crim. 8 novembre 1968 ; *Bull. crim*. n° 253.

[84] Prenons pour exemple le fait de conduire en voiture sa maîtresse sur les lieux de son activité : Cass. crim. 1er avril 1992 ; *Dr. Pénal* 1992, comm. 277.

[85] J-P. Delmas-Saint-Hilaire, *Rev. sc. crim*. 1989, p. 101.

[86] L'ordonnance du 25 Novembre 1960 reprise par l'ancien art. 335-5 *C. pén.* visait plus précisément la fourniture de d'attestations ou de certificats mensongers ainsi que toute manœuvre susceptible d'occulter l'origine impure des ressources du suspect.

[87] Notons que cette présomption existe également en droit anglais. En effet, l'article 30 du *Sexual Offence Act* de 1956 met en place le même mécanisme.

[88] Article 321-6 *C. pén.*

ou bien encore à l'encontre des personnes qui, alors qu'elles sont en relations habituelles avec un ou plusieurs auteurs de trafic de stupéfiants, ne sont pas en mesure de justifier de ressources correspondant à leur train de vie[89]. Nous constatons que le mécanisme est ici le même que celui édicté en matière de proxénétisme[90].

Des matières sensibles comme le droit fiscal ou le droit douanier sont aussi propices aux présomptions légales. La justification avancée pour la mise en place de présomptions légales dans ces matières est toujours la même, il s'agit d'infractions présentant un aspect technique rendant difficile leur constatation ou bien encore d'infractions pour lesquelles il est difficile de compter sur des témoignages parce qu'elles ne choquent pas profondément le sentiment populaire.

Le droit douanier semble bien revêtir ces caractéristiques et fait pour cela l'objet d'un régime dérogatoire dans bien des domaines (procédures utilisées, pouvoir étendu des agents des douanes, force probante renforcée des procès-verbaux…). Faisant à nouveau exception aux règles générales de procédure, le droit pénal douanier va être un domaine de prédilection pour l'institution de présomptions légales de culpabilité.

L'article 418 du Code des douanes présume que les marchandises prohibées[91] saisies dans le rayon douanier, sans titre de circulation valable, ont été introduites frauduleusement en France. Il s'agira dans ce cas d'une présomption d'existence de l'élément matériel de l'infraction douanière. En l'espèce, le simple détenteur, dans le rayon douanier, de l'une des marchandises prohibées de l'article 418 du Code des douanes, sera présumé l'avoir introduit en contrebande. Par le jeu du mécanisme des présomptions, c'est la personne mise en cause qui devra justifier de l'origine régulière des marchandises au regard du droit douanier[92]. L'existence de ces présomptions légales de contrebande se justifie, comme pour les autres, par les nécessités d'une répression souvent délicate en raison du caractère fugace du

[89] Article 222-39-1 *C. pén* issu de la loi n°96-392 du 13 mai 1996.
[90] Certaines législations étrangères vont plus loin dans l'utilisation de ces présomptions, prenons pour exemple l'article 529 du Code pénal marocain selon lequel « *quiconque ayant été précédemment condamné pour un crime ou un délit contre la propriété est trouvé en possession de numéraires, valeurs ou objets non en rapport avec sa condition et ne peut justifier de leur légitime provenance, est puni de …* »[90]. Dans le cadre de cet article, le passé judiciaire va servir de base à une présomption de culpabilité.
[91] En application de l'article 418 *C. douanes,* les marchandises faisant l'objet de cette mesure sont spécialement désignées par des arrêtés du ministre du Budget.
[92] La preuve contraire à cette présomption pourra résulter soit de quittances attestant que ces marchandises ont été régulièrement importées, soit de factures d'achat, bordereaux de fabrication ou tout autre justification d'origine émanant de personnes ou sociétés régulièrement établies à l'intérieur du territoire douanier.

franchissement de la frontière et par le fait que de nombreux agissements frauduleux demeurent impunis, faute d'avoir été découverts à temps[93].

Un dernier exemple sera tiré du droit pénal économique. L'article 10-1 de l'ordonnance du 28 septembre 1967[94] dispose que dans le cadre d'opérations de bourse réalisées par une personne morale disposant d'informations privilégiées, les dirigeants seront présumés responsables des infractions commises. Une fois de plus, la loi va édicter une présomption de responsabilité à l'encontre de personnes dont on devrait raisonnablement supposer qu'elles ont participé à la matérialité de l'infraction.

Ces quelques exemples pris dans diverses branches du droit pénal démontrent que les présomptions légales d'existence de l'élément matériel de l'infraction sont une réalité dans notre législation. Il conviendra maintenant d'aborder les présomptions d'existence de l'élément intentionnel, domaine de prédilection des présomptions de culpabilité.

β. La présomption d'existence de l'élément moral de l'infraction

L'article 121-3 du Code pénal pose en principe qu' « *il n'y a point de crime ou de délit sans intention de le commettre* ». Ce texte fait de l'intention coupable un élément constitutif du crime ou du délit qui, tout comme l'élément matériel, devra être prouvé par l'accusation pour emporter la culpabilité de la personne mise en cause.

La matière douanière, que nous avons évoquée plus haut, est également un lieu de démonstration pour les présomptions d'existence de l'élément intentionnel des infractions.

Bien souvent, cet élément intentionnel nécessaire à toute répression, sera présumé à partir des éléments matériels de l'infraction. Alors qu'en droit commun il revient au ministère public d'établir l'existence d'une intention coupable, il appartiendra alors à la personne mise en cause de démontrer sa bonne foi ou de démontrer l'existence d'une cause de justification.

Ainsi, le Code des douanes[95] pose-t-il une présomption d'intérêt à la fraude à l'encontre de certaines personnes énumérées.

S'agissant de présomptions d'existence de l'élément intentionnel, nous pouvons encore citer pour exemple l'article 35 *bis* de la loi du 29 juillet 1881 sur la presse qui répute

[93] J-M Gonnard, « Douanes, infractions et sanctions » ; *J-Cl Lois Pénales annexes*, Fasc. 20, n° 104.
[94] Repris à l'art. L.465-1 *C. monétaire et financier*.
[95] Art. 399 et 400 du *Code des douanes*.

être faite de mauvaise foi toute reproduction d'une imputation qui a été jugée diffamatoire[96]. En l'espèce le simple fait qu'une imputation ait déjà été jugée diffamatoire va entraîner une présomption de mauvaise foi à l'encontre de la personne qui va la reproduire. Ce même article 35 *bis* de la loi sur la presse de 1881 laisse tout de même la possibilité à l'auteur de la reproduction d'une imputation jugée diffamatoire de rapporter la preuve contraire à cette présomption de mauvaise foi.

Le droit européen n'est pas en reste dans ce domaine. La Convention n°141 du Conseil de l'Europe de 1991 sur le blanchiment de fonds d'origine délictueuse dispose que l'élément intentionnel de cette infraction, à savoir la connaissance par le prévenu de cette origine, « *peut être déduit de circonstances factuelles objectives* ».

Au-delà des présomptions de culpabilité introduites par la loi, certaines peuvent naître directement dans l'esprit du juge et avoir une incidence toute aussi importante.

### b. Les présomptions de l'homme ou présomptions de fait de culpabilité

Contrairement à la présomption légale qui trouve sa source dans un texte, la présomption de fait ou de l'homme est « *la présomption que le juge induit librement d'un fait pour former sa conviction, sans y être obligé par la loi* »[97].

Ce raisonnement inductif[98] prend naissance dès la phase policière de l'enquête pour ensuite être appliqué par le magistrat.

Notre système moderne de preuve en matière pénale, basé sur le principe de l'intime conviction du juge, induit nécessairement le travail intellectuel opéré par le magistrat, un travail de raisonnement à partir des différents éléments du débat. Comme le rappelle M. le Professeur Philippe Merle[99], l'appellation même de présomption de l'homme est révélatrice du travail de raisonnement qui se trouve à la base de toute preuve par indices.

Tout comme les présomptions de droit, les présomptions de fait tendent à considérer comme démontrés des éléments qui, en réalité, sont inconnus du magistrat, et ce, dans le but de contourner la charge d'une preuve quasi impossible.

---

[96] Cass. crim. 21 juillet 1953 ; *Bull. crim*. n° 254.
[97] G. Cornu, *Vocabulaire juridique* ; Paris, PUF, 8ème édition, 2007, p. 666.
[98] S. Guinchard et J. Buisson, *Procédure pénale* ; Paris, Litec, 5ème éd., 2009, n° 517 s.
[99] P. Merle, *les présomptions légales en droit pénal*, préc., p. 11.

Il semble évident qu'un tel mécanisme devra reposer sur des faits constatés, des indices objectifs. Ainsi en est-il de l'intention homicide, dol spécial, qui peut être présumée à partir de certains éléments objectivement constatés[100] tels que le type d'arme utilisé, la direction et la précision du tir, la région vitale du corps atteinte, le nombre de coups portés[101].

Le domaine de prédilection de ces présomptions de fait réside dans l'élément intentionnel des infractions qui, par essence, doit le plus souvent être déduit des faits constatés et nécessite par conséquent un travail intellectuel de la part du magistrat. Prenons l'exemple de l'élément intentionnel du délit de recel[102] qui consiste dans la connaissance de l'origine frauduleuse des objets recelés[103]. Par l'institution d'une véritable présomption de fait, les magistrats vont se baser sur un faisceau d'indices tels que la profession exercée par le prévenu, le lieu de la transaction, le prix payé par rapport à celui du marché, pour en déduire cette connaissance de l'origine frauduleuse des objets du recel. S'agissant de professionnels, la jurisprudence va même plus loin en démontrant l'existence de l'élément intentionnel par le simple fait que le prévenu n'a pas pu, ou n'aurait pas dû, ignorer l'origine frauduleuse des objets au moment même de leur acquisition[104].

Nous avons cité plus haut une présomption légale instituée en droit de la presse. En cette matière, une jurisprudence constante a consacré une présomption de fait d'existence de l'élément intentionnel du délit de diffamation (article 29 de la loi du 29 juillet 1881 sur la presse). Ainsi, « *les imputations diffamatoires sont réputées de droit* [*sic*] *faites avec l'intention de nuire* »[105]. II en résulte que les imputations diffamatoires impliquent nécessairement l'intention coupable de leur auteur[106]. Il ne sera donc pas nécessaire que l'accusation rapporte la mauvaise foi du prévenu, et qui plus est, l'arrêt de condamnation n'aura pas à constater cette mauvaise foi du moment que le caractère diffamatoire des imputations est établi[107].

---

[100] J. Buisson, « Les présomptions de culpabilité » ; *Procédures* 1999, chr. n° 15.
[101] Cass. crim. 22 mai 1989 : *Dr. pén*. 1989, comm. n° 56. En l'espèce, l'intention homicide a été présumée à partir du fait que l'accusé avait effectué un tir groupé de plusieurs coups de carabine à hauteur du pare-brise du véhicule dans lequel se trouvait la victime. V. également Cass. crim. 5 février 1957 ; *Bull. crim*. n° 110.
[102] Article 321-1 C. pén.
[103] Cass. crim. 30 octobre 1978 ; *Bull. crim*. n° 291 ; V. également Cass. crim. 7 novembre 1990 ; *Dr. Pén*. 1991, comm. n° 77.
[104] Cass. crim 5 mai 1993 ; *Dr. pén*. 1986, comm. n° 256 ; *Rev. sc. crim*. 1994, p. 340 obs. P. Bouzat.
[105] Cass. crim. 24 juin 1920 ; *DP* 1920, 1, 48 ; Cass. crim. 19 novembre 1985 ; *Bull. crim*. n° 363, *Rev. sc. crim*. 1986, p. 612 obs. Levasseur.
[106] Cass. crim. 29 novembre 1994; *Bull. crim*. n° 382; *Rev. sc. crim* 1995, p. 571 obs. B. Bouloc.
[107] Cass. crim. 23 décembre 1968 ; *Bull. crim*. n°356 ; Cass. crim. 24 janvier 1973 ; *Bull. crim*. n° 41.

Le juge pourra fonder sa décision sur de telles présomptions pourvu qu'il les tire d'éléments produits au débat et contradictoirement discutés[108]. Les déclarations d'un co-prévenu peuvent ainsi constituer une base à des présomptions de fait, tout comme des pièces à conviction régulièrement produites au débat ou tout autre fait.

Alors que la présomption légale s'impose au magistrat, la présomption de fait s'analyse comme un moyen de preuve souverainement apprécié par le juge, au même titre que les résultats d'une enquête ou d'une expertise. Néanmoins, certaines présomptions de l'homme, de par leur répétition, peuvent « *devenir assez fortes pour faire la même foi que les présomptions de droit* »[109], réduisant voire supprimant ainsi la marge d'appréciation du magistrat. Les deux derniers exemples cités concernant le recel de choses et le droit de la presse sont particulièrement révélateurs à ce sujet. En effet, ces présomptions ne sont pas inscrites dans les termes de la loi, il ne s'agit donc pas de présomptions légales de culpabilité. Mais leurs effets se rapprochent plus de ceux d'une présomption de droit que de ceux d'une présomption de l'homme qui laisserait au magistrat tout son pouvoir d'appréciation. Nous reprendrons l'exemple tiré du droit de la presse, une fois établis les propos injurieux ou diffamatoires, ils seront présumés avoir été tenus avec intention, sauf pour la personne mise en cause à rapporter des faits justificatifs de nature à faire admettre sa bonne foi[110].

Il semblerait donc que la distinction traditionnelle entre présomptions de droit et présomptions de fait ne soit pas aussi satisfaisante et nous pousse à envisager un échelon intermédiaire dans lequel les présomptions ont été qualifiées par un auteur de « *quasi-légales* »[111] parce que, non écrites dans la loi, elles ont cependant force de loi.

Si notre droit connaît à n'en pas douter des mécanismes de renversement de la charge de la preuve qui font peser les diligences probatoires sur la personne mise en cause, cela ne veut pas dire pour autant que ce système soit plus défavorable que celui dans lequel la personne mise en cause doit accorder une confiance absolue au système judiciaire pour démontrer son innocence. L'existence d'un droit à la preuve contraire, par le fait que les présomptions de responsabilité ne peuvent être irréfragable, constitue, *in fine*, le dernier

[108] Article 427 al. 2 CPP.
[109] R.-J. Pothier, *Traité des obligations*, n° 839, rep. par Ph. Merle, préc., p. 11 et par P. Mimin, « Les présomptions quasi-légales » ; *JCP* 1946, doctr. n° 578.
[110] V. notamment Cass. crim. 7 novembre 1989 ; *Bull. crim*. n° 403 ; Cass. crim. 3 juillet 1996 ; *Bull. crim*. n° 283 (arrêt n°2) ; *Rev. sc. crim*. 1997, p. 372 obs. B. Bouloc.
[111] P. Mimin, « Les présomptions quasi-légales », préc.

rempart de la personne présumée innocente qui doit disposer de toutes les possibilités pour prouver sa bonne foi et son innocence. Le concept de droit à la preuve contraire, s'il semble compatible avec notre philosophie procédurale, ne peut trouver son fondement dans la présomption d'innocence, principe qu'il convient de dépasser.

## Section 2 : Le dépassement du principe de la présomption d'innocence dans la recherche d'un fondement au droit à la preuve contraire

La recherche de la vérité, essence même du procès pénal, induit nécessairement de concilier les droits fondamentaux de la personne humaine avec une recherche d'efficacité des autorités d'enquête et de poursuite dans la mise en cause des auteurs d'infraction à la loi pénale et qui mettent par là-même en cause l'équilibre de la vie en société. L'objet de la procédure pénale sera alors de permettre la conciliation des principes protecteurs de l'individu avec une recherche active de moyens de preuves de faits juridiques. Il s'agit d'un point essentiel de différentiation entre la présomption d'innocence et le droit à la preuve contraire. Cette recherche d'un équilibre entre valeurs fondamentales marque les limites de la présomption d'innocence (§1) alors que le droit à la preuve contraire en constitue la clé de voute (§2).

### §1. L'équilibre entre la liberté individuelle et l'intérêt général, ou les limites de la présomption d'innocence

Vouloir faire de la présomption d'innocence un principe absolu qui place la personne mise en cause dans une position d'attente était voué à l'avance à un constat d'échec dicté par une absence de réalisme et, une fois n'est pas coutume, à un déséquilibre important créé au détriment de la partie poursuivante. Il nous appartiendra alors de montrer comment la présomption d'innocence, « une horreur qu'il faut absolument préserver » (B), peut encore trouver une réalité face à la confrontation de principes généraux qui peuvent sembler incompatibles au premier abord (A).

### A. L'apparente incompatibilité entre la préservation de la liberté individuelle et la recherche de l'efficacité de la répression

La recherche de la vérité, la préservation de la sécurité publique et la conservation des preuves et moyens d'enquête impliquent l'utilisation de mesures coercitives. Comment pourrions nous justifier de renoncer à poursuivre des coupables potentiels pour préserver le sacro-saint principe de la présomption d'innocence ?

Cette question pose le problème du fragile équilibre entre le respect du droit à la sûreté et les garanties du droit à la sécurité, en d'autres termes, entre le droit de la société à se protéger et le droit du citoyen à se défendre lorsqu'il est mis en cause.

La Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen place la sûreté parmi les droits naturels et imprescriptibles de l'Homme, au même titre que la liberté, la propriété et la résistance à l'oppression. Le droit à la sûreté est traditionnellement présenté comme le droit à la protection de la liberté individuelle et s'érige en garantie contre l'arbitraire. Inspiré de *l'Habeas corpus* britanique, le principe imprescriptible de sûreté implique celui de « *ne pas être accusé et détenu que dans les cas déterminés par la loi et selon les formes qu'elle a prescrites*[112] ». Il ne s'agit donc en aucun cas du principe garantissant la sécurité des biens et des personnes. Ce dernier n'a été formalisé et érigé en droit fondamental que par une récente loi du 21 janvier 1995[113] reprise par la loi sur la sécurité intérieure du 18 mars 2003 définissant la sécurité comme « *un droit fondamental et l'une des conditions de l'exercice des libertés individuelles et collectives* »[114].

Le Conseil constitutionnel rappelle périodiquement la difficile confrontation de ces deux principes fondamentaux qui constituent tous les deux l'ossature de la procédure pénale : « *Considérant que la conciliation doit être opérée entre l'exercice des libertés constitutionnellement reconnues et les besoins de la recherche des auteurs d'infractions et de la prévention d'atteintes à l'ordre public notamment à la sécurité des personnes et des biens, nécessaires, l'une et l'autre, à la sauvegarde de droits à valeur constitutionnelle* »[115].

---

[112] Art.7 DDHC du 26 août 1789.
[113] Loi n°95-73 du 21 janvier 1995.
[114] Art.1 de la loi du 18 mars 2003 dite « loi pour la sécurité intérieure ».
[115] C. constit. 19-20 janvier 1981, décision n°80-127 DC. ; V. également décision 96-377 DC du 16 juillet 1996 : « *La recherche des auteurs d'infraction est nécessaire à la sauvegarde de principes et droits de valeur constitutionnelle ; il appartient au législateur d'assurer la conciliation entre cet objectif de valeur*

Comme le souligne la jurisprudence constitutionnelle, l'objet même de la procédure pénale va être de « *concilier l'inconciliable : sécurité et liberté* »[116], réaliser l'équilibre « *entre deux intérêts également puissants, également sacrés, qui veulent à la fois être protégés, l'intérêt général de la société qui veut la juste et prompte répression des délits, l'intérêt des accusés qui est lui aussi un intérêt social et qui exige une complète garantie des droits de la collectivité et de la défense* »[117].

Il appartient dès lors au législateur de trouver un compromis entre ces deux valeurs fondamentales, compromis déjà évoqué par Montesquieu : « *L'esprit de modération doit être celui du législateur ; le bien politique, comme le bien moral, se trouve toujours entre deux limites. Les formalités de la justice sont nécessaires à la liberté. Mais le nombre pourrait en être si grand qu'il choquerait le but et les lois mêmes qui les auraient établies* »[118]. Dans cette recherche d'un compromis, Beccaria propose également *« la mesure, opportune pour défendre et la sûreté des individus et leur liberté car il est trop facile de favoriser l'une aux dépens de l'autre* »[119].

Dans cette œuvre nécessaire de conciliation d'intérêts également importants, l'erreur serait de conclure trop rapidement à la désuétude de principes fondamentaux qui semblent donner de manière absolue la prééminence à l'intérêt de la personne mise en cause contre l'intérêt de la société. La nécessaire et logique recherche de la condamnation des auteurs d'infractions à la loi pénale ne doit pas conduire à l'anéantissement de tout concept lié à la défense de l'individu. La solution réside alors certainement dans une atténuation du caractère prétendument absolu des concepts de protection de la personne poursuivie pour les rendre conciliable avec les intérêts de la société. Loin de placer au rang des principes déchus le respect de la présomption d'innocence, il faut en préserver la philosophie générale et les objectifs poursuivis afin de maintenir un équilibre dans la défense d'intérêts qui peuvent diverger.

---

*constitutionnelle et l'exercice des libertés publiques constitutionnellement garanties, au nombre desquelles figurent la liberté individuelle et notamment l'inviolabilité du domicile* » ; *D*. 1997 p. 69, note B. Mercuzot ; *JCP* 1996, II, 22709, note N. Van Tuong.

[116] S. Guinchard, J. Buisson, *Procédure pénale*, préc. , n° 3.

[117] F. Hélie, *Traité de l'instruction criminelle*, t.1, préc., p. 4.

[118] Montesquieu, *De l'esprit des lois*.

[119] C. Beccaria, *Des délits et des peines* ; Paris, Flammarion, 1994, p. 142.

### B. La présomption d'innocence, « une horreur qu'il faut absolument préserver »[120]

Plus qu'une réalité factuelle, le principe de présomption d'innocence imprègne notre procédure pénale en imposant à tous les stades de la procédure le doute nécessaire afin d'arriver à un degré de certitude permettant d'éviter les erreurs judiciaires.

La présomption d'innocence doit être ce contre-pouvoir nécessaire face à la volonté répressive de tout l'appareil judiciaire. Plus qu'une garantie absolue, ce principe doit être regardé comme un idéal à rechercher et la nécessaire garantie d'un minimum de droits fondamentaux pour les personnes mises en cause. Revenir sur l'existence ou l'affirmation de ce principe rejaillirait sur la philosophie de notre système juridique en retirant le garde-fou permettant de conserver une éthique générale. La difficulté va être dès lors de justifier les atteintes quotidiennes qui sont portées à ce principe fondamental. L'émergence et l'affirmation d'un droit à la preuve contraire peuvent alors contribuer à renforcer le principe de la présomption d'innocence.

La justification de ce que l'on a qualifié d'atteintes à ce principe doit être recherchée au-delà de la simple affirmation que la présomption d'innocence n'est qu'une présomption simple permettant aisément d'en renverser le mécanisme. Sa persistance doit pouvoir être confirmée par la nécessité d'apporter à la personne mise en cause une écoute particulière et la possibilité, parce qu'elle est présumée innocente, d'utiliser tout moyen pour prouver son innocence et ce, en tout état de cause.

L'existence d'un droit à la preuve contraire pourrait dès lors s'analyser comme l'aboutissement de la présomption d'innocence, une sorte de point d'équilibre entre les nécessités de la répression et la légitime prévention contre l'erreur judiciaire.

## §2. Le droit à la preuve contraire, clef de voûte de cet équilibre

Le droit de la preuve est au confluent de deux logiques antagonistes : celle des droits de l'individu (respect de la présomption d'innocence, de la vie privée et de l'intégrité physique, loyauté dans la recherche des preuves) et celle des droits de la société (intérêt

[120] Expression utilisée par J.-R. Farthouat, ancien Bâtonnier de l'ordre des avocats à la cour d'appel de Paris, « La présomption d'innocence», in : *La justice pénale* ; *Justices*, avril-juin 1998, n° 10, p. 53.

général, efficacité de la répression)[121]. Dans des matières sensibles où la preuve de la culpabilité est particulièrement difficile à rapporter, l'intérêt général, les nécessités de la répression ont conduit à un allégement du fardeau de la preuve qui pèse sur l'accusation en édictant de véritables présomptions de culpabilité. Néanmoins, cette relativité de la présomption d'innocence doit trouver ses limites dans la nécessité de préserver un droit à prouver sa non-culpabilité, sorte de dernier rempart de la présomption d'innocence. La jurisprudence, en particulier européenne, est en effet venue valider cette exception que constituent les présomptions de culpabilité, mais uniquement sous certaines conditions restrictives dont le droit à la preuve contraire semble faire partie. Cette construction jurisprudentielle nous semble à cet égard avoir pleinement participé à l'émergence d'un véritable droit à la preuve contraire de part l'influence qu'elle a eue sur le législateur. Nous nous attacherons à démonter que l'affirmation du droit à la preuve contraire est justifiée par la relativité du principe de la présomption d'innocence (A) et, en allant plus loin, que le droit à la preuve contraire constitue le gage moral, éthique, de notre arsenal juridique (B).

### A. L'affirmation du droit à la preuve contraire justifiée par la relativité de la présomption d'innocence

Sous l'impulsion des instances du Conseil de l'Europe, les juridictions ont pris en compte la relativité de la présomption d'innocence et ont admis par voie de conséquence la validité du mécanisme induit par les présomptions de culpabilité. Cette exception doit néanmoins être strictement encadrée, ne concerner que les matières sensibles pour lesquelles la tâche de l'accusation est rendue difficile et en tout état de cause, elle doit ménager la possibilité pour la personne mise en cause de rapporter les éléments de preuve contredisant la présomption de culpabilité.

Les premiers éléments allant dans ce sens ont été apportés par la Commission européenne des droits de l'Homme concernant la législation anglaise sur le proxénétisme qui, rappelons-le, connaît une présomption de culpabilité en tous points analogue à celle posée à l'article 225-6 3° du Code pénal. Ainsi, dans sa décision X. contre Royaume-Uni du 19 juillet 1972[122], la Commission a estimé que l'existence d'une telle présomption de culpabilité était

[121] V. infra p. 49 s.
[122] Affaire X c/ Royaume-Uni, n° 5124/71.

admissible et non contraire à l'article 6§2 de la Convention européenne des droits de l'Homme. L'argumentation de la Commission à cet égard est particulièrement intéressante. En effet, l'instance européenne va tout d'abord justifier de l'utilisation de telles présomptions en jugeant qu'elles ne sont « *pas déraisonnables* » eu égard à l'extrême difficulté d'établir une preuve directe de l'intéressement à la prostitution d'autrui, pour ensuite exiger, pour les valider, qu'elles ne soient « *pas irréfragables* ». Ce dernier terme induisant nécessairement que le prévenu soit mis en mesure de rapporter la preuve contraire à la présomption de culpabilité, preuve facile à faire si les revenus ont une origine licite (bulletins de paye, attestations de revenus mobiliers ou immobiliers…).

La Cour de Strasbourg a, par la suite, été amenée à se prononcer sur la compatibilité de la législation française instituant des présomptions de culpabilité à l'article 6§2 de la Convention. L'affaire Salabiaku contre France du 7 octobre 1988[123] touchait au droit pénal douanier français, et plus précisément à l'article 392 du Code des douanes qui dispose que « *le détenteur de marchandises de fraude est réputé responsable de la fraude* ». Ainsi, la simple démonstration de l'élément matériel de l'infraction (détention de marchandises) va entraîner, par le mécanisme de la présomption, démonstration de l'élément intentionnel du délit douanier, c'est-à-dire de la fraude. Il s'agit à n'en pas douter d'un allégement important du fardeau de la preuve qui pèse sur la partie poursuivante. Selon la Cour européenne, les présomptions figurant dans les lois répressives ne sont pas en soi incompatibles avec la présomption d'innocence si elles sont enserrées « *dans des limites raisonnables prenant en compte la gravité de l'enjeu et en préservant les droits de la défense* »[124], ainsi, « *l'application de ce mécanisme ne porte pas atteinte à la présomption d'innocence lorsque les juges du fond ont su se garder de tout recours automatique à la présomption et qu'ils ont exercé leur pouvoir d'appréciation au vu des éléments de preuve contradictoirement débattus devant eux* »[125].

La théorie conventionnelle des présomptions de culpabilité s'affirmant, la Cour de cassation n'a pas tardé à reprendre la formulation de la Cour européenne dans ses motifs pour valider le recours aux présomptions de culpabilité. La chambre criminelle de la Cour de

[123] CEDH 7 octobre 1988, affaire Salabiaku c/ France, Série A, n° 141-A. Arrêt fondamental commenté à de nombreuses reprises par la doctrine : voir notamment G. Junosza-Zdrojewski, « La présomption d'innocence contre la présomption de culpabilité » ; *Gaz. Pal*. 1989, chr. p. 308 ; F. Teitgen et L.E. Pettiti, *Rev. sc. crim*. 1989, p. 166. V. dans le même sens : CEDH 25 septembre 1992, Pham Hoang c/ France.
[124] CEDH 7 octobre 1988, affaire Salabiaku c/ France, préc., §28.
[125] CEDH 7 octobre 1988, affaire Salabiaku c/ France, préc., n° 141, p. 16.

cassation va en effet décider que « *l'article 6§2 de la Convention européenne des droits de l'Homme ne met pas obstacle aux présomptions de fait ou de droit instituées en matière pénale dès lors que ces présomptions* […] *laissent intacts les droits de la défense* »[126].

La Cour européenne des droits de l'Homme et la Cour de cassation s'étant prononcées, ne manquait plus que l'appréciation du Conseil constitutionnel. En effet, la décision sur la constitutionnalité de ces mécanismes de présomption s'est fait assez longuement attendre.

L'incertitude a été réglée en partie par une décision du 16 juin 1999[127]. Le Conseil constitutionnel a eu à se prononcer sur la conformité à la constitution de la loi portant diverses mesures relatives à la sécurité routière et aux infractions sur les agents des exploitants de réseau de transport public de voyageurs, et plus particulièrement à son article 6 qui insérait un nouvel article 21-2 du code de la route consacrant la responsabilité pécuniaire du titulaire du certificat d'immatriculation du véhicule en cas d'infraction à la réglementation sur les vitesses maximales autorisées et sur les signalisations imposant l'arrêt des véhicules[128]. Les parlementaires auteurs de la saisine reprochaient à cet article 6, entre autre, d'établir une véritable présomption de culpabilité à l'encontre du titulaire du certificat d'immatriculation, mécanisme contraire à l'article 6§2 de la Convention européenne des droits de l'homme, qui dispose que « *toute personne accusée d'une infraction est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie* ». Selon ces parlementaires, la présomption de culpabilité instituée par cet article 6 n'était pas « *raisonnable* » au sens de la jurisprudence européenne. Ils lui reprochaient en effet de dépasser le seuil évoqué dans l'arrêt Salabiaku[129] en instituant une « *présomption de culpabilité pure, portant sur la détermination de l'identité même de l'individu qui sera poursuivi, alors même qu'il n'aurait commis aucun élément de l'infraction* ».

Il peut paraître surprenant que les parlementaires auteurs de la saisine aient invoqué la Convention européenne à l'appui de leur demande. Le Conseil constitutionnel ne peut en effet exercer son contrôle qu'au regard de ce que l'on a appelé le « bloc de constitutionnalité ». Or, la juridiction constitutionnelle, dans un arrêt de principe du 15 janvier 1975[130], a déjà jugé

---

[126] Voir notement : Cass. crim. 10 février 1992 ; *Bull. crim*. n° 62, pour un délit douanier ; Cass. crim. 6 et 13 janvier 1993 ; Cass. crim. 16 mars 1993 ; *Bull. crim*. n° 115, pour la diffamation.
[127] Décision n° 99-411 DC du 16 juin 1999 ; JO 19 juin 1999 p. 9019, relative à la loi 99-505 du 18 juin 1999.
[128] Notons que cette disposition connaît un précédent puisque l'article L. 21-1 C. route institue déjà une présomption de responsabilité des infractions à la réglementation sur le stationnement à l'égard du titulaire de la carte grise du véhicule impliqué, sauf à faire valoir un cas de force majeure ou à fournir des renseignements permettant d'identifier l'auteur véritable de l'infraction.
[129] CEDH 7 octobre 1988, affaire Salabiaku, préc.
[130] Décision 75-54 DC du 15 janvier 1975 ; *Rec.* p. 19.

qu'il ne lui appartenait pas « *d'examiner la conformité d'une loi aux stipulations d'un traité ou d'un accord international* », quand bien même ces engagements internationaux seraient protecteurs des droits de l'homme. Le Conseil constitutionnel va néanmoins apprécier la loi déférée au regard de la présomption d'innocence, mais sur le fondement de l'article 9 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789 selon lequel « *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* ».

Les juges constitutionnels vont s'interroger sur la compatibilité de cette prescription avec l'instauration de présomptions de culpabilité en matière répressive : parce que toute personne est présumée innocente, le principe est que le législateur ne saurait instituer de présomptions de culpabilité en matière répressive[131]. Bien que la référence à l'argumentation de la Cour européenne n'apparaisse pas clairement, on perçoit l'influence qu'elle a pu avoir sur la décision du Conseil constitutionnel puisqu'il va néanmoins valider ce mécanisme, à titre exceptionnel, « *notamment en matière contraventionnelle, dès lors qu'elles ne revêtent pas de caractère irréfragable, qu'est assuré le respect des droits de la défense et que les faits induisent raisonnablement la vraisemblance de l'imputabilité* ». La référence à la matière contraventionnelle rappelle sans nul doute le critère de la gravité de l'enjeu dégagé par la jurisprudence européenne, néanmoins, il est intéressant de signaler que la formulation utilisée par le Conseil constitutionnel, « *notamment en matière contraventionnelle* », fait apparaître clairement qu'il n'entend pas limiter l'édiction de telles présomptions à la seule matière contraventionnelle. Notons également que l'absence de caractère irréfragable et la nécessité d'assurer le respect des droits de la défense posés par les juges constitutionnels se réfèrent directement aux limites raisonnables et à la préservation des droits de la défense évoquées par la Cour de Strasbourg.

Le Conseil constitutionnel va ensuite confronter les conditions d'application de la norme déférée aux règles exceptionnelles qu'il s'est fixé pour valider une présomption de culpabilité.

Ainsi, la vraisemblance raisonnable de l'imputabilité résulte du fait que la sanction pécuniaire est infligée au titulaire du certificat d'immatriculation du véhicule avec lequel

[131] Y. Mayaud, « Circulation routière : entre le dit et le non dit, ou les leçons de droit pénal du Conseil constitutionnel » ; *JCP* 1998, jurisp. p. 589.

l'infraction a été commise. Le raccourci intellectuel induit par la présomption résulte du fait que la propriété du véhicule implique une forte probabilité de réalisation de l'infraction, charge à la personne présumée responsable de rapporter la preuve contraire.

L'intérêt de cette décision réside aussi dans le fait que la haute juridiction va insister sur la prohibition des présomptions irréfragables et la nécessité de préserver un droit à la preuve contraire. Le Conseil constitutionnel considère que le texte déféré remplit ces conditions puisque le « *législateur permet à l'intéressé de renverser la présomption de faute par la preuve de la force majeure*[132] *ou en apportant tout élément justificatif de nature à établir qu'il n'est pas l'auteur de l'infraction* ».

Cette décision permet en outre de prendre pleinement conscience de la force de ces présomptions, s'agissant d'un véritable renversement de la charge de la preuve. En effet, le refus ou l'incapacité pour la personne mise en cause de rapporter tout élément justificatif utile entraînerait automatiquement sa condamnation. Le Conseil constitutionnel va plus loin en précisant que le refus ou l'incapacité à rapporter la preuve contraire selon les moyens offerts par le texte (force majeur ou refus de fournir les éléments relatifs au conducteur réel du véhicule au moment de la commission de l'infraction) révèlerait l'existence d'une faute personnelle tenant soit au refus de participer à la manifestation de la vérité, soit au défaut de vigilance dans la garde du véhicule. La solution de cette décision paraît s'expliquer de manière plus logique par la spécificité de la matière contraventionnelle qui a une portée essentiellement disciplinaire et ne révèle pas une hostilité manifeste ou une indifférence grave aux valeurs qui fondent la réaction aux crimes et aux délits[133].

Malgré un certain nombre de critiques, le mécanisme des présomptions de culpabilité semble bien implanté dans notre droit pénal. Il est désormais validé à la fois par le Conseil constitutionnel, par la Cour de cassation et par la Cour européenne des droits de l'Homme.

Néanmoins, leur confrontation avec le principe fondamental de la présomption d'innocence, initiée par la Cour européenne des droits de l'Homme, a permis de limiter leur caractère absolu. Si les jurisprudences nationale et européenne n'utilisent pas exactement le même vocable, une confrontation des décisions de ces diverses instances permet de dégager une ligne commune dont le maître-mot semble être le respect des droits de la défense. Cette notion de droits de la défense qualifiée de « large et imprécise » parce qu'elle n'est pas définie précisément par les textes, semble pouvoir s'analyser en un ensemble de prérogatives

[132] Le vol du véhicule pourrait ainsi être assimilé à un cas de force majeure.
[133] Y. Mayaud, préc., p. 592.

accordées à la personne impliquée dans une affaire pénale pour lui permettre de faire triompher la présomption d'innocence[134]. L'intérêt primordial de cette validation jurisprudentielle des présomptions de culpabilité semble être l'intégration de ce droit à la preuve contraire comme partie intégrante des droits de la défense. En effet, le critère essentiel de validité semble être la faculté laissée à la personne impliquée, en tout état de cause, de présenter des moyens susceptibles de renverser la présomption de culpabilité ; en d'autres termes, il s'agit de la possibilité pour la personne mise en cause de rapporter la preuve contraire à l'accusation.

Cette évolution jurisprudentielle vers une théorie « raisonnée » des présomptions de culpabilité a influé sur l'appréciation de ces mécanismes par le législateur. Nous pourrons voir ainsi que la validation des présomptions de culpabilité a été accompagnée par une limitation de leurs effets et la confirmation, par le législateur, de l'existence d'un véritable droit à la preuve contraire.

La position du législateur sur les présomptions de culpabilité reflète une attitude éminemment préventive face à la jurisprudence.

Comme nous l'avons vu, la validation par la jurisprudence du mécanisme des présomptions a fait l'objet d'un long processus, et il est intéressant de noter que le législateur s'est semble-t'il inspiré de la lente évolution vers un droit à la preuve contraire afin de modifier un certain nombre de textes ou tout simplement de créer des dispositions en prenant en compte ces avancées.

L'évolution de la législation douanière est ici très révélatrice de ce mouvement vers une conception raisonnée des présomptions de culpabilité, prenant en compte l'exercice des droits de la défense en ménageant la possibilité pour la personne mise en cause de se dégager de la présomption en rapportant la preuve contraire.

À l'origine, le droit pénal douanier était totalement imprégné d'une présomption irréfragable d'existence d'une volonté délictueuse.

Des dispositions inspirées de l'époque révolutionnaire et insérées dans le Code des douanes sous le titre de « défenses faites aux juges », interdisaient purement et simplement

[134] J. Pradel, « Les droits de la personne suspectée ou poursuivie depuis la loi n° 93-1013 du 24 août 1993 modifiant celle du 4 janvier précédent. Un législateur se muant en Pénélope ou se faisant perfectionniste ? » ; *D*. 1993, chr. p. 299.

aux magistrats d'excuser les contrevenants en admettant leur bonne foi. Une première avancée est apparue dans la réforme de 1977 qui donne la possibilité aux juges de retenir des circonstances atténuantes aux prévenus. Néanmoins, cette première réforme est pour le moins limitée et ne permet pas encore la relaxe pure et simple des prévenus pour absence d'intention, mais simplement de retenir des circonstances atténuantes pour absence d'intention. Sorte d'anomalie, l'absence d'intention ne pouvait que modérer la sanction encourue et non pas aboutir à la relaxe pure et simple. Il faudra attendre la loi du 8 juillet 1987 pour que disparaissent ces anciens vestiges par l'abrogation de l'article 369 alinéa 2 du Code des douanes[135], réforme qui permet dorénavant au prévenu d'être relaxé sur la preuve contraire à la présomption, c'est à dire en rapportant la preuve de sa bonne foi.

Certes, cette réforme fondamentale de 1987 repose en grande partie sur une volonté de faire disparaître un certain nombre de dispositions devenues insupportables aux yeux des milieux d'affaire, mais elle s'appuie aussi clairement sur la volonté de remettre en cause un mécanisme de présomption irréfragable de culpabilité qui, vue l'évolution de la jurisprudence européenne, pouvait faire valoir une condamnation à la France.

Cette prise de conscience imposée au législateur par la jurisprudence européenne semble avoir également joué à diverses reprises puisque nous n'avons plus depuis lors de nouvelle disposition instituant une présomption irréfragable de culpabilité. L'article L 21-1 du Code de la route de 1993 laisse la possibilité au contrevenant de renverser la présomption par la preuve de la force majeure, et le législateur, à l'occasion de la loi du 18 juin 1999 instituant l'article L 21-2 du Code de la route déjà évoqué va même plus loin s'agissant de ce mécanisme, puisqu'il va autoriser tout moyen de preuve contraire.

Il semble donc que l'on assiste à l'émergence d'un système de poids et contre-poids. En effet, quelques entorses vont être faites à la présomption d'innocence, mais en ménageant l'exercice des droits de la défense. Ce mouvement semble être de pure logique. Même si le fait présumé est probable, il n'en demeure pas moins qu'aucune certitude n'a été révélée. Et c'est bel et bien ce doute persistant qui doit nous pousser à rendre possible toute justification permettant de faire échec à l'application d'une présomption de culpabilité.
Mais ce mouvement, s'il paraît logique, n'en était pas pour autant acquis, et l'on peut être persuadé que la jurisprudence européenne, reprise en grande partie par les juridictions

[135] C.J. Berr et H. Trémeau, *Le droit douanier communautaire et national* ; Paris, Economica, 4ème édition, 1997, n° 763.

nationales, a poussé à la prise de conscience, par le législateur, du nécessaire équilibre qui devait trouver sa place dans notre procédure pénale. Certes la particulière difficulté que peut rencontrer l'accusation pour rapporter la preuve pleine et entière de la culpabilité dans certaines matières spécifiques peut justifier une entorse à la présomption d'innocence. Mais justement pour que le déséquilibre ne soit pas, par la suite, perçu de manière trop brutale par la personne mise en cause, il faudra lui préserver le droit de rapporter la preuve contraire aux éléments de l'accusation.

Cette théorie sur les présomptions de culpabilité, dans ses aspects doctrinaux, jurisprudentiels et législatifs, a semble-t-il contribué pleinement à mettre en évidence ce véritable droit à la preuve contraire en tant que complément indispensable des droits de la défense et de la présomption d'innocence.

### B. Le droit à la preuve contraire, gage moral et éthique de notre arsenal juridique

Loin de constituer une remise en cause du principe fondamental de la présomption d'innocence, le droit à la preuve contraire permet de conserver la cohérence et l'effectivité d'un système de protection de la personne poursuivie.

L'objet de notre réflexion n'est pas de mettre à bas l'un des concepts les plus affirmés et reconnus de notre procédure pénale, mais au contraire de regarder ce concept dans sa finalité première qui reste la prévention de l'injuste condamnation d'un innocent. Il convient dès lors de regarder toutes les conséquences directes ou indirectes de ce concept par le prisme de son objectif premier. Ce que l'on a alors qualifié d'atteintes caractérisées au principe de la présomption d'innocence peut retrouver sa cohérence dans le respect de la finalité poursuivie et l'existence de cette expression ultime de la protection de la personne mise en cause que constitue le droit à la preuve contraire. La présomption d'innocence ne serait alors plus regardée comme une armure invincible se suffisant à elle-même et cantonnant la personne mise en cause à une attitude passive, ne lui donnant pas de réels moyens d'influer sur le cours du procès, voire l'empêchant de le faire, mais en une philosophie générale de l'action qui permettrait de reconnaître à la personne mise en cause, à chaque étape du procès, le droit de se

défendre efficacement en lui conférant un véritable droit actif au contrôle, à la surveillance et à la marche de la poursuite dont il est l'objet.

À ce titre le droit à la preuve contraire peut apparaître comme le gage moral et éthique de notre arsenal juridique, sorte de « bonne conscience » qui permet de conserver à la présomption d'innocence cette philosophie générale de prévention de l'erreur judiciaire.

À l'image de M. F.-J. Pansier[136], un certain nombre d'auteurs ont fait le deuil de la présomption d'innocence dans les relations entre l'autorité de poursuite et la personne mise en cause et la cantonnent dès lors à un droit subjectif extrapatrimonial. Si l'on ne peut que souscrire à la fin d'une conception maximaliste et absolue du principe de la présomption d'innocence (affirmer le contraire serait garder une image dépassée de la présomption d'innocence, celle où le bon magistrat professionnel pouvait dire à la personne poursuivie de ne pas s'inquiéter, de rester au fond de sa cellule, que si elle était réellement innocente c'est lui et lui seul qui le démontrerait), il ne faut pas minimiser un mouvement de contre-balancier qui tend à réaffirmer la philosophie générale de ce principe. Le caractère actuel bien que relatif de la présomption d'innocence n'en fait pas pour autant un fondement du droit à la preuve contraire. En effet, le droit à la preuve contraire fait référence à une véritable dynamique de recherche probatoire permettant de concilier à la fois l'efficacité de la répression et le respect de la présomption d'innocence. La volonté de trouver un élément d'équilibre entre ces valeurs fondamentales constitue un aspect qui ne relève pas à proprement parler du concept de présomption d'innocence. C'est donc dans un autre concept protecteur de la personne mise en cause, celui des droits de la défense, que nous allons rechercher un fondement au droit à la preuve contraire.

---

[136] F.-J. Pansier, « Le juge et l'innocence » ; *Gaz. pal*. 1995, 2, p. 1003 : *« La présomption d'innocence posée par les textes de droit positif est fort fragile. C'est une présomption réfragable, qui cèdera au moindre indice découvert par les forces de répression ou de poursuite, ce qui fait dire que, en pratique, le prévenu a souvent la charge de démontrer son innocence face aux accusations et faisceaux d'indices de la police ou du parquet. La présomption vite posée et ainsi vite tombée. L'unité de la présomption n'est donc pas tant dans les relations entre l'autorité de poursuite et le présumé innocent (la présomption cède vite sa place) que dans celles existant entre les tiers et le présumé innocent. Si l'on prend l'image du contrat, la présomption d'innocence n'a pas de réel effet entre les parties, mais est opposable aux penitus extranei que sont les voisins et les médias ».*

# Chapitre 2 : Droit à la preuve contraire et droits de la défense

A l'image de la présomption d'innocence, le concept de droits de la défense a acquis une force toute particulière qui imprègne totalement la procédure pénale et rejaillis sur les éléments de protection de la personne mise en cause. Dès lors, le mouvement naturel qui tend à justifier l'existence d'un droit à la preuve contraire par l'affirmation des droits de la défense semble attrayant. En effet, le droit à la preuve contraire a pour objet de fournir à une personne mise en cause les moyens de se défendre efficacement contre l'accusation portée contre elle. Quel concept juridique pourrait paraître plus proche, tout au moins sur le plan terminologique, que celui des droits de la défense ?

L'analyse du mécanisme des droits de la défense, et plus précisément le caractère passif de la protection accordée à la personne mise en cause, va néanmoins démontrer l'inadaptation de ce concept au droit à la preuve contraire (Section 1). Nous tenterons dès lors de dépasser les droits de la défense dans notre recherche d'un fondement au droit à la preuve contraire (Section 2) en ayant recours au concept de droits de l'accusé, principe actif de protection de la personne mise en cause.

## Section 1 : L'inadaptiation du concept de droits de la défence au droit à la preuve contraire

Le mouvement naturel qui conduit à justifier l'existence d'un droit à la preuve contraire par l'affirmation des droits de la défense laisse apparaître rapidemment ses insuffisances face à l'analyse de ce concept et à sa confrontation avec l'objet même du droit à la preuve contraire. Ces deux notions ne participent pas d'un même mécanisme juridique. Mais l'impossible référence aux droits de la défense comme fondement du droit à la preuve contaire (§1) ne doit pas masquer l'importance des droits de la défense comme préalable nécessaire à l'effectivité du droit à la preuve contraire (§2).

### §1. L'impossible référence aux droits de la défense comme fondement du droit à la preuve contraire

Plusieurs considérations nous conduisent à constater l'impossibilité de se référer aux droits de la défense pour asseoir l'existence d'un droit à la preuve contraire. Il s'agira tout d'abord de la particulière difficulté à définir avec précision le contenu et les contours de cette notion pourtant fondamentale des droits de la défense. Comment en effet pouvoir utiliser les droits de la défense comme fondement d'un autre concept lorsque l'on est confronté à l'absence ou plutôt à la confusion quant à la définition de cette référence. En l'absence d'accord sur cette définition (A), il sera nécessaire de dégager les principaux traits de cette notion de droits de la défense. Cette étude permettra de souligner le caractère passif de la protection accordée par les droits de la défense à la personne mise en cause (B), conception qui ne peut convenir à la définition d'un droit à la preuve contraire.

### A. L'absence d'accord sur la définition des droits de la défense

Le Code d'instruction criminelle de 1808 ne laissait que peu de place aux garanties accordées à la personne poursuivie et aucune théorie générale de ces garanties n'avait vu le jour. Il faut attendre la seconde moitié du XIX[e] siècle pour voir apparaître le mot défense puis l'expression « droits de la défense ». Dès 1949, la Chambre criminelle de la Cour de cassation fait référence à cette notion en précisant que l'interrogatoire est à la fois un moyen d'instruction et un moyen de défense[1] puisqu'il permet à l'inculpé de faire valoir des arguments en sa faveur. Mais la théorie dite des droits de la défense n'a en réalité pris son essor qu'après la loi Constans du 8 décembre 1897, dont l'intitulé est pourtant bien neutre[2]. Le caractère fondateur de cette loi est confirmé par sa circulaire d'application du 10 décembre 1897, qui précise que le législateur du 8 décembre 1897 a proclamé « *le droit pour l'inculpé d'organiser sa défense* » et qui utilise à de nombreuse reprises le mot « *droit* ». La Cour de cassation va alors utiliser massivement l'expression de droits de la défense.

Mais le juriste, traditionnellement attaché à la précision des termes et des idées, ne nous a pas habitué au flou[3] caractérisé entourant la notion même de droits de la défense pourtant située au plus haut de la pyramide juridique[4]. L'absence d'accord sur les termes employés tant par la doctrine que par la jurisprudence laisse apparaître clairement une absence d'accord sur le contenu même du concept.

La difficulté vient tout d'abord du fait que la notion de droits de la défense est transversale aux différentes branches du droit et que les notions civiliste et pénaliste semblent diverger. On notera sur ce sujet la particulière méfiance des auteurs civilistes sur l'emploi d'un terme semblant être trop marqué par un caractère pénal, induisant par là une différence de contenu : « *Il faut seulement s'entendre sur la portée du mot défense, de ce que l'idée se*

[1] Cass. crim. 16 novembre 1849 ; *Bull.* n° 303.
[2] Loi du 8 décembre 1897 ayant pour objet de modifier certaines règles de l'instruction préalable en matière de crimes et de délits.
[3] B. Bouloc, « Les droits de la défense dans la procédure pénale applicable en matière de concurrence » ; *Rev. sc. crim*. 1982, p. 513.
[4] Le principe du respect des droits de la défense a d'abord été élevé au rang de principe général du droit (CE 5 mai 1944, *Dame veuve Trompier-Gravier* ; *Rec.* p. 133 ; CE 4 octobre 1974, *Dame David* ; *D*. 1975 p. 369, note Auby ; *JCP* 1975, II, n° 19967, note Drago ; Cass. crim. 6 juillet 1993 ; *D*. 1993 p. 430) avant d'acquérir une valeur constitutionnelle (Cons. constit. décision n°76-70 DC du 2 décembre 1976, *Prévention des accidents du travail* ; *Rec.* p. 39 ; C. constit. décision n°89-260 DC du 28 juillet 1989, *Commission des opérations de bourse* ; *Rec.* p. 71 ; voir également Cass. ass. 30 juin 1995 ; *Bull. civ*. n° 3 ; *D.* 1995 p. 417 note J. Pradel et p. 513 note R. Drago). Au terme de cette évolution, le Conseil constitutionnel a qualifié les droits de la défense (et plus seulement le principe du respect des droits de la défense) de « droit fondamental à caractère constitutionnel » (Cons. constit. décision n°93-325 DC du 13 août 1993 ; *Justices* 1995, I, p. 201, note Molfessis) et y voyait « un principe constitutionnel qui s'impose à l'autorité administrative sans qu'il soit besoin pour le législateur d'en rappeler l'existence » (Cons. constit. décision n°97-389 du 22 avril 1997 ; *Rec.* p. 45).

*manifeste d'une manière particulièrement spectaculaire dans le domaine répressif, il suit que l'on ne songe souvent, en procédure civile, qu'au défendeur, homologue du prévenu ; il suffit donc de préciser que si l'on parle, dans notre matière* [la procédure civile]*, des droits de la défense, il faut prendre le terme dans l'acception large de défense des intérêts de chacune des parties* »[5]. La majorité des auteurs prônant même l'abandon pur et simple de ce terme pour lui préférer celui de « *liberté de la défense* » ou de « *défense des intérêts de chacune des parties* ». Outre ces divergences entre branches du droit, l'étude de la doctrine purement pénaliste laisse également apparaître une imprécision flagrante voire de véritables confusions quant à la définition des droits de la défense en matière pénale.

Après avoir mis l'accent sur la délicate définition des droits de la défense (1), nous constaterons que ce flou est également entretenu par la jurisprudence (2).

## 1. La délicate définition des droits de la défense

Les droits de la défense, principe commun à la procédure civile, à la procédure administrative et à la procédure pénale, ne semblent bizarrement pas avoir fait l'objet de nombreuses études dans cette dernière discipline pour laquelle ils constituent pourtant l'un des fondamentaux[6]. L'absence d'un véritable travail de définition sur ce principe fondamental de notre procédure pénale était déjà souligné par Ortolan en 1855[7] qui écrivait : « *ni autrefois, ni aujourd'hui, le droit de défense n'est formulé en une déclaration générale de principe, mais il est l'âme du système accusatoire* […]. *Sans ce droit exercé largement et librement, la justice pénale n'est pas justice, elle est oppression* ».

En effet, en dehors de certaines pétitions de principe affirmant le caractère essentiel des droits de la défense, force est de constater qu'aucune définition précise de ces droits n'a pu être apportée. Tout au plus s'attache-t-on à définir ce concept comme « *l'ensemble des*

---

[5] H. Motulsky, « Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle : le respect des droits de la défense en procédure civile », in : *Mélanges en l'honneur de Paul Roubier*, t. II ; Paris, Daloz, 1961, p. 183.

[6] F. Hélie, *Traité de l'instruction criminelle,* t. VIII, préc., n° 614, p. 498 : « *La défense des accusés fait partie des droits que les législations ont mis au nombre des lois naturelles* » ; M. Alléhaut, « Les droits de la défense », in : *Recueil d'études en hommage à la mémoire de Maurice Patin* ; Paris, Cujas, 1963, p. 456 : « *Dans notre civilisation humaniste et chrétienne, basée sur le respect de la personne humaine, les droits de la défense sont un impératif catégorique de la conscience, un principe fondamental, au premier chef d'ordre public* ». Voir également G. Wiederkeher, « Droits de la défense et procédure civile » ; *D*. 1978, chr. p. 36 : « *Le respect des droits de la défense est unanimement reconnu comme le principe fondamental de la procédure civile, aussi bien que de la procédure pénale ou administrative* ».

[7] J-L-E.Ortolan, *Eléments de droit pénal* ; Paris, Plon, 1855, n° 1853, p. 869.

*prérogatives qui garantissent à l'inculpé la possibilité d'assurer effectivement sa défense dans le procès pénal et dont la violation constitue une cause de nullité de procédure (ancien article 172 du Code de procédure pénale) même si cette sanction n'est pas expressément attachée à la violation d'une règle légale* »[8]. Mais l'on ne peut se satisfaire de cette définition qui semble limiter les droits de la défense à la phase préparatoire du procès pénal, et plus précisément à l'instruction[9].

Face à une définition aussi imprécise et inachevée, la doctrine parvient tout de même à s'accorder sur l'impossibilité matérielle de dresser une liste exhaustive du contenu de ces droits de la défense. Le contraire eut été étonnant. Aucun accord existant sur les contours de ce concept, il serait difficile d'en exposer de manière exhaustive le contenu. Chaque auteur expose donc, lorsqu'il traite des droits de la défense, les exemples appliqués à sa propre définition du concept. Le point de convergence, ce que l'on pourrait qualifier d'acquis dans l'œuvre de définition des droits de la défense, est pour la majorité, voire l'unanimité des auteurs, la référence aux droits de l'article 6§3 de la Convention européenne des droits de l'Homme. Cette référence apparemment unanimement acceptée peut tout de même surprendre.

Pour certains auteurs, les droits de la défense se limitent, en matière pénale, à la protection de l'accusé excluant par conséquent celle de la partie civile[10]. Mais cette question n'a été que rarement, exceptionnellement, débattue par la doctrine. Mme le Professeur Coralie Ambroise-Castérot se prononce en faveur de cette solution[11]. Nous n'adopterons pas ce point de vue. En effet, divers éléments permettent d'affirmer qu'il existe des garanties de la partie civile, formant une protection passive de celle-ci au même titre que les droits de la défense pour l'accusé. La première contradiction est apparue peu de temps après l'émergence de ce concept de droits de la défense. La loi du 8 décembre 1897 introduisant la présence de l'avocat de l'inculpé au cours de l'instruction a été suivie d'une loi du 22 mars 1921[12] qui a

---

[8] G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique* ; Paris, Presses Universitaires de France, 8ème édition, 2007, V. Défense (droits de la).
[9] Voir l'utilisation du mot « inculpé » (mis en examen).
[10] P. Nicolopoulos, « La procédure devant les juridictions répressive et le principe du contradictoire » ; *Rev. sc. crim.* p. 9 : « *En procédure pénale, ce principe fondamental (le principe du contradictoire) recouvre non seulement les débats contradictoires qui caractérisent l'administration des preuves lors de la phase finale du procès pénal, mais aussi toute une série d'éléments directement liés aux droits de la défense, lesquels sont seulement du côté de la personne poursuivie* ».
[11] C. Ambroise-Castérot, *De l'accusatoire et de l'inquisitoire dans l'instruction préparatoire* ; Thèse, Bordeaux IV, dir. Ph. Conte, 2000, n° 394 p. 285.
[12] *D*. 1921, Lég. p. 7.

aligné la place de la partie civile sur celle de l'inculpé en lui permettant d'être à son tour assistée d'un avocat.

### 2. Une ambigüité entretenue par la jurisprudence

Étant confrontés à une particulière difficulté pour trouver dans la doctrine un accord sur la définition et les contours de la notion de droits de la défense, il est somme toute logique de rechercher quelques éclaircissements dans la jurisprudence. Le rôle du juge est en effet central, c'est lui qui relèvera l'existence d'un droit de la défense lorsqu'il a été violé. À ce titre, la jurisprudence de la Chambre criminelle peut s'analyser en une véritable déclaration jurisprudentielle des droits de la défense. Nous pouvons noter que l'appellation de droits de la défense constitue l'un des termes de classification thématique du Bulletin des arrêts de la chambre criminelle de la Cour de cassation.

Néanmoins, la recherche d'éclaircissement sur ce concept de droits de la défense dans la jurisprudence ne nous laissera qu'un goût d'inachevé. En effet, bien que la jurisprudence semble se fonder en partie sur le respect des droits de la défense pour appuyer l'existence implicite d'un droit à la preuve contraire, nous nous devons de mettre en cause ce possible fondement au regard de la particulière confusion de la jurisprudence sur le contenu des droits de la défense, et ce à plusieurs titres.

Nous avons déjà relevé la particulière confusion de la doctrine civiliste sur le choix des termes, et cette dérive doit malheureusement être également soulignée s'agissant du juge pénal. En effet, pour désigner ce concept, la Chambre criminelle de la Cour de cassation, si elle parle des « droits de la défense »[13] dans grand nombre d'arrêts, va néanmoins provoquer une confusion en utilisant également d'autres termes tels que les « droits essentiels de la défense » [14], les « garanties accordées à la défense »[15], se rapprochant même parfois des

[13] Voir par exemple Cass. crim. 9 décembre 1992 ; *Bull. crim.* n° 413 : Il est satisfait aux dispositions légales et conventionnelles et il n'est pas porté atteinte aux droits de la défense dès lors que le procès-verbal des débats constate que l'interprète nommé par le Président a, au cours de l'audience, prêté son concours chaque fois que cela a été nécessaire.

[14] Cette formule paraît tout de même particulièrement maladroite puisqu'elle laisse à penser qu'il existerait deux catégories de droits de la défense, ceux qui sont essentiels, et ceux qui ne le sont pas ; voir par exemple Cass. crim. 16 janvier 1958 ; *Bull. crim.* n° 118. Plus récemment, il a été jugé qu'encourrait la cassation l'arrêt de la chambre d'accusation dont les mentions établissent que le délai de 5 jours entre l'envoi de la lettre recommandée et l'audience (art. 197 al 2 *C.proc. pén*.) n'a pas été respecté, cette formalité, « essentielle aux droits de la défense » étant prescrite à peine de nullité : Cass. crim. 2 avril 1992 ; *Bull. crim*. n° 139.

[15] Cass. crim. 16 juin 1955 ; *JCP* 1955, II, n° 8851, note R. Vouin.

termes préférés pour le procès civil en parlant de la « libre défense »[16], des « droits de l'intéressé »[17], voire des « intérêts de la personne »[18].

N'apportant pas de véritable définition, la jurisprudence pénale va jusqu'à entretenir la confusion ambiante en jouant sur le choix des termes. Ce constat ne peut que confirmer l'absence d'accord sur la définition, sur le concept des droits de la défense.

La question devient particulièrement intéressante lorsque la jurisprudence va se baser sur l'exigence du respect des droits de la défense pour justifier d'atteintes à la présomption d'innocence mettant à la charge de la personne poursuivie la preuve de son innocence. Le visa des droits de la défense pourrait alors être analysé comme l'obligation faite au législateur de ménager un droit à la preuve contraire lorsqu'il impose une présomption de responsabilité[19]. En effet, pour affirmer que le texte de l'article L.21-1 du Code de la route ne violait pas le principe de la présomption d'innocence, les magistrats vont relever que le propriétaire du véhicule a toute liberté, pour s'exonérer, d'établir « *l'existence de la force majeure ou de fournir des renseignements permettant d'identifier l'auteur véritable de l'infraction* ». Cette argumentation révèle à n'en pas douter l'existence d'un droit, voire d'une obligation, à la preuve contraire : il revient au titulaire de la carte grise du véhicule de rapporter la preuve de son innocence, c'est-à-dire les éléments de preuve contraire à l'accusation (à la présomption de responsabilité). Il apparaît alors clairement que les magistrats assimilent ces éléments du droit à la preuve contraire à des droits de la défense. Serait-ce à dire que la jurisprudence voit dans les droits de la défense un fondement, une référence au droit à la preuve contraire ? Une réponse négative semble devoir être apportée à cette question. En effet, malgré la particulière difficulté d'appréhension des contours exacts de ce concept de droits de la défense, une constante semble pouvoir le caractériser, il s'agit d'une protection passive de la personne poursuivie, une protection inhérente à sa position de personne mise en cause.

### B. Le caractère passif de la protection accordée par les droits de la défense

[16] Cass. crim. 6 mars 1958 ; *Gaz. pal.* 1958, I, p. 427.
[17] Cass. crim. 29 avril 1998; *Bull. crim*. n° 145.
[18] Cass. crim. 18 juin 1998; *Bull. crim.* n° 200.
[19] Tel a été le cas pour la présomption de responsabilité retenue à l'encontre du titulaire de la carte grise d'un véhicule en stationnement irrégulier. La Chambre criminelle validera cette présomption de responsabilité en affirmant que le texte l'instituant (art. L.21-1 C. route) « laisse entier les droits de la défense » : Cass. crim. 6 novembre 1991 ; *Bull. crim*. n° 397 ; *Rev. sc. crim*. 1993 p. 89, obs. B. Bouloc ; *D.* 1992, som. p. 204, obs. P. Couvrat.

L'étude du mécanisme de protection des droits de la défense révèle le caractère passif de cette protection accordée à l'accusé (1) ; or, cette caractéristique est par nature incompatible avec le concept de droit à la preuve contraire qui implique la place active de l'accusé dans l'organisation de sa défense (2).

## 1. Une protection passive de l'accusé

Dans son exposé relatif aux droits de la défense, Maurice Alléhaut, caractérisant l'importance fondamentale de ce principe, affirme que « *Tout homme menacé a donc le droit de se défendre, c'est à dire d'être défendu* »[20]. Cette déclaration semble être particulièrement révélatrice du schéma de pensée qu'induit le concept des droits de la défense. Ne ménageant pas un rôle actif de l'accusé dans l'organisation de sa défense, ce concept serait alors analysé comme l'une des applications du système inquisitoire. Traditionnellement écrit, secret et non contradictoire, ce système pénal place le sort de l'accusé entre les seules mains de son juge sans qu'il ait la possibilité d'intervenir à la procédure. Le juge étant naturellement juste et équitable, il doit être capable d'œuvrer à la fois pour l'accusation et pour la défense. Dans cette mission de détermination de l'innocence d'un individu, le juge pourra sanctionner les atteintes disproportionnées portées au défenseur par le ministère public ou par lui-même. Le juge ne pourra constater leur présence que lorsqu'ils ont été violés et que cette violation peut entraîner une nullité. En application de ce mécanisme, la société aurait à la fois la responsabilité de prouver la culpabilité du coupable et l'innocence des innocents.

Afin de mettre en lumière ce caractère passif de la protection accordée par les droits de la défense, il convient d'étudier le fonctionnement de ce mécanisme de protection, et plus précisément le recours aux nullités lors de la violation des droits de la défense.

Le Code de procédure pénale distingue deux causes de nullité d'actes. La première concerne les nullités dites « textuelles », résultant expressément du Code de procédure pénale qui indique que le non respect des dispositions énoncées entraîne la nullité. La seconde nous concerne plus précisément, il s'agit des nullités dites « substantielles ». C'est sur le fondement de cette nullité que la théorie des droits de la défense a pris son essor. En effet, antérieurement

[20] M. Alléhaut, « Les droits de la défense », *préc.,* p. 456.

à la réforme du 24 août 1993, l'article 171 du Code de procédure pénale précisait que la nullité était également encourue « *Lorsque la méconnaissance d'une formalité substantielle a porté atteinte aux droits de la défense* ». Ces dispositions étaient reprises à l'article 802 du même code qui prévoyait qu' « *en cas d'inobservation des formalités substantielles, toute juridiction, y compris la Cour de cassation qui est saisie d'une demande d'annulation, ou qui relève d'une telle irrégularité ne peut prononcer la nullité que lorsque celle-ci a eu pour effet de porter atteinte aux droits de la défense* ». Au-delà des nullités textuelles, la jurisprudence a donc été amenée à contrôler chaque acte de procédure. Ce contrôle est effectué au regard certes de la violation de dispositions du Code de procédure pénale, mais il s'attache également à vérifier si la violation substantielle de ces dispositions a porté atteinte aux droits de la défense de la personne poursuivie.

Dans notre tentative de définition du concept de droits de la défense, nous avons relevé l'impossibilité matérielle de dresser une liste exhaustive du contenu de ces droits du fait même de leur mode d'élaboration, c'est-à-dire en dehors de la violation expresse d'une prescription légale

Les droits de la défense, outil entre les mains du juge pour sanctionner les atteintes portées à l'accusé seraient alors analysés comme « *les limites que s'auto-impose la société dans sa mission de juger pénalement un individu qu'elle soupçonne de l'avoir agressée* »[21]. Ces limites sont déterminées par le juge et c'est également lui qui portera une appréciation sur la violation ou non des droits de la défense par la société[22]. La place que tient l'accusé dans la mise en jeu de ces droits de la défense est finalement très restreinte. La théorie des droits de la défense place l'accusé dans une position d'observateur de la procédure suivie à son encontre. C'est uniquement l'initiative d'autres acteurs de la procédure, en particulier le ministère public, les juridictions d'instruction et de jugement et la police, qui pourra entraîner une violation de ces droits de la défense et par là-même une sorte d'action en sanction qui prendra la forme d'une requête en nullité. Ce concept ne place pas l'accusé dans un rôle actif dans le sens où il aurait la possibilité d'influer sur le déroulement de l'accusation menée contre lui, d'avoir une action concrète sur la recherche des preuves.

2. L'incompatibilité du droit à la preuve contraire avec un régime passif de protection

[21] C. Ambroise-Castérot, *De l'accusatoire et de l'inquisitoire dans l'instruction préparatoire* ; Thèse préc., n° 386, p. 281.
[22] C'est à dire par lui-même, par le ministère public ou par la police.

Une défense efficace de la personne poursuivie ne peut se satisfaire d'un régime passif de protection tel qu'il résulte de la notion de droits de la défense. En effet, la personne poursuivie ne saurait attendre passivement que l'accusation rapporte la preuve ou des éléments de preuve des faits qu'elle allègue. Le système pénal que nous avons connu plaçait la défense de l'accusé entre les mains de la société chargée également des poursuites. Certes, l'appréciation de la culpabilité ou de l'innocence est entre les mains de magistrats indépendants et impartiaux mais dont l'appréciation est nécessairement orientée vers la répression.

La notion de droit à la preuve contraire, que nous tentons de préciser, se réfère à une véritable intervention de l'accusé dans la procédure. Non plus observateur mais acteur de son procès, l'accusé pourra défendre véritablement son innocence en apportant des éléments en sa faveur, en orientant les recherches des enquêteurs ou en sollicitant les services d'enquête. Un véritable droit à la preuve contraire ne peut en aucun cas se contenter de simples « garde-fous » d'une institution orientée vers la répression.

### §2. Le respect des droits de la défense, un préalable nécessaire à l'effectivité du droit à la preuve contraire

Le fait de ne pouvoir se référer aux droits de la défense dans notre recherche d'un fondement au droit à la preuve contraire ne doit pas nous conduire à en exclure toute incidence sur l'existence même du droit à la preuve contraire. Quand bien même les droits de la défense et le droit à la preuve contraire ne relèvent pas d'un même mécanisme juridique, les deux notions ne sont pas exclusives l'une de l'autre. Elles participent du même objectif qui est de permettre à l'accusé de se prémunir contre l'action publique dirigée contre lui. Partant de ce constat nous allons nous attacher à démontrer que le principe du respect des droits de la défense crée un environnement favorable au droit à la preuve contraire par des dispositions qui en garantissent le libre exercice (A), mais que ce concept doit être dépassé si l'on souhaite trouver le véritable fondement du droit à la preuve contraire (B).

### A. Les composantes des droits de la défense qui garantissent le libre exercice du droit à la preuve contraire

Nous avons déjà souligné la difficulté et même l'impossibilité matérielle de réaliser une liste exhaustive du contenu des droits de la défense. Nous allons néanmoins tenter de relever quelques exemples de droits de la défense (selon les contours que nous donnons à ce concept) qui, sans pouvoir être assimilés à un droit à la preuve contraire, participent de la création d'un environnement favorable à l'exercice de ce droit à la preuve contraire.

Deux branches seront alors analysées distinctement. Il s'agira tout d'abord de relever les garanties de la défense qui facilitent l'exercice du droit à la preuve contraire (1) pour ensuite s'attarder sur un élément particulier des droits de la défense que constitue le principe du respect du contradictoire (2).

#### 1. Les garanties de la défense

L'objet de cette analyse vise à relever les éléments des droits de la défense, c'est-à-dire les éléments de défense passifs de l'individu poursuivi qui facilitent l'exercice de la défense active de l'accusé que constitue le droit à la preuve contraire. Sans constituer une véritable « défense », ces garanties sont accordées à tout individu dès lors qu'il est confronté aux autorités policières ou judiciaires.

Nous écarterons bien évidemment les éléments qui ne nous semblent pas relever du concept de droits de la défense, ainsi que les éléments des droits de la défense qui ne participent pas à l'affirmation du droit à la preuve contraire. Nous analyserons donc trois des principaux droits de la défense que sont le droit à la notification de l'accusation et des charges (a), le droit à l'avocat (b) ainsi que le droit à un interprète (c).

##### a. Le droit à la notification de l'accusation et des charges

Ces précautions d'usage étant prises, il semble que le droit à la notification soit le parfait exemple de ces droits de la défense qui sont intimement liés au droit à la preuve contraire. En effet, l'exercice d'une défense active ne se conçoit pas sans la connaissance préalable de la nature et de la cause de l'accusation. Cette première information est certes

limitée, mais nécessaire à la compréhension de la situation par la personne poursuivie et conditionne déjà en partie l'orientation que devra prendre son droit à la preuve contraire.

Ce droit à la notification se retrouve à toutes les étapes du procès pénal[23] et fait l'objet d'une garantie posée par l'article 6§2 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales qui dispose que « *tout accusé a droit notamment à être informé, dans le plus court délai, dans une langue qu'il comprend et d'une manière détaillée, de la nature et de la cause de l'accusation portée contre lui* ».

Au cours de la phase d'instruction, la personne susceptible d'être mise en examen bénéficie du droit d'être immédiatement informée des faits dont le juge d'instruction est saisi et de leur exacte qualification juridique[24]. Ce droit à la notification des charges ne peut être remis en cause par le caractère d'urgence de la procédure ou par le transport sur les lieux dans le cadre d'un flagrant délit qui peut justifier la mise en examen de la personne immédiatement interrogée au fond[25]. Ce droit à l'information reconnu à la personne mise en examen doit cependant souffrir d'un tempérament puisqu'il s'applique, en vertu de l'article 116 du Code de procédure pénale, à la première comparution devant le juge d'instruction et qu'il ne concerne donc pas les éventuelles mises en examen supplétives[26], les garanties de l'information étant alors assurées par la seule assistance d'un avocat[27].

Ces dispositions relatives à la personne mise en examen sont partiellement transposables au suspect gardé à vue depuis la loi du 15 juin 2000 qui donne obligation à l'officier de police judiciaire d'informer immédiatement toute personne placée en garde à vue « *de la nature de l'infraction sur laquelle porte l'enquête* »[28]. La circulaire du ministère de la

---

[23] Le droit à la notification des charges a été consacré dans l'article préliminaire III al. 2 du Code de procédure pénale issu de la loi du 15 juin 2000, qui dispose, selon une formule très large, que « *toute personne suspectée ou poursuivie* […] *a le droit d'être informée des charges retenues contre elle* ».

[24] Voir l'art. 116 *C .proc. pén*., selon lequel « *lorsqu'il envisage de mettre en examen une personne (...), le juge d'instruction constate* [son] *identité et lui fait connaître expressément, en précisant leur qualification juridique, chacun des faits dont il est saisi et pour lesquels la mise en examen est envisagée* (…) » et l'art. 80-2 *C. proc. pén*. s'agissant de la convocation par le juge d'instruction à l'interrogatoire de première comparution par lettre recommandée ou par convocation par un officier de police judiciaire.

[25] Cf. Cass. crim. 20 avril 1972 ; *Bull. crim.* n° 136, selon lequel les dispositions des articles 117 et 72 du C. proc. pén. laissent entière l'obligation de porter à la connaissance du mis en examen les faits qui lui sont imputés.

[26] Cass. crim. 26 juin 1995 ; *Gaz. pal*. 1995, 3, somm. p. 632.

[27] P. Hennion, *Preuve pénale et droits de l'homme* ; Thèse, Nice Sophia-Antipolis, dir. R. Bernardini, 1999 ; Villeneuve d'Ascq, Presses universitaires du Septentrion, 2001, n° 150 p. 146.

[28] Art. 63-1 *C. proc. pén*. tel que modifié par l'art. 7-I de la loi du 15 juin 2000 sur la présomption d'innocence et le droit des victimes.

Justice en date du 4 décembre 2000 indique même que cette information doit intervenir avant la notification des droits accordés par la loi aux personnes gardées à vue[29]. De plus, l'avocat, qui peut intervenir dès la première heure de garde à vue depuis cette même loi du 15 juin 2000[30], doit être informé par l'officier de police judiciaire « *de la nature et de la date présumée de l'infraction sur laquelle porte l'enquête* »[31]. Notons que cette simple notification demeure très légère et ne saurait en rien s'analyser en une véritable information sur les charges et les preuves qui permettrait réellement à la personne poursuivie, dès le stade de l'enquête de police, de connaître les éléments à charge contre lesquels elle devra lutter. Ce dernier point n'apparaît qu'au stade de l'instruction préparatoire et du jugement par le biais de l'obligation de communication et du respect du principe du contradictoire.

Au stade du jugement, la personne poursuivie devant le tribunal correctionnel doit faire l'objet d'une citation à comparaître, signifiée par un huissier de justice, comportant le fait reproché, le texte qui l'incrimine, la qualité de prévenu de la personne poursuivie ainsi que le tribunal saisi, la date et le lieu de l'audience. La convocation à comparaître délivrée par officier de police judiciaire vaut citation à personne. Cette procédure permet, sur instruction du procureur de la République, à un greffier, officier de police judiciaire, agent de police judiciaire ou directeur d'établissement pénitentiaire de délivrer une citation devant le tribunal correctionnel et prend la forme d'un procès-verbal qui doit être signé par le prévenu qui en reçoit une copie.

Lors de l'audience de jugement, il est donné lecture de l'acte qui a saisi la juridiction[32]. En remontant le déroulement de la procédure, l'information sur l'objet de la poursuite doit apparaître dans l'ordonnance ou l'arrêt de mise en accusation en matière criminelle, dans la citation devant le tribunal en matière correctionnelle et contraventionnelle.

Ce droit à la notification de l'accusation et des charges n'est pas sans incidence sur le reste de la procédure devant la juridiction de jugement. En effet, le juge sera limité dans son appréciation par la qualification de l'acte de renvoi et par les faits dont il est saisi. Si le tribunal souhaite néanmoins « restituer aux faits leur exacte qualification », c'est-à-dire procéder à une requalification, c'est à la double condition que les parties au procès puissent

[29] Circulaire CRIM 00-13 F1 du 4 décembre 2000, présentant les dispositions de la loi du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes, ss. art. 63-1 *C. proc. pén*.
[30] Sauf dans certains cas particuliers où l'avocat ne peut intervenir qu'à l'issue d'un délai de 36 heures (art. 63-4 al. 7) voir de 72 heures (art. 63-4 dernier al.).
[31] Art. 63-4 al. 3. Notons également que le droit à l'avocat est un droit de la défense consacré par le Conseil constitutionnel dans une décision du 11 août 1993, JO du 15 août 1993 p. 11600.
[32] Art. 327 *C. proc. pen*. devant la Cour d'assises, art. 406 *C. proc. pén*. devant le tribunal correctionnel et art.535 devant le tribunal de police et la juridiction de proximité.

en débattre contradictoirement et que les éléments constitutifs de la nouvelle qualification ne soient pas différents de ceux de la précédente auquel cas le tribunal devra au préalable recueillir l'accord de la personne poursuivie pour le juger sur ces faits nouveaux[33]. À ce même titre, si le tribunal souhaite retenir une circonstance aggravante non visée par le titre de la poursuite, il devra recueillir au préalable l'accord express de la personne poursuivie[34].

D'autres garanties, qualifiées de droits de la défense, participent à l'effectivité, voire à l'efficacité du doit à la preuve contraire. Tel est le cas du droit à un avocat et du droit à un interprète.

### b. Le droit à l'avocat

Le droit à un avocat est souvent présenté comme la première manifestation des droits de la défense. Selon le Chancelier Lamoignon, « *ce conseil qu'on a coutume de donner aux accusés n'est point un privilège accordé par les ordonnances ni par les lois* », mais « *une liberté acquise par le droit naturel, qui est plus ancien que toutes les lois humaines* »[35]. La personne poursuivie n'étant pas nécessairement rompue au fonctionnement de la justice, l'avocat pourra, sans parler du soutien moral qu'il peut apporter à son client surtout s'il est détenu, prodiguer des conseils à la personne poursuivie sur la manière de s'exprimer devant les services de police, le magistrat instructeur ou la juridiction de jugement. Il pourra l'assister pour la relecture et la modification des procès verbaux, s'assurer de la bonne tenue des interrogatoires et dénoncer tout abus, sans parler de son rôle dans la défense active de l'accusé que nous étudierons plus loin.

Le droit à l'avocat et la place de ce dernier diffèrent selon la phase du procès dans laquelle on se trouve. En effet, le procès pénal se décompose généralement en quatre phases distinctes. On distingue ainsi la phase préalable à l'introduction de l'action publique, l'instruction préparatoire pour les infractions les plus graves ou les affaires les plus

---

[33] V. par exemple Cass. crim. 22 mars 2000 ; *Bull. crim.* n° 133 : « *Mais attendu qu'il ne résulte d'aucune mention de l'arrêt ni des pièces de procédure que le prévenu ait accepté d'être jugé sur ces faits alors que les éléments constitutifs du délit d'omission de porter secours, différents de ceux des violences volontaires, n'étaient pas compris dans la poursuite…* » ; V. également Cass. crim. 27 avril 2000 ; *Bull. crim.* n° 171 traitant de la requalification devant le tribunal en matière d'abus de confiance et de recel ; Cass. crim. 2 octobre 2001 ; *Bull. crim*. n° 197, sur les conditions de requalification devant le tribunal correctionnel d'infractions au code électoral.

[34] V. dans le cas de la récidive : Cass. crim 20 septembre 2000 ; *Bull. crim.* n° 274.

[35] C.-G. de Lamoignon de Malsherbes, *Procès verbal des conférences sur les ordonnances de 1667 et 1670* ; Paris, Prault, 1776, p. 163.

complexes, la phase de jugement et enfin la phase d'exécution de la peine. La procédure pénale française a oscillé pendant longtemps entre la prohibition pure et simple de l'assistance de l'avocat et son admission partielle à l'une ou l'autre des phases du procès pénal.

Aux XIV[e] et XV[e] siècles, les avocats sont autorisés à parler en dernier et ainsi faire valoir les arguments de l'accusé, mais uniquement dans la procédure dite « ordinaire » concernant les infractions les plus légères. Paradoxalement, pour les infractions les plus graves, dans la procédure dite alors « extraordinaire », le recours à l'avocat est interdit. La procédure mise en place par une ordonnance de 1536 confirmée par l'ordonnance de Villers-Cotterêts marque un important retour en arrière en interdisant de façon péremptoire le recours à un défenseur : « *En matière criminelle, ne seront les parties aucunement ouïes par le conseil ou le ministère d'aucune personne, mais répondront par leur bouche des cas dont ils seront accusés.*»[36] L'ordonnance de 1670 qui a été appliquée jusqu'à la Révolution et qui a grandement inspiré le Code d'instruction criminelle a entériné l'interdiction pour la personne poursuivie d'être assistée d'un conseil[37]. La présence de l'avocat au cours de ces procédures était pour le moins restreinte. Tout au plus l'accusé pouvait-il obtenir un bref entretien avec un défenseur lorsqu'il n'encourrait ni la mort naturelle ni la mort civile. Dans les procédures criminelles les plus graves, la seule place laissée à l'avocat, compte tenu de leur impossibilité de plaider devant la Chambre des Tournelles, réside dans le dépôt de mémoires écrits appelés « *factums* » dans lesquels ils défendent leur cause. Cet état de fait conduit Pothier et le Chancelier Lamoignon à affirmer, s'agissant du recours à l'avocat, que la procédure pénale française est « *plus rigoureuse que tous les États d'Europe* »[38]. Un renversement radical de la philosophie pénale est intervenu à la Révolution française en se référant à l'*Habeas corpus* Anglais. Au-delà de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen du 26 août 1789, l'Assemblée constituante va procéder à une véritable déclaration de principe en faveur des droits de la défense dans un décret des 8-9 octobre et 3 novembre 1789. Ce texte prévoit que « *l'accusé décrété de prise de corps, pour quelque crime que se soit, aura le droit de se choisir un ou plusieurs conseils, avec lesquels il pourra conférer librement en tout état de cause, et l'entrée de la prison sera toujours permise audits conseils. Dans le cas où l'accusé ne pourra pas en avoir par lui-même, le juge lui en nommera un d'office, à peine de nullité* ». Allant au-delà de tout texte et de tout usage ayant pu existé, ce même décret ajoute dans son

[36] Ordonnance de 1539, art. 162.
[37] Ordonnance de 1670, Titre XIV, art. 8 : « *Les accusés de quelque qualité qu'ils soient seront tenus de répondre par leur bouche, sans le ministère d'un conseil qui ne pourra leur être donné, même après la confrontation, nonobstant tout usage contraire que nous abrogeons…* ».
[38] R. J. Pothier, « Traité de la procédure criminelle », in : *Œuvre complète*, t. 25 ; Paris, Thomine et Fortic, 1821, p. 324.

article 18 que « *le conseil de l'accusé pourra être présent à tous les actes d'instruction », « qu'il pourra être présent pendant la séance entière* » et qu'il pourra « *parler pour la défense après le premier rapport fini, les conclusions données et le dernier interrogatoire prêté* ». Ces déclarations humanistes et protectrices de l'individu resteront malheureusement lettre morte. La passion révolutionnaire se transforma rapidement en période de Terreur. La suspicion nationale entraînant le législateur à aller à contre-courant des idées de liberté et d'égalité. Cette période est marquée par la suppression de l'Ordre des avocats en 1791 et le remplacement des conseils professionnels par de simples citoyens. Le mouvement s'accélère encore avec une loi du 22 prairial an II (10 juin 1794) qui supprime purement et simplement l'assistance d'un avocat pour aboutir à la période de Grande Terreur qui va durer six longues semaines au cours desquelles 796 personnes seront condamnées à mort par le Tribunal révolutionnaire. Après ces excès, le régime va lui-même ressentir la nécessité de reconstituer l'Ordre des avocats dans une loi du 22 ventose an XII.

Le Code d'instruction criminelle de 1808 va mettre fin à cette instabilité chronique et marquera le point de départ d'un mouvement continu vers l'affirmation du rôle de la défense et plus particulièrement vers une présence accrue du conseil à l'ensemble des phases du procès.

Reconnu uniquement pour le déroulement de l'audience de jugement dans le Code d'instruction criminelle de 1808[39], le droit à l'avocat a été étendu à la phase d'instruction par la loi Constans du 8 décembre 1897[40] qui permit, entre autre, à l'inculpé d'être assisté d'un conseil lors de ses interrogatoires par le juge d'instruction[41]. C'est une loi du 9 juillet 1984 qui instaure le débat contradictoire au cours duquel l'avocat de l'inculpé est présent au moment où le juge d'instruction statue sur la détention provisoire. Il faudra attendre les lois des 4 janvier et 24 août 1993 pour voir apparaître l'avocat à l'occasion de la garde à vue, en

[39] Seul un courant minoritaire de la doctrine a dénoncé à l'époque le caractère trop restrictif de ce droit de la défense. Citons par exemple cet avocat selon lequel « *l'inculpé* […] *devrait être assisté d'un conseil aussitôt qu'il le juge convenable* » : J.-F. Tougard, « Des vices et des abus de l'instruction criminelle en France et des moyens d'y remédier », compte rendu par R. Magistrat ; *Revue Thémis*, 1824, p. 207. De nombreux auteurs marquant même clairement leur désaccord avec une telle mesure : voir par exemple E. Garçon, *Rev. pénit*. 1899, p. 25 s. ; G. Le Poittevin, *Rev. pénit*. 1898, p. 938 s.

[40] Le sénateur Constans, par ailleurs Professeur à la faculté de droit de Toulouse, a rédigé cette proposition de loi face à une pressante remise en question de l'attitude de certains juges d'instruction dans la recherche des preuves : « *nos juges d'instruction sont comme tous les hommes, ce sont des fonctionnaires comme les autres qui ont besoin d'être surveillés, j'emploie l'expression à dessein* ».

[41] Voir J. Pradel, « Centenaire de la loi du 8 décembre 1897 sur la défense avant jugement pénal : essai d'un bilan » ; *D.*1997, chr. p. 375.

lui permettant d'avoir un entretien avec son client après la vingtième heure[42], intervention qui sera ramenée à la première heure de garde à vue par la loi du 15 juin 2000[43].

L'officier de police judiciaire qui procède au placement en garde à vue n'a qu'une obligation de moyen s'agissant de la présence de l'avocat. On ne peut en effet lui reprocher l'absence d'un avocat qu'il a régulièrement averti de la mesure[44]. L'avocat désigné peut communiquer avec la personne gardée à vue « *dans des conditions qui garantissent la confidentialité de l'entretien* » et pour « *une durée qui ne peut excéder trente minutes* »[45]. En cas de prolongation, la personne gardée à vue peut demander à bénéficier d'un nouvel entretien avec son défenseur.

La mise en cause des conditions de la garde à vue par la Cour européenne des droits de l'Homme[46] et par le Conseil constitutionnel[47] conduisent inévitablement à une meilleure prise en compte de la place de l'avocat dans la procédure de garde à vue. Plus précisément, les juges constitutionnels relèvent que l'interdiction générale du concours effectif d'un avocat lors des interrogatoires de la personne placée en garde à vue constitue une restriction disproportionnée aux droits de la défense[48]. Le législateur devra par conséquent revoir le régime de la garde à vue avant le 1er juillet 2011 afin de préserver le doit à l'assistance d'un avocat, principalement au cours des phases d'interrogatoires[49].

La question de la présence de l'avocat au cours d'une instance pénale pose nécessairement celle de son coût et de la possibilité pour tout individu de se défendre efficacement. Une réforme intervenue par la loi du 22 janvier 1851 organise l'assistance judiciaire gratuite en matière criminelle et correctionnelle, visant en particulier « *les*

---

[42] Cette loi du 24 août 1993 prévoyait néanmoins d'interdire l'intervention de l'avocat au cours de la garde à vue lorsque celle-ci est soumise à des conditions particulières de prolongation (terrorisme et trafic de stupéfiants). Mais ces dispositions ont été censurées par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 11 août 1993 et la loi du 1er février 1994 a fixé à la soixante douzième heure l'intervention de l'avocat dans les gardes à vue touchant à ces matières.

[43] En principe du moins, car il existe toujours quelques exceptions pour lesquelles le délai d'intervention de l'avocat est reporté à la quarante huitième heure voir à la soixante douzième heure par exemple en matière de trafic de stupéfiant, de terrorisme, ou de délinquance organisée ( art. 706-88 *C. proc. pén*.).

[44] Cass. crim. 13 fév. 1996, req. n° 95-84330.

[45] Art. 63-4 al. 4 et 6 *C. proc.pén*.

[46] CEDH, Salduz c. Turquie, 27 nov. 2008, req. n° 36391/02.

[47] Cons. constit. 30 juill. 2010, décision 2010-14/22 QPC, M. Daniel W. et autres.

[48] Cons. constit. 30 juill. 2010, préc., considérant n° 28.

[49] La prise d'effet de la déclaration d'inconstitutionnalité des art. 62, 63, 63-1 et 77 du *C. proc. pén*. a en effet été ajournée au 1er juillet 2011 afin de laisser un temps suffisant au législateur pour reprendre la législation concernant la garde à vue. Cette décision est justifiée par les juges constitutionnels au regard des objectifs de « *prévention des atteintes à l'ordre public et de recherche des auteurs d'infractions* » et en considérant que l'abrogation immédiate des dispositions contestées « *entraînerait des conséquences manifestement excessives* ».

*déshérités et les humbles* », permettant ainsi à toute personne, de quelque condition qu'elle soit, de bénéficier de l'assistance d'un avocat prise en charge financièrement par l'État. La seule limite qui s'applique à ce système qui a pris l'appellation de « commission d'office » réside dans l'impossibilité pour la personne poursuivie de choisir son défenseur, contrairement au système de l'aide juridictionnelle applicable à la partie civile. Il revient donc au bâtonnier, informé de cette demande par tous moyens et sans délai (art. 63-4, alinéa 1er, du Code de procédure pénale), de désigner ce défenseur.

Le doit à l'assistance d'un avocat a fait également l'objet d'une reconnaissance internationale. L'article 6§3 c de la Convention européenne des droits de l'Homme offre à tout accusé le droit de se défendre seul ou de bénéficier de l'assistance « *d'un défenseur de son choix et, s'il n'a pas les moyens de rémunérer un défenseur, de pouvoir être assisté gratuitement par un avocat d'office* ».

Il découle de ces différentes évolutions que toute personne comparaissant devant une juridiction de jugement a le droit d'être assistée par un avocat. Alors que la présence de l'avocat est obligatoire devant la cour d'assises (article 307 du Code de procédure pénale), elle n'est que facultative devant les juridictions de police et correctionnelle (article 417, alinéa 1er du Code de procédure pénale). Notons tout de même quelques exceptions à ce principe. L'ordonnance du 2 février 1945[50], en ses articles 4-1 et 14-2, impose la présence d'un avocat pour assister un mineur poursuivi. En second lieu, l'article 417, alinéa 4, du Code de procédure pénale dispose que l'assistance d'un défenseur est obligatoire quand le prévenu est atteint d'une infirmité de nature à compromettre sa défense.

Notons également la spécificité de certaines procédures devant le tribunal correctionnel rendant obligatoire la présence d'un avocat. Tel est le cas de la procédure de comparution immédiate. En effet, le tribunal est tenu d'avertir que le prévenu ne peut être jugé le jour même qu'avec son accord, et cet accord ne peut être recueilli qu'en présence de son avocat ou d'un avocat commis d'office (article 397 du Code de procédure pénale). De même, la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité rend obligatoire l'assistance d'un avocat au cours des trois différentes phases de la procédure : la reconnaissance de culpabilité, l'acceptation de la peine proposée et l'audience d'homologation (article 495-8, alinéa 4, et 495-9 du Code de procédure pénale).

[50] Ord. n° 45-174 du 2 février 1945 relative à l'enfance délinquante.

Plusieurs garanties découlent du droit à l'assistance d'un conseil, afin de le rendre réellement efficace. Il s'agit de la libre communication de l'avocat avec son client ainsi que la liberté de parole de l'avocat.

Le droit à la libre communication de l'accusé avec son avocat a suivi la même évolution que le droit à l'avocat. La loi Constans de 1897 a affirmé ce droit à la libre communication en permettant à l'inculpé détenu de communiquer librement avec son conseil aussitôt après l'interrogatoire de première comparution[51]. Cette garantie n'est plus réservée à la seule personne mise en examen. Une loi du 2 février 1981 l'a étendue à la personne poursuivie par citation directe et enfin à la personne faisant l'objet d'une comparution immédiate par une loi du 10 juin 1983. L'article 278 du Code de procédure pénale affirme également un droit à la libre communication après la clôture de l'information[52].

L'importance de cette composante des droits de la défense pour l'exercice d'un véritable droit à la preuve contraire est primordiale. En effet, même s'il s'agit d'une garantie passive, elle conditionne la faculté pour la personne mise en cause d'agir positivement sur sa défense et ce à plusieurs titres. Tout d'abord, l'assistance de l'avocat va permettre à l'accusé de mieux connaître l'environnement dans lequel il est plongé et pallier ainsi son inexpérience de la chose judiciaire qui constitue à n'en pas douter une faiblesse. Il va ensuite l'aider à élaborer une stratégie de défense et ainsi assurer la préservation des garanties tenant à son statut et la préparation des actes positifs d'intervention qu'il demandera pour démontrer son innocence.

### c. Le droit à un interprète

Le droit à un interprète fait partie également des droits reconnus de la défense[53]. Le Code de procédure pénale prévoit désormais, au stade de l'audience, que la nomination d'un interprète en présence d'un prévenu ou d'un accusé sourd et/ou muet ou ne connaissant pas suffisamment le français doit être prononcée d'office par le président du tribunal ou de la cour[54]. Ce principe est également consacré au stade de l'instruction préparatoire[55], même s'il

---

[51] Art. 8 de la loi du 8 décembre 1897 : « *Si l'inculpé reste détenu, il peut aussitôt après la première comparution, communiquer librement avec son défenseur* ».

[52] Art. 278 *C. proc. pén* : « *L'accusé ne cesse pas de pouvoir communiquer librement avec son avocat* ».

[53] L'ordonnance de 1670 faisait déjà obligation au juge de nommer un interprète lorsque l'accusé n'entendait pas la langue française (art.11, Titre XIV). Ces dispositions ont été reprises dans le Code d'instruction criminelle (art. 332 et 333) mais se limitaient à l'audience de jugement.

[54] Voir art. 535 *C. proc. pén*. devant le Tribunal de police, art. 407 et 408 *C. proc. pén*. devant le Tribunal Correctionnel, les art. 344 et 345 *C. proc. pén* devant la Cour d'assises ainsi que l'article 20 de l'ordonnance du

est assoupli dans son application[56]. La présence de l'interprète aux différents actes de l'instruction touchant la personne poursuivie est d'autant plus importante que, s'agissant d'une phase de la procédure essentiellement écrite, il apparaît difficile d'obtenir la traduction des différentes pièces du dossier, et ce pour une raison de coût et également pour la lenteur qu'entraînerait cette traduction pièce par pièce. Il semble donc évident que toutes les pièces du dossier d'instruction n'ont pas à être traduites. Néanmoins, force est de constater que le droit français se limite au strict minimum. En effet, par un arrêt du 2 novembre 1994, la Cour de cassation énonce qu'en l'absence de textes de loi exigeant la traduction des pièces du dossier d'instruction, seul l'arrêt de mise en accusation doit faire l'objet d'une traduction.

Au stade de la garde à vue, la personne étrangère s'exprimant mal en français a droit à ce que son avocat soit accompagné d'un interprète lors du premier entretien. L'absence d'interprète au cours de cet entretien équivaudrait à l'absence d'entretien et entraînerait par là-même la nullité de tous les actes accomplis durant la garde à vue[57]. Il ressort de ce constat que l'assistance d'un interprète doit être gratuite, quand bien même la personne ne bénéficierait pas de l'aide juridictionnelle. Cette gratuité reconnue au plan international[58] interdit également à l'État de former un recours ultérieur en remboursement des sommes engagées pour frais d'interprète lorsque la personne poursuivie a été condamnée.

Il semble évident que le recours à ces collaborateurs occasionnels de la justice[59], ces « messagers de la vérité »[60], soit un gage de bonne justice et une garantie pour l'accusé qui peut ainsi à la fois mieux comprendre l'environnement qui l'entoure et faire entendre toute

---

2 février 1945 devant la Cour d'assises des mineurs et l'article 231 du Code de justice militaire devant les juridictions des forces armées. Notons également l'obligation de recourir aux services d'un interprète lors de l'interrogatoire préalable de l'accusé par le Président de la Cour d'assises en vertu de l'article 272 *C. proc. pén*. lorsque l'accusé « *ne parle pas ou ne comprend pas la langue française* » ainsi que devant la Chambre d'accusation statuant en matière d'extradition en vertu de l'article 14 de la loi du 10 mars 1927.

[55] Art. 102 et 121 *C. proc. pén.*. La même obligation pèse sur le juge des enfants lorsqu'il conduit une instruction par l'application de l'article 8 al.2 de l'ordonnance du 2 février 1945.

[56] La jurisprudence a en effet décidé que la personne ne parlant pas français pouvait être entendue par le juge d'instruction dans une langue autre que sa langue d'origine s'il pouvait s'exprimer dans une autre langue étrangère avec l'assistance d'un interprète (Cass. crim. 13 février 1990 ; *Bull. crim.* n° 73, cas d'un ressortissant hongrois s'exprimant en anglais qui a pu être entendu valablement avec l'assistance d'un interprète de langue anglaise). La jurisprudence a de plus admis que l'interprète, au stade de l'instruction, soit un ami de la victime à partir du moment où il n'a pas la qualité de témoin (Cass. crim. 15 janvier 1992 ; *Bull. crim.* n° 15).

[57] TGI Aix-en Provence, 22 décembre 1993 ; *D*. 1994 p. 566, note D. Virot-Barrial.

[58] Cette gratuité est reconnue à l'article 6§3 de la Convention européenne des droits de l'homme et à l'article 14 du pacte relatif aux droits civils et politiques.

[59] L'interprète est en effet bel et bien un auxiliaire de la justice et non l'auxiliaire de l'une des parties. En témoigne le serment que doit prêter l'interprète « *d'apporter son concours à la justice en son honneur et en sa conscience* », cf. Cass. crim. 2 février 1994 ; *Dr. pén*. 1994, comm. p. 197.

[60] J-F. Eschylle, « L'interprète en matière pénale » ; *Rev. sc. crim*. 1992, p. 259.

remarque utile à sa défense. Encore faut-il, pour que cette garantie soit véritablement effective, que l'interprète choisi remplisse certaines exigences de probité, d'impartialité et de compétence technique. S'agissant de ce dernier élément, une liste d'interprètes judiciaires est établie dans le ressort de chaque cour d'appel.

D'autres garanties, que l'on peut qualifier de droits de la défense, dégagées au fil du temps par la jurisprudence, participent à l'effectivité du droit à la preuve contraire. Nous pouvons citer par exemple la prohibition des mises en examen tardives, l'impossibilité de clore une instruction sans avoir procédé au cours de celle-ci à l'interrogatoire au fond de « l'inculpé »[61]… L'ensemble de ces droits, acquis au fil du temps et qui sont définis par la jurisprudence et la plupart des auteurs comme des droits de la défense participent eux aussi à n'en pas douter à une affirmation, à une effectivité du droit à la preuve contraire en permettant à l'accusé d'être, le plus tôt possible, dans la meilleure position pour faire valoir tout argument lui étant favorable. Tel est l'objet de la prohibition des mises en examen tardives qui pourraient conduire l'accusé à être privé de garanties lui permettant de faire valoir sa défense alors qu'il se trouve déjà, dans les faits, être l'objet d'accusations précises.

### 2. Le respect du contradictoire

Principe imprégnant totalement la procédure civile[62], le respect du contradictoire n'est pas pour autant absent de la procédure pénale. Cette notion, apparue dans la Grèce Antique[63], inhérente au procès civil, a en effet été transposée au procès administratif et au procès pénal pour garantir, à travers les débats, l'effectivité des droits de la défense. Elle constitue « *l'âme du système accusatoire* »[64], par opposition au secret, trait principal du système inquisitoire.

---

[61] Cass. crim. 21 mars 1873 ; *D.P.* 1873.1.224 ; Cass. crim. 8 avril 1892 ; *D.P.* 1893.1.302 ; Cass. crim. 24 juin 1922 ; *D.P.* 1924.1.58.

[62] L'art 16 du *Nouveau Code de procédure civile* dispose que « *le juge doit, en toutes circonstances, faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction* ». L'expression « *principe du contradictoire* » est quand à elle apparue dans le décrêt n°2004-836 du 20 août 2004 modifiant l'art. 524 NCPC relatif à l'arrêt de l'exécution provisoire : V. L. Miniato, « La « consécration » du principe du contradictoire » ; *D.* 2005, p. 308 s.

[63] Citons pour exemple le procès d'Oreste, dans les *Euménides* d'Eschyle, qui est acquitté du meurtre de sa mère Clytemnestre, au bénéfice du partage des voix, après un débat contradictoire : J. M. Varaut, *Le droit au droit : pour un libéralisme institutionnel* ; Paris, PUF, 1986, p. 129 et 137 s.

[64] J.-L.-E. Ortolan, *Eléments de droit pénal*, *préc.,* n° 1853, p. 869.

Tout comme le principe général des droits de la défense[65], la contradiction a acquis une valeur constitutionnelle comme « *principe fondamental reconnu par les lois de la République* »[66] en vertu du préambule de la Constitution de 1946 auquel fait référence celui de la Constitution du 4 octobre 1958. Le respect du contradictoire a été érigé en principe directeur du procès pénal par l'article préliminaire du Code de procédure pénale qui dispose que *« La procédure doit être équitable et contradictoire et préserver l'équilibre des droits des parties* »[67]. Ce principe fondamental a été défini par la jurisprudence européenne comme le droit « *pour les parties à un procès civil ou pénal, à prendre connaissance de toute pièce ou observation présentée au juge* […] *en vue d'influencer sa décision et de la discuter* »[68]. Certains auteurs concluent à ce titre à l'avènement d'un véritable « *principe général d'information* »[69].

Le juge est tenu en toutes circonstances d'observer et de faire observer le principe le la contradiction et ne peut retenir dans sa décision que les éléments et les explications qu'il a recueillis contradictoirement. Le principe du contradictoire s'impose donc non seulement entre les parties, mais également entre le juge et les parties.

L'incidence du droit de contradiction sur le droit à la preuve contraire est indéniable. Il constitue avant tout une garantie d'information sur la preuve et permet par la suite de garantir une discussion sur cette preuve. La discussion sur la preuve envisagée sous couvert du contradictoire pourrait dès lors s'entendre de la possibilité de contester les éléments de preuve fournis par l'accusation et de pouvoir les combattre par tous moyens. Cette définition se rapprocherait par conséquent de la notion de droit à la preuve contraire. Si cette présentation peut paraître intéressante, le principe du contradictoire souffre d'une limite qui ne permet pas d'en faire un fondement au droit à la preuve contraire. En effet, le mécanisme induit par le principe du contradictoire est un mécanisme de « contre-attaque ». La possibilité offerte à la personne poursuivie de rapporter des éléments de preuve contraire à l'accusation ne peut se

---

[65] Le respect du contradictoire a d'ailleurs été confondu pendant un temps avec la notion de droits de la défense : M. Autesserre, « Définition du principe du contradictoire en matière pénale », in : *Problèmes actuels de sciences criminelles* ; Aix-en-Provence, PUAM, vol. XII, 1999, n° 235 s., p. 112 s.

[66] Cons. constit. décision n°76-70 DC du 2 décembre 1976, *Prévention des accidents du travail*, *Rec.* p. 39 ; Voir également L. Favoreu et L. Philip, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, préc., n° 32-20. V. également M.-A. Frison-Roche, *Généralités sur le principe du contradictoire* ; Thèse, Paris 2, dir. J. Foyer, 1988.

[67] Cette formulation est reprise dans l'avant-projet de futur Code de procédure pénale présenté le 10 mars 2010.

[68] Définition donnée par la Cour européenne des droits de l'homme dans plusieurs de ses arrêts : voir par exemple CEDH 23 juin 1993, Ruiz-Mateos c/ Espagne ; série A n° 262, §30 ; CEDH 20 février 1996, Lobo-Marchado c/ Portugal, §31.

[69] C. Ribeyre, *La communication du dossier pénal* ; Thèse, Grenoble, dir. P. Maistre du Chambon, 2004 ; Aix en Provence, PUAM, 2007, n° 125, p. 104.

faire sous ce couvert qu'en réaction à des éléments précis portés au débat par l'accusation. Le principe du contradictoire s'analyse dès lors comme un droit de réponse. La notion de droit à la preuve contraire ne nous semble pas pouvoir être réduite à cette logique. Le droit à la preuve contraire doit s'entendre non comme le droit à rapporter des éléments de preuve déterminés par le contenu du débat mais plutôt comme une licence générale pour lutter contre le sentiment de culpabilité. Il ne doit en aucun cas pouvoir être réduit à la fois dans son étendue et dans le moment de sa mise en œuvre. Il doit s'ouvrir dès qu'une accusation est portée contre une personne déterminée et lui ouvre une possibilité générale de rapporter des éléments de preuve de nature à établir son innocence.

Il est tout d'abord appliqué tant au stade du jugement qu'au stade de l'instruction. Au cours de la phase préparatoire au procès pénal, il a justifié la censure d'une décision de chambre d'accusation qui avait renvoyé devant une cour d'assises un individu n'ayant jamais été entendu[70].

Si un certain nombre d'éléments du contradictoire apparaissent clairement comme des composantes ou des garanties de l'effectivité du droit à la preuve contraire, ce concept ne peut être analysé comme un fondement de ce droit. L'application de la contradiction, quant à la défense pénale, se limite en effet à la connaissance des éléments de preuve de l'accusation et de la possibilité corrélative de les contester et de les discuter. Le principe de la contradiction n'est en revanche d'aucun secours lorsqu'il s'agit de justifier d'un droit d'initiative du défenseur dans la recherche et l'administration de la preuve contraire.

### B. La nécessité de dépasser le strict respect des droits de la défense

Dans notre tentative de recherche d'un fondement au droit à la preuve contraire, le dépassement du concept des droits de la défense est inévitable d'un double point de vue. Tout d'abord parce qu'il est impossible d'analyser les droits de la défense comme un sous ensemble du droit à la preuve contraire (1) et ensuite parce que l'on constate que ce concept vieillissant ne correspond plus à l'évolution de notre système pénal et qu'il ne peut par conséquent pas être en adéquation avec un concept naissant et la recherche d'une implication de l'accusé dans l'exercice de sa défense (2).

[70] Cass. crim. 12oct. 1972 ; *Bull. crim*. n° 286.

1. L'impossibilité d'analyser les droits de la défense comme un sous ensemble du droit à la preuve contraire

Si les droits de la défense et le droit à la preuve contraire participent du même principe général de préservation des intérêts de la personne mise en cause, la différence fondamentale qui apparaît quant à leur philosophie ne permet pas de les classer en tant qu'ensemble et sous ensemble. En effet, le concept de droits de la défense nous semble rencontrer deux limites importantes qui ne permettent pas de confirmer l'existence d'un lien direct entre les deux notions. La première serait de nature psychologique. Le principe des droits de la défense induit l'idée selon laquelle la société est à la fois chargée d'accuser et de défendre la personne poursuivie et que cette dernière doit s'en remettre à elle en toute confiance pour apprécier sa culpabilité ou son innocence. L'accusé serait alors condamné à être observateur d'une procédure dont la conséquence peut être d'une extrême violence puisqu'elle peut se terminer par le prononcé de sanctions pénales pouvant aller jusqu'à la privation de liberté.

La seconde limite tiendrait plus de la sociologie juridique de notre système pénal. Le principe des droits de la défense semble se rapprocher d'un système juridique de type inquisitoire ménageant une large part au rôle du juge et aux prérogatives de l'accusation. Le droit à la preuve contraire est basé sur une participation active de la personne mise en cause et témoigne en conséquence d'une logique accusatoire.

Les mécanismes de protection sont par conséquent radicalement différents, et le principe des droits de la défense ne peut être analysé comme un sous ensemble du droit à la preuve contraire.

Au-delà de cette conclusion, on ne peut que constater le dépassement et l'affaiblissement généralisé de cette notion. L'évolution moderne de notre système pénal ne se satisfait plus de concepts qui semblent bien être dépassés même s'ils sont moralement intouchables. Le principe de la présomption d'innocence et son corollaire, le droit au silence, font partie au même titre que les droits de la défense de ces concepts qui ont souffert de l'évolution de la procédure pénale. Le droit au silence en est un bon exemple. Non seulement il est difficile de se taire, mais ce serait en plus dangereux. Le droit au silence est incompatible avec une conception moderne de la défense, avec la nécessité pour la personne mise en cause d'être acteur de son procès et de ne pas attendre simplement la fin de la procédure en ne pouvant dénoncer que les fautes commises par son adversaire.

Comme nous l'avons vu, les garanties apportées par les droits de la défense sont nécessaires à la fois pour le respect de l'équilibre du procès et pour ne pas déséquilibrer le procès plus qu'il ne l'est déjà par l'opposition de deux blocs dont l'un représente des intérêts privés et l'autre l'intérêt de la société qui doit se protéger.

### 2. La recherche d'une implication de l'accusé dans l'exercice de sa défense

La perte de puissance du concept de droits de la défense a certes été accentuée par ses mises en cause récurrentes, mais également par sa perte de terrain face à l'émergence d'une nouvelle notion plus large ménageant un rôle plus actif de la personne mise en cause dans l'exercice de sa défense.

La manière de concevoir la défense pénale a en effet considérablement évolué. En schématisant, l'évolution de notre procédure pénale témoigne de la volonté de transformer la personne « objet » de la procédure en acteur du procès pénal. Cette évolution est parfaitement logique si l'on recherche à éviter les erreurs judiciaires et à se rapprocher le plus possible de la « vérité ». L'accusé doit alors, au même titre que l'accusation et la partie civile, participer à la construction de cette « vérité » qui sera prononcée par le juge. Comment imaginer un système de défense dans lequel celui qui est accusé n'a pas de moyens concrets et effectifs de se défendre, c'est-à-dire non seulement de contredire les éléments de preuve fournis par l'accusation, mais aussi la faculté de décider de la recherche et de la production de tout élément qui lui serait favorable (témoignage, actes d'enquête, expertise…).

Le concept de droit à la preuve contraire témoigne d'une volonté concrète de permettre à l'accusé d'obtenir et de présenter des éléments de preuve qui lui sont favorables et qui n'ont pas nécessairement été recherchés et rapportés par l'accusation et l'institution judiciaire. Il s'agit bien ici d'un dépassement des droits de la défense vers un concept actif de protection qui a pu être présenté sous l'appellation de « droits de l'accusé ».

## Section 2 : Une tentative de dépassement des droits de la défense dans la recherche d'un fondement au droit à la preuve contraire

Si l'on ne peut que constater un affaiblissement du concept de droits de la défense, on ne peut assurément pas conclure à la disparition pure et simple des garanties accordées à la défense en matière pénale. Le principe vieillissant des droits de la défense semble tout simplement avoir montré ses limites face à une évolution de notre système pénal qui rend nécessaire la recherche d'un nouveau concept permettant de prendre en considération le rôle de plus en plus actif conféré à l'ensemble des parties dites privées intervenant au procès pénal. Ce mouvement a d'ailleurs été consacré par le législateur qui utilise de moins en moins la référence aux droits de la défense et qui a même remplacé ce concept dans des textes existants. L'une des modifications les plus flagrantes est celle apportée par la loi du 24 août 1993 à l'article 171 du Code de procédure pénale. Cet article, dans son ancienne rédaction, prévoyait la nullité de l'acte d'information pour violation d'une formalité substantielle prévue par la loi lorsqu'elle « *a porté atteinte aux droits de la défense* ». Le législateur de 1993 a substitué le terme d' « *intérêts de la partie qu'elle concerne* » au terme de « *droits de la défense* ». Par ailleurs, le législateur n'a pas jugé bon d'inscrire en tant que tel le respect des droits de la défense dans l'article préliminaire du Code de procédure pénale issu de la loi du 15 juin 2000[71]. Ce mouvement n'a pas consisté uniquement à la prise en considération de la partie civile au cours du procès pénal. Il s'est accompagné de mesures législatives tendant à replacer la personne mise en cause dans une posture de défense active par la reconnaissance de droits d'intervention dans la marche de la procédure. S'agissant de la protection des intérêts de la personne poursuivie, il semble donc que l'on assiste à l'essor d'un nouveau concept qui serait celui de « droits de l'accusé ». Il convient d'entendre par cette appellation les droits actifs des parties privées appliqués à l'accusé[72].

En analysant ce concept, nous pourrons constater sa compatibilité avec le principe d'un droit à la preuve contraire (§1). Cette compatibilité vérifiée, il faudra néanmoins conclure que la notion de « droits de l'accusé » tient plus de la composante du droit à la preuve contraire que de son fondement (§2).

---

[71] Loi n° 2000-516 du 15 juin 2000. Le législateur a préféré s'attacher à la préservation de « l'équilibre des droits des parties » (al.1) et faire seulement état de quelques manifestations des droits réservés à toute personne suspectée ou poursuivie : l'assistance d'un défenseur, l'information sur les charges retenues, le droit à être jugé dans un délai raisonnable, le droit d'appel.

[72] C. Ambroise-Castérot*, La procédure pénale*, préc., n° 214, p. 166

## §1. La compatibilité du concept de droits de l'accusé avec le droit à la preuve contraire

L'enchevêtrement des notions protectrices des droits du justiciable, et particulièrement de la personne mise en cause, rend complexe la recherche d'un fondement au droit à la preuve contraire. De prime abord, l'utilisation du terme « droits de l'accusé » pourrait surprendre et mérite quelques explications. En effet, nous connaissons en droit pénal une définition que l'on pourrait qualifier de restrictive de la notion d'accusé. Dans notre conception traditionnelle, l'accusé est la personne poursuivie devant la cour d'assises, c'est-à-dire pour une infraction qualifiée de crime. Ce n'est bien évidemment pas cette conception restrictive que nous retiendrons dans une définition des « droits de l'accusé ». Nous lui préfèrerons son acception européenne qui se réfère à toute personne poursuivie en matière pénale[73]. Cette expression de « droits de l'accusé », que nous utiliserons par souci de lisibilité, recouvre alors les droits actifs des parties privées appliqués à la personne poursuivie. Nous tenterons dès lors de clarifier la spécificité de cette notion par rapport aux droits de la défense (A) avant d'en tirer tous les enseignements quant à l'affirmation du droit à la preuve contraire (B).

### A. La spécificité de la notion de droits de l'accusé par rapport aux droits de la défense

Le caractère limitatif de la protection accordée à la personne mise en cause par les droits de la défense nous conduit à rechercher une plus grande efficacité dans l'exercice de la défense par la reconnaissance d'un droit d'intervention, de droits d'action de la personne mise en cause dans la marche du procès. Nous soulignerons donc dans un premier temps l'existence d'une dualité de concepts (1) avant de définir les contours de la notion de « droits de l'accusé » (2).

[73] Par emprunt à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme.

### 1. L'existence d'une dualité de concepts

Un véritable fossé sépare la notion de droits de la défense et celle de droits de l'accusé. Nous avons vu que le concept de droits de la défense se référait à une garantie passive de la personne poursuivie, à une autolimitation que s'impose la société dans sa fonction de juger, à ce que certains auteurs ont pu qualifier de « *droits de réaction* »[74] par opposition aux droits d'action qui reconnaissent à l'individu l'exercice d'une véritable initiative dans la construction de sa défense indépendamment du rôle et des initiatives de l'accusation. Ainsi, aux « droits de la défense », on peut opposer la différence conceptuelle liée au « droit de se défendre ». Il s'agirait ici d'un droit autonome d'être actif et d'utiliser les prérogatives laissées par la loi pour démontrer son innocence.

La posture de la personne mise en cause est radicalement différente selon le concept choisi. Les droits de la défense la cantonnent à un rôle que l'on pourrait comparer, sans trop exagérer le trait, à un témoin d'une procédure au cours de laquelle d'autres intervenants vont décider de sa culpabilité. Les droits de l'accusé permettent à la personne mise en cause d'intervenir dans la marche de la procédure qui est conduite à son encontre.

L'intérêt de la distinction quant à la recherche des preuves est fondamental. Afin de contrôler le respect des droits de la défense, l'autorité judicaire va veiller à la préservation des droits de la personne mise en cause dans la recherche des preuves effectuée par les services d'enquête, le juge d'instruction ou la victime. Dans le cas des droits de l'accusé, la reconnaissance du rôle actif de la personne mise en cause va permettre de lui voir reconnaître un pouvoir d'initiative dans la recherche et l'administration de la preuve, que ce soit directement ou indirectement (possibilité de « faire » rechercher les preuves).

Cette différence de notion permet alors de distinguer entre le droit à être informé de la nature de la poursuite[75] ou du droit à l'assistance d'un avocat[76] et le droit de demander communication du dossier de la procédure[77] ou même de la possibilité pour l'accusé ou son avocat de demander à pouvoir disposer d'une copie du dossier de la procédure. Ces différents actes nécessitent une démarche qui est absente de la notion de droit de la défense.

---

[74] C. Ambroise-Castérot, préc., p. 166.
[75] Il s'agit ici d'un droit à la notification constitutif d'un droit de la défense : V. article préliminaire III al. 2 du *C. proc. pén.* et art. 63-1, 80-2, 113-4, 116, 118, et 695-27 *C. proc. pén*.
[76] Art. 63-1,63-4, 113-3, 80-1, 80-2 *C. proc. pén*.
[77] Art. 80-2 al. 3, art. 114 al. 2 et 3, art.116 al. 4, 278 al. 2, 393 al.3, 394 al. 2, 706-106 al. 1 et 495-8 *C. proc. pén*.

L'existence de ces différences fondamentales nous conduit à tenter de tracer les contours de cette notion de droits de l'accusé.

### 2. Les contours de la notion de droits de l'accusé

La notion de droits de l'accusé est symptomatique de l'évolution de notre procédure pénale, « *marquée par l'affaiblissement du rôle autoritaire et répressif de l'État, au profit d'un procès de défense, plus proche du due process modell anglo-saxon, au cours duquel les parties privées jouent un rôle essentiel* »[78]. Cette évolution, qui touche l'ensemble des parties privées au procès pénal a conduit à une reconnaissance de la place de la victime[79] pour en faire un véritable acteur du procès lui permettant d'engager des poursuites à l'encontre d'un individu et d'être actif tant au cours de la procédure de mise en état que de celle de jugement. Elle a également permis une montée en puissance des droits actifs de la personne mise en cause au cours de son procès.

Nous avons vu que les droits de la défense, de par leur processus d'élaboration, ne peuvent faire l'objet d'aucune liste exhaustive, ils varient en fonction de la jurisprudence. Les droits de l'accusé, ou droits des parties appliqués à la personne poursuivie, ne laissent aucune liberté au juge. Ils sont inscrits avec précision dans la loi[80], et ne relèvent, contrairement aux droits de la défense, d'aucun principe général ou constitutionnel. Il faut par conséquent qu'ils soient prévus par la loi et qu'ils témoignent d'une intervention, d'un acte positif, d'une action concrète de la personne mise en cause. Ce sont là les critères déterminants qui permettent de tracer les contours des droits de l'accusé.

### B. Les droits de l'accusé, un système actif de protection

À travers le concept de droits de l'accusé, le défenseur pénal adopte une posture volontariste. Il se mue en véritable acteur de son procès (1). La montée en puissance des possibilités d'intervention de la personne mise en cause dans le cours de la procédure est dès lors utile à l'affirmation d'un droit à la preuve contraire (2).

---

[78] X. Pin, « La privatisation du procès pénal » ; *Rev. sc. crim*. 2002, p. 245 s.
[79] C. Lazerges, *Introduction à la politique criminelle* ; Paris, L'Harmattan, 2000, p. 109 s.
[80] C. Ambroise-Castérot*,* préc. , p. 166.

### 1. L'accusé, acteur de son procès

La notion de droits de l'accusé constitue, au même titre que celle de droit à la preuve contraire, une petite révolution intellectuelle pour le système pénal français empreint historiquement d'une forte coloration inquisitoriale et qui laisse encore une place prépondérante à la préservation de l'efficacité de la répression. La notion de droits actifs des parties privées a permis sans nul doute, comme un concept intermédiaire, de faire évoluer les fondements idéologiques de notre système. La personne mise en cause est mise en mesure non seulement de s'expliquer sur ce qui lui est reproché mais elle peut également prendre l'initiative de la démonstration de son innocence. Cette modification entraine de profonds changements dans l'organisation générale du procès. Le droit à l'information, déterminant pour la stratégie de défense à adopter, est reconnu. L'accusé, acteur de son procès, peut également agir sur deux volets distincts. Il doit avoir les moyens suffisants pour réagir face aux éléments précis relevés par l'accusation et doit avoir la possibilité de rechercher et présenter ses propres arguments de nature à établir son innocence.

Le mouvement d'affirmation de droits actifs de l'accusé au cours de son procès a participé sans nul doute à reconnaître l'existence d'un véritable droit à la preuve contraire.

### 2. Droit à la preuve contraire et montée en puissance des droits de l'accusé

Le concept de droits de l'accusé est suffisamment large pour recouvrir l'ensemble des évolutions tendant à renforcer la place du défenseur pénal au cours de la procédure. Qu'il s'agisse du renforcement de son droit à la parole, de ses possibilités d'intervention dans la recherche probatoire ou de critique de l'action de l'accusation, de la partie civile ou même du juge, ces dernières décennies ont démontré la prise en compte des droits d'intervention de la personne mise en cause et plus généralement des parties privées au procès pénal[81]. La montée en puissance des droits de l'accusé témoigne d'une transformation de la manière de concevoir le procès pénal. D'un « *instrument essentiellement étatique de recherche de la vérité avec*

[81] J. Pradel, « La montée des droits du délinquant au cours de son procès. Essai d'un bilan », in : *Mélanges J. Larguier* ; Grenoble, PUG, 1993, p. 223 s.

*pour finalité unique la répression* »[82], il est devenu également un « *moyen de protection des intérêts privés* ».

Le développement du concept de droit à la preuve contraire s'appuie sur la reconnaissance de l'ensemble de cette sphère de protection du justiciable.

## §2. Les droits de l'accusé, composante d'un droit à la preuve contraire

Les notions de droits de l'accusé et de droit à la preuve contraire relèvent de la même démarche intellectuelle d'associer la personne mise en cause à la marche de la procédure et plus précisément au débat sur la preuve. Nous allons à ce stade préciser les éléments des droits de l'accusé qui concourent à l'exercice d'un droit à la preuve contraire (A) en constatant néanmoins que cette proximité de notions est insuffisante pour trouver dans le concept de droits de l'accusé un véritable fondement du droit à la preuve contraire (B).

### A. Les éléments des droits de l'accusé qui concourent à l'exercice d'un droit à la preuve contraire

L'affirmation des droits des parties privées à l'instance pénale a subi une véritable accélération au début des années quatre-vingt dix. Ce mouvement tendant à prendre plus en considération le caractère actif des parties, et singulièrement de la personne mise en cause, s'est exprimé à la fois sur le droit de savoir (1) et sur un réel droit d'agir (2).

#### 1. Le droit de savoir

La connaissance des éléments du dossier, du contexte et des arguments contre lesquels la personne mise en cause devra lutter pour affirmer son innocence, est primordiale. Il constitue le socle sans lequel tout désir d'action au fil de la procédure serait voué à l'échec. Au-delà de la simple notification de l'accusation, c'est une perception globale des

[82] X. Pin, préc. , p. 247.

informations et des arguments de la partie adverse qui peut permettre la construction d'une défense efficace.

Pendant la phase de jugement, les parties privées, et au premier chef la personne poursuivie, disposent d'un droit à obtenir la communication de la procédure. Cette affirmation n'allait pas de soit et la Cour de cassation a été contrainte de modifier sa jurisprudence sous la pression de la Cour européenne des droits de l'Homme. La haute juridiction française a en effet relevé que « *toute personne ayant qualité de prévenu ou d'accusé est en droit d'obtenir, en vertu de l'article 6§3 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, non pas la communication directe des pièces de la procédure, mais la délivrance, à ses frais, le cas échéant par l'intermédiaire de son avocat, de la copie des pièces du dossier soumis à la juridiction devant laquelle elle est appelée à comparaître* »[83].

Le droit de savoir au moment de la mise en état des affaires pénales a posé de nombreux problèmes et continue d'ailleurs de faire débat. La procédure d'instruction a longtemps laissé de côté cet aspect. Après avoir obtenu en 1897 la faculté d'assister son client chez le juge d'instruction, l'avocat a bénéficié d'un accès éphémère à la procédure la veille de chaque interrogatoire jusqu'en 1993[84], date à laquelle l'accès permanent de l'avocat à la procédure a été consacré sous l'ultime réserve du bon fonctionnement des cabinets d'instruction. Entre ces deux réformes fondamentales, le déséquilibre entre les prérogatives de la défense[85] et celles de l'accusation, qui pouvait avoir accès à la procédure à tout moment, était dramatique. Un pas supplémentaire a été franchi par une réforme de 1996. Le dernier alinéa de l'article 114 du Code de procédure pénale, disposant que les avocats ne pouvaient se faire délivrer une copie des pièces du dossier « *que pour leur usage exclusif et sans pouvoir en établir de reproduction* » a ainsi été remplacé par de nouvelles dispositions permettant, cette fois, la remise à une partie, par son avocat, d'une reproduction des pièces d'une instruction en cours[86]. Cette disposition semble fondamentale pour une défense efficace car un dossier pénal peut contenir des photos, des bilans comptables, des expertises techniques, des extraits de comptes bancaires, de transcriptions d'écoutes téléphoniques, toute sorte de pièces[87] dont la personne mise en cause ne peut réellement percevoir le contenu qu'en les lisant. Seul ce contact direct peut permettre à la personne poursuivie d'apporter une plus value

[83] Cass. crim. 12 juin 1996 ; *Bull. crim*. n° 248 ; *Dr. pén*. 1997, chr. n° 1 et 4.
[84] Art. 114 al.3 issu de la L. n° 93-1013 du 24 août 1993.
[85] Des parties privées de manière générale.
[86] Art. 114 al.5 *C. proc. pén*.
[87] J. Danet, *Défendre, pour une défense pénale critique*, préc. , p. 103.

efficace à sa défense. La faculté pour la personne mise en cause d'obtenir la communication des pièces du dossier met en lumière une démarche active et participative. Nous ne sommes pas dans la simple démarche de notification, mais dans une optique d'élaboration d'une stratégie de défense efficace et d'intervention sur les points qui semblent les plus sensibles du dossier de l'accusation.

Le droit à la communication du dossier pénal a été considérablement amélioré par une disposition prévoyant cette fois que la première reproduction de chaque acte serait gratuite lorsqu'elle est sollicitée par l'avocat de l'une des parties ou pas la partie elle-même quand elle a fait le choix de ne pas être assistée[88].

Outre une conception plus dynamique dans la connaissance précise du contexte et des éléments retenus contre elle, la personne mise en cause, sous couvert des droits de l'accusé, se voit conférer un certain nombre de droits actifs d'intervention que l'on peut regrouper sous l'appellation générique de droit d'agir[89].

### 2. Le droit d'agir

La perception dynamique de la protection accordée à la personne poursuivie sous couvert des droits de l'accusé s'exprime de trois façons. La première tend à conférer à la personne mise en cause un droit d'initiative quant à la recherche probatoire par l'affirmation d'un droit de proposition (a), la deuxième lui reconnaît le droit d'influencer le temps de la procédure (b) et la dernière lui reconnaît un rôle actif à travers un droit de discussion quant aux éléments de preuve présentés par l'accusation (c).

#### a. Le droit de proposition

Le concept de droits de l'accusé, entendu comme droits des parties privées appliqués à la personne poursuivie, a bénéficié d'une montée en puissance avec leur prise en compte au

[88] Art. 2 du décret du 31 juillet 2001, repris à l'art. R. 165 *C. proc. pén*. Il est à noter qu'avant cette disposition, la copie était facturée 3 francs par page, ce qui pouvait constituer une somme rédhibitoire pour des procès dont le dossier était particulièrement volumineux.
[89] C. Ambroise-Castérot, préc., n° 409, p. 273.

stade de l'instruction préparatoire. Depuis les lois de 1993, la partie poursuivie peut ainsi clairement influer sur le cours de l'instruction en demandant qu'il soit procédé à « *un examen médical, à un examen psychologique ou d'ordonner toutes mesures utiles* »[90]. Ce dernier terme, pour le moins flou, s'applique néanmoins à un champ limité puisqu'il s'applique aux mesures relatives à la personnalité de la personne mise en cause[91]. D'autres dispositions s'appliquent à la recherche probatoire et permettent à la personne poursuivie de solliciter son audition ou son interrogatoire, l'audition d'un témoin, une confrontation, un transport sur les lieux, une expertise technique ou scientifique[92] ou plus généralement tous les actes qui lui paraissent nécessaires à la manifestation de la vérité[93]. C'est bien le droit des parties privées qui prévaut pour ces différentes garanties. En effet, dans chacune des dispositions qui donnent un rôle actif à la personne mise en cause, le législateur a pris le soin de préciser que ces droits bénéficiaient aux « parties ». Les différentes garanties d'un rôle actif de la personne poursuivie dans l'exercice de sa défense relèvent donc du droit des parties privées appliqué à l'accusé.

Le droit de proposition va se matérialiser par une requête écrite et motivée adressée au juge d'instruction au stade de la mise en état. Au stade du jugement le droit de proposition est toujours présent et s'applique également à la formation de la preuve puisque la personne mise en cause va pouvoir solliciter un complément d'information[94], un transport sur les lieux[95], l'audition de témoins qui n'ont pas été régulièrement cités[96], etc.

Le droit d'agir de l'accusé au cours de son procès ne va pas s'arrêter à l'administration de la preuve, il va également permettre à la personne mise en cause d'influer sur le temps de la procédure.

---

[90] Art. 81 al. 9 *C. proc. pén*.
[91] Circulaire d'application du 1er mars 1993, art. 81 n° 12.
[92] Art. 156 *C. proc. pén.*
[93] Art. 82-1 *C. proc. pén*.
[94] Art. 463 *C. proc. pén*.
[95] Art. 456 *C. proc. pén*.
[96] Art. 444 al. 3 *C. proc. pén*.

### b. Le droit d'influencer le temps de la procédure

La reconnaissance du rôle actif des parties privées au procès pénal leur a également permis d'intervenir sur la durée de l'instruction. Le Code de procédure pénale a prévu que le délai raisonnable d'instruction des affaires pénales ne pouvait excéder un an en matière correctionnelle et dix-huit mois en matière criminelle[97]. Si le juge d'instruction estime que le délai d'instruction sera inférieur, il doit en aviser tant la personne mise en cause[98] que la partie civile[99]. Dès lors, les parties privées ont la possibilité de demander la clôture de l'instruction à l'issu du délai fixé par le juge ou au terme du délai d'un an en matière correctionnelle ou de dix-huit mois en matière criminelle[100].

Ces dispositions permettent aux parties privées, et singulièrement à la personne mise en cause, d'influencer le temps de l'instruction et par conséquent d'avoir un rôle actif sur le déroulement de la procédure. Cette posture diffère par conséquent sensiblement d'une protection passive que s'imposerait la société dans la mise en état des affaires pénales. Elle nécessite une action de la partie concernée.

### c. Le droit de discussion

La procédure d'audience contradictoire implique la présence des différentes parties au procès pénal et la liberté pour chacune d'elle de participer au débat sur la preuve.

Le droit de discussion est fondamental dans l'exercice d'une défense active. Il s'entend à la fois du droit de contredire le fond des arguments et du droit de recours contre toute décision.

Le droit de contredire sur le fond l'ensemble des arguments présentés par l'accusation doit exister à tous les stades de la procédure. Loin de la garantie de pouvoir garder le silence, l'accusé doit avoir la possibilité de s'exprimer pour discuter des éléments de la cause, critiquer les éléments à charge et apporter au débat des éléments à décharge. Au cours de l'instruction préparatoire, le juge d'instruction ne peut procéder à la mise en examen qu'après avoir entendu les observations de la personne mise en cause ou l'avoir mise en mesure de les

[97] Art. 89-1 et 116 *C. proc. pén*.
[98] Art. 116 *C. proc. pén.*
[99] Art. 89-1 *C. proc. pén*.
[100] Art. 175-1 *C. proc. pén*.

faire[101]. Par la suite, les parties peuvent demander au juge d'instruction qu'il soit procédé à leur audition[102]. L'accusé peut en conséquence intervenir activement pour argumenter et discuter les éléments de la cause. Au cours des interrogatoires, confrontations et auditions de témoins menés par le juge d'instruction, la loi prévoit que l'avocat des parties et par conséquent l'avocat de la personne mise en cause, peut poser des questions ou présenter de brèves observations[103]. Devant la chambre de l'instruction, l'argumentation est écrite, mais là encore, l'accusé a la possibilité de produire un mémoire qui sera communiqué aux autres parties et soumis au juge[104].

Devant la juridiction de jugement, la personne mise en cause doit pouvoir s'exprimer en faisant des déclarations[105]. Elle doit également être mise en mesure de faire valoir ses arguments concernant les pièces à convictions produites au cours des débats[106]. L'introduction en France du procédé de «*Cross examination* » permet dorénavant à l'avocat de l'accusé de poser directement des questions aux témoins, sans passer par le filtre du président de la juridiction[107]. La loi prévoit également que la personne mise en cause doit avoir la parole en dernier. La discussion sur les éléments de preuve peut se faire par la voie de conclusions écrites auxquelles la juridiction est tenue de répondre[108].

Le droit de discussion va également s'exprimer par l'exercice de voies de recours contre les mesures d'instructions ou les jugements. Cette voie de droit peut s'analyser comme l'exercice d'un droit à la preuve contraire puisqu'elle va permettre à la personne mise en cause de contester les actes de recherche de preuve qui lui sont défavorables ou de revenir devant un juge pour présenter à nouveau les éléments démontrant son innocence[109].

Les droits de l'accusé, prévus par les termes de la loi, permettent donc à la personne mise en cause d'intervenir activement dans le procès pénal. Pour autant, la référence à cette notion ne semble pas pouvoir fonder l'existence d'un droit à la preuve contraire.

---

[101] Art. 80-1 *C. proc. pén*.
[102] Art. 82-1 *C. proc. pén*.
[103] Art. 120 *C. proc. pén*.
[104] Art. 198 *C. proc. pén.* Lorsque la personne mise en examen est détenue, sa comparution personnelle est de droit si elle en fait la demande en vertu de l'art. 199 *C. proc. pén*.
[105] Art. 442 *C. proc. pén*. en matière correctionnelle et 328 al. 1 en matière criminelle.
[106] Art. 455 *C. proc. pén*.
[107] Art. 442-1 et 312 *C. proc. pén.*
[108] Art. 459 *C. proc. pén*.
[109] V. infra p. 209 s.

### B. L'insuffisance de la référence aux droits de l'accusé dans la définition d'un droit à la preuve contraire

La référence aux droits de l'accusé dans la définition d'un droit à la preuve contraire reste insatisfaisante sur plusieurs points. Tout d'abord, le concept de droits de l'accusé se réfère aux droits des parties privées observés du côté du défenseur pénal. Cette source nous conduit inévitablement à penser que le concept de droits de l'accusé ne permet pas d'autonomiser la place de la personne mise en cause et de lui octroyer des prérogatives propres, nécessaires pour vaincre le déséquilibre inhérent à la procédure pénale et à l'accusation qui pèse sur elle. Par ailleurs le mode d'élaboration des droits de l'accusé révèle une double insuffisance pour en faire un fondement du droit à la preuve contraire. Tout d'abord, il se limite à une liste exhaustive de droits reconnus par le législateur et peut donc apparaître réducteur quant à la formation de la preuve (1). En second lieu, la force des garanties énoncées sous couvert des droits de l'accusé ne donne pas à ce principe une autorité suffisante pour fonder un droit à la preuve contraire efficace. Plus précisément, le concept de droit à la preuve contraire doit dépasser la phase judicaire pour s'imposer au législateur (2).

#### 1. Les limites des droits de l'accusé quant à la formation de la preuve

Le recours à la notion de droits de l'accusé dénote d'une ambition renforcée par rapport au concept passif de droits de la défense. Néanmoins, on ne peut le comparer à une licence générale donnée à la personne mise en cause de rapporter la preuve contraire à l'accusation. En effet, le concept de droit de l'accusé se limite aux prérogatives qui lui sont textuellement fournies par la loi. Même si cette conception recouvre une partie du concept de droit à la preuve contraire s'agissant des demandes d'actes, de la faculté de s'exprimer à divers stades de la procédure, elle ne traduit pas l'ambition d'un droit à la preuve contraire qui est de donner tous moyens à la personne poursuivie de rapporter des éléments de preuve de nature à faire apparaître son innocence. Sans sous estimer la montée en puissance des droits de l'accusé, ce concept n'a pas une assise suffisante pour fonder un droit général à la preuve contraire. Il souffre des limites de son mode d'élaboration. Les droits de l'accusé sont créés par la loi, ils ne sont pas créateurs d'un principe général de protection ou d'action. Certaines de leurs composantes bénéficient de la protection de principes généraux ou constitutionnels, mais les droits de l'accusé ne peuvent à eux seuls rayonner sur l'ensemble de la procédure.

En effet, le concept de droit de l'accusé ne bénéficie pas d'une reconnaissance suffisante pour en faire un principe supérieur du droit qui lierait aussi bien le juge que le législateur. L'affirmation d'un droit à la preuve contraire impose que l'on dépasse la phase purement judiciaire d'application du droit pour qu'elle s'impose également lors de la création de la règle de droit. L'ambition d'un droit à la preuve contraire doit influer sur l'éthique du procès et par conséquent se fonder sur un principe fondamental.

### 2. Le nécessaire dépassement de la phase judiciaire dans la définition d'un droit à la preuve contraire

Les droits de l'accusé sont des droits actifs et font en cela partie intégrante du droit à la preuve contraire. Néanmoins, le droit à la preuve contraire ne peut se contenter de ces garanties, certes importantes et de plus en plus nombreuses, prévues dans la loi.

Le concept de droit à la preuve contraire doit avoir une place supérieure dans la pyramide juridique et devenir une contrainte permanente pour le législateur. Seul un fondement constitutionnel ou tiré des droits de l'homme pourrait donner toute son assise à ce concept. L'enchevêtrement des espaces normatifs relatifs aux droits de l'homme ne participe pas à la clarification de l'assise et des contours des notions entourant la protection de la personne humaine et pour ce qui nous concerne, la protection de toute personne mise en cause dans une affaire pénale. Le droit à la preuve contraire doit se matérialiser comme un objectif partagé pour une bonne administration de la justice. Il recouvre certes les garanties prévues par la loi pour toute personne poursuivie pénalement, mais il doit également garantir les droits de la personne mise en cause dans la rédaction des textes de loi pour ne pas permettre d'atteinte au nouvel équilibre de la procédure pénale qu'il impose.

Parce que le droit à la preuve contraire s'analyse comme la recherche de cet équilibre entre l'efficacité de la répression et les droits de la personne mise en cause, il ne peut se satisfaire d'une force infra-législative ou, partiellement constitutionnelle. Il doit dans toutes ses composantes s'imposer au législateur parce qu'en contre partie, il va permettre une forme d'allègement de la charge de la preuve pesant sur l'accusation.

Il apparaît dès lors que le recours au concept de droits de l'accusé, droits actifs d'intervention, s'il apporte un aspect supplémentaire de protection par rapport au concept des

droits de la défense, demeure néanmoins insuffisant pour fonder l'affirmation d'un droit à la preuve contraire. Ce fondement, il faut alors le rechercher dans des concepts de protection des droits de l'homme qui s'imposent à la fois au juge et au législateur tout en recouvrant un champ d'application suffisamment vaste pour prendre en compte les multiples moyens qu'une personne mise en cause doit pouvoir utiliser pour démontrer son innocence. L'expansion de concepts fondés sur le droit international participe également à la réduction de la pertinence de classifications purement internes et nous incite à poursuivre dans cet axe de recherche.

# TITRE 2 : L'AFFIRMATION DU DROIT AU PROCES EQUITABLE COMME FONDEMENT D'UN DROIT A LA PREUVE CONTRAIRE

Dans le dictionnaire historique de la langue française, l'équité est définie comme un emprunt au latin *aequitas*, renvoyant ainsi à l'équilibre moral, à l'égalité et à la juste proportion[1]. Ce concept qui peut paraître flou, sorte de « *halo énigmatique* »[2], a toujours été lié à l'idée même de justice. Il a même été présenté comme une « *condition de la réalisation de la justice* »[3]. Mais de quelle justice s'agit-il ? En effet, deux conceptions différentes peuvent s'affronter. Le procès pénal pourrait tout d'abord apparaître juste et équitable lorsque l'innocent est acquitté et que le coupable est condamné. Cette conception somme toute logique se limite à une justice « matérielle » s'appuyant exclusivement sur la recherche de la vérité à tout prix. À cette conception peut être opposée celle d'une justice plus « formelle » selon laquelle la décision n'est juste que lorsqu'elle est rendue dans le respect des garanties du procès équitable[4], renvoyant à l'origine du *fair trial* connu par la *common law* et qui ne serait qu'une transposition lointaine de la notion de *fair play* connue en matière sportive[5]. En cela, l'équité semble s'opposer au droit strict et se rapprocher plus de la distinction entre le juste et l'injuste[6]. Ce lien a conduit à une interprétation plus ou moins subjective de la notion d'équité dans son individualisation à chaque situation. L'équité a alors souffert de l'influence de la

---

[1] A. Rey (dir.), *Dictionnaire historique de la langue française* ; Paris, Le Robert, 2008, V. Equité.

[2] Ch. Eisenmann, *Cours de droit administratif*, t. 2 ; Paris, LGDJ, 1983, p. 316. Par cette expression, l'auteur entend témoigner de l'absence de consensus sur une définition de ce concept en rappelant que « *depuis qu'il y a des hommes sur Terre, on discute sur ce qu'est l'équité* ».

[3] Ph. Raynaud, « L'équité dans la philosophie politique », in : *Egalité et équité : antagonisme ou complémentarité* ; Paris, Economica, 1999, p. 3

[4] S. Trechsel, « L'administration de la preuve. Quelques réflexions sur l'article 6, 3°, d. de la Convention européenne des droits de l'Homme », in : *Les droits de l'Homme au seuil du 3ème millénaire, Mélanges en hommage à Pierre Lambert* ; Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 907.

[5] Opinion émise par M. F. Matsher, « Le droit à un procès équitable dans la jurisprudence des organes de la Convention européenne des droits de l'Homme » - rapport au colloque de la commission européenne pour la démocratie par le droit dite commission de Venise du 25 sept. 1999, consultable sur le site internet du Conseil de l'Europe.

[6] F. Sudre, « A propos du droit de juger équitablement », in : *L'équité dans le jugement* - actes du colloque de Montpellier organisé par le CERCoP les 3 et 4 nov. 2000 ; Paris, L'harmattan, 2003, p. 41 s.

notion de morale dans son interprétation et a connu une vague de réprobation[7]. Kant a par exemple dénoncé l'équité comme la « *contamination du juridique par l'éthique* », Gény n'y voyant quant à lui qu'un « *sentiment inconscient et non raisonné des exigences du droit* ». Néanmoins, l'équité a su s'imposer en dépassant cette critique et en s'affirmant comme une véritable « *quête du juste objectif* »[8]. Elle ne doit pas en effet laisser penser qu'elle est le produit d'une appréciation purement subjective et variable, mais au contraire, qu'elle est le résultat d'une « *donnée objective* », celle de « *l'adéquation entre les droits processuels de l'accusé et les règles de l'établissement de la vérité* »[9]. La clé de l'interprétation de l'équité tient dorénavant dans la notion d'équilibre. L'équité de la procédure ne pouvant qu'aboutir à une décision « juste » limitant au maximum le risque de condamnation d'un innocent. Le droit au procès équitable relèverait alors d'un droit plus général à une « bonne justice », à une justice de « qualité »[10]. La démarche intellectuelle est fondamentale. Pour palier les risques engendrés par l'incertitude de la vérité judiciaire, il ne suffit pas que la décision rendue découle de l'application de la loi, mais il est impérieux que la procédure conduisant au jugement apparaisse également légitime[11]. Cette conception qui a prévalu dans l'élaboration des règles internationales de protection des droits de l'homme a une incidence directe sur le droit de la preuve.

Les références à des concepts comme les droits de la défense ou les droits de l'accusé marquent leurs limites dans l'affirmation d'un véritable droit à la preuve contraire. Le recours au principe international du droit au procès équitable apparaît dès lors intéressant car il répond à l'insuffisance des concepts précédemment évoqués. Sa place éminente dans la pyramide des droits, la garantie globale d'un rôle actif qu'il apporte à la personne poursuivie dans

---

[7] A la fin du 19ème siècle cette vague de réprobation s'est appuyée sur le phénomène du juge Magnaud dont la notoriété c'est faite sous le qualificatif de « bon juge de Château-Thierry ». Ce magistrat se glorifiait de rendre ses jugements en équité. En 1898, il a par exemple prononcé la relaxe de la veuve Ménard, voleuse de pain par nécessité. V. Y. Ozanam, « Le bon juge Magnaud : l'équité face à la loi » ; *Culture droit*, mai-juin 2006, p. 64 ; A. Bergeaud, *Le droit à la preuve* ; Thèse préc., n° 149, p. 146.

[8] M. Fouletier, *Recherches sur l'équité en droit public français* ; Thèse, Poitiers, dir. B. Pacteau, 1999 ; Paris, LGDJ, 2003, coll. « Bibliothèque de droit privé », p. 177.

[9] T. Barthouil, « Essai sur la notion de pouvoir discrétionnaire des juges du fond en droit privé » ; *RRJ* 1992, p. 353.

[10] R. Koering-Joulin et J.-F. Seuvic, « Droits fondamentaux et droit criminel », *AJDA* 1998, n° spécial « *Les droits fondamentaux* », p. 106 s. ; B. Favreau, « Aux sources du procès équitable-une certaine idée de la qualité de la justice », in : *Le procès équitable et la protection juridictionnelle du citoyen* - colloque organisé à Bordeaux les 29 et 30 septembre 2000 pour le 50ème anniversaire de la Convention européenne des droits de l'Homme ; Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 9 s.

[11] P. Hennion, *Preuve pénale et droits de l'Homme,* préc., n° 280, p. 260 s.

l'organisation de sa défense et son caractère évolutif en font le fondement idéal du droit à la preuve contraire.

Le droit au procès équitable est reçu différemment en droit international et en droit de source nationale. Nous nous attacherons par conséquent à analyser le recours de l'ordre juridique international (Chapitre 1) puis de l'ordre juridique interne (Chapitre 2) au droit au procès équitable comme fondement d'un droit à la preuve contraire.

# Chapitre 1: Le recours de l'ordre juridique international au droit au procès équitable comme fondement d'un droit à la preuve contraire

Le concept même de procès équitable, comme celui d'équité, est assez rebelle à toute tentative de définition générale[12]. La Convention européenne des droits de l'Homme, vecteur essentiel de la diffusion du modèle de procès équitable, use d'ailleurs fréquemment de formulations très générales, et de notions souvent qualifiées de « vagues » ou « indéterminées »[13]. La Cour européenne devient alors le « *Ministre du sens* » selon l'expression de M. le Professeur François Rigaud[14] et donne réellement les contours des notions dégagées. Seule une analyse des composantes du droit au procès équitable au regard de la jurisprudence européenne peut par conséquent nous permettre d'appréhender de manière globale les contours de cette notion. Nous retracerons l'émergence du droit au procès équitable et son évolution conceptuelle (Section 1) avant d'analyser ce qui en fait le fondement d'un droit à la preuve contraire (Section 2).

## Section 1 : L'émergence du droit au procès équitable et son évolution conceptuelle

La notion de droit au procès équitable tire son origine de la tradition juridique anglo-saxonne. Elle était présente dès le début du XIII$^{e}$ siècle dans la grande charte des droits fondamentaux d'Angleterre appelée « *Magna carta* »[15] (1215), avant de tomber dans l'oubli

[12] A. Bergeaud, préc., n° 150, p. 147.
[13] M. Melchior, « Notions « vagues » ou indéterminées » et « lacunes » dans la Convention européenne des droits de l'Homme », in : *Mélanges G. Wiarda* ; Köln, Carl Heymanns Verlag, 1988, p. 411; F. Sudre, « Le recours aux « notions autonomes, in L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'Homme » - actes du colloque des 13et 14 mars 1998 organisé par l'institut européen des droits de l'Homme de la Faculté de droit de l'Université de Montpellier I ; Bruxelles, Bruyland, 1998, p. 93 s.
[14] F. Rigaud, *La loi des juges* ; Paris, éd. Odile Jacob, 1997, p. 233.
[15] La Magna carta est un texte majeur de l'Angleterre, rédigé sur le sol français dans l'abbaye cistercienne de Pontigny en Bourgogne, par des anglais émigrés en lutte contre leur roi Jean sans terres. Ce texte avait pour

et de ressurgir au lendemain de la Seconde Guerre mondiale dans la Déclaration universelle des droits de l'Homme[16]. Ce texte fondateur consacrant les valeurs universelles des droits de l'Homme a servi de matrice à deux autres instruments juridiques que sont le Pacte international relatif aux droits civils et politiques[17] et la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales[18]. Le droit au procès équitable a par la suite marqué de son empreinte les instruments internationaux de protection des droits de l'Homme[19], ainsi que les statuts des juridictions pénales internationales[20].

Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques intéresse peu l'Europe du fait de l'existence d'un outil purement européen. Par ailleurs les organes juridictionnels de contrôle mis en place par le Conseil de l'Europe donnent à la Convention européenne une effectivité supérieure à celle du Pacte international[21].

Nous allons dans un premier temps nous attacher à préciser le fondement conventionnel du droit au procès équitable (§1), avant d'étudier son évolution conceptuelle vers le principe de l'égalité des armes (§2), concept fort de signification dont l'intérêt ressort inévitablement dans la recherche d'un fondement au droit à la preuve contraire.

---

vocation, de façon pragmatique et non rhétorique, d'apporter des solutions aux problèmes contemporains et à la crise que connaissait le régime. A côté des dispositions concernant la construction des ponts, la politique fiscale, le respect des libertés individuelles, on trouve de nombreuses dispositions tenant à l'organisation de la justice. Dans son article 39, la charte pose les bases du droit au procès équitable. V. J.-J. Gandini, *Les droits de l'Homme* ; Paris, EJL, Librio, 1998.

[16] Déclaration adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 10 décembre 1948 au Palais de Chaillot à Paris (résolution 217-A III).

[17] Adopté à New-York le 16 déc. 1966 par l'Assemblée générale des Nations Unies (résolution 2200-A XXI).

[18] Adoptée à Rome par le Conseil de l'Europe le 4 novembre 1950.

[19] La référence au droit à un procès équitable se retrouve par exemple dans la Convention américaine relative aux droits de l'Homme adoptée au Costa Rica le 22 novembre 1969 (son article 8 prévoit que tout personne a le droit d'être entendue « *with the due guarantees* ») ou dans la Convention de New York relative aux droits de l'enfant adoptée le 26 janvier 1990 (l'article 40 prévoit que « *chaque enfant suspecté, accusé ou convaincu d'infraction à la loi pénale a droit* […]*à ce que sa cause soit entendue sans retard par une autorité ou une instance judiciaire compétentes, indépendantes et impartiales, selon une procédure équitable aux termes de la loi* »).

[20] Les statuts du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, créé le 22 février 1993, et du Tribunal international pour le Rwanda, créé le 8 novembre 1994, prévoient respectivement dans leurs art. 20 et 21 que « *Toute personne contre laquelle des accusations sont portées a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement et publiquement* ». Le statut de la Cour pénale internationale créée par le traité de Rome du 17 juillet 1998 prévoit dans son article 64-2 que « *La Chambre de première instance veille à ce que le procès soit conduit de façon équitable et avec diligence* ».

[21] Le Comité des droits de l'Homme, institué par l'ONU en vue de faire respecter les dispositions du Pacte, ne peut apporter un éclairage aussi pertinent que la Cour européenne des droits de l'Homme. En effet, même si le Comité peut être saisi par des particulier en vertu du 1er protocole facultatif du Pacte, sa jurisprudence est nettement moins abondante que celle de la Cour européenne, et elle est en outre juridiquement peut étoffée : V. S. Lavric, préc. , n° 57, p. 60

## §1. Le droit au procès équitable issu de la Convention européenne des droits de l'Homme

Signée à Rome le 4 novembre 1950, la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, entrée en vigueur le 3 septembre 1953, a été ratifiée à ce jour par quarante-sept États. Le principe d'un droit au procès équitable est inscrit dans son article 6. Avant de dégager les contours de cette notion fondamentale de protection du justiciable (B), nous allons étudier les éléments et les étapes qui ont conduit à son affirmation conventionnelle (A).

### A. L'affirmation conventionnelle du droit au procès équitable

Si les sources d'inspiration du droit au procès équitable sont diverses (1), l'échelon européen a consacré sa valeur fondamentale et son effectivité (2).

#### 1. Les sources d'inspiration du droit au procès équitable

Afin de dégager les sources qui ont inspiré la rédaction de l'article 6 de la Convention européennes de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, il convient de se référer aux travaux préparatoires du Conseil de l'Europe. La procédure d'élaboration de cette charte des droits fondamentaux a été confiée à la Commission des questions juridiques et administratives de cette assemblée. Il apparaît ainsi que les importantes similitudes entre la rédaction de l'article 6 de la Convention européenne et d'autres textes internationaux n'est pas fortuite. Dans le rapport faisant état des travaux préparatoires de l'article 6 de la Convention européenne soumis le 5 septembre 1949 à l'Assemblée Consultative, Teitgen fait explicitement référence à l'article 10 de la Déclaration universelles des droits de l'Homme votée le 10 décembre 1948 par l'Assemblée générale de l'Organisation des Nations Unies qui dispose que « *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*» et à son article 11 selon lequel « *Toute personne accusée d'un acte délictueux est*

*présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie au cours d'un procès public où toutes les garanties nécessaires à sa défense lui auront été assurées.* »

À la suite de ce texte fondateur, et dans une même philosophie, les Nations Unies ont élaboré une série d'instruments juridiques de nature à assurer le respect des droits fondamentaux de l'Homme. Ainsi, dès l'adoption de la Déclaration universelle, l'Assemblée des Nations Unies a engagé une réflexion sur l'élaboration d'un Pacte international relatif aux droits civils et politiques qui ne sera adopté que le 16 décembre 1966. Ce dernier énonce dans son article 14 que *« 1. Tous sont égaux devant les tribunaux et les cours de justice. Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement et publiquement par un tribunal compétent, indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil* […].

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

*3. Toute personne accusée d'une infraction pénale a droit, en pleine égalité, au moins aux garanties suivantes: a) A être informée, dans le plus court délai, dans une langue qu'elle comprend et de façon détaillée, de la nature et des motifs de l'accusation portée contre elle; b) A disposer du temps et des facilités nécessaires à la préparation de sa défense et à communiquer avec le conseil de son choix; c) A être jugée sans retard excessif; d) A être présente au procès et à se défendre elle-même ou à avoir l'assistance d'un défenseur de son choix; si elle n'a pas de défenseur, à être informée de son droit d'en avoir un, et, chaque fois que l'intérêt de la justice l'exige, à se voir attribuer d'office un défenseur, sans frais, si elle n'a pas les moyens de le rémunérer; e) A interroger ou faire interroger les témoins à charge et à obtenir la comparution et l'interrogatoire des témoins à décharge dans les mêmes conditions que les témoins à charge; f) A se faire assister gratuitement d'un interprète si elle ne comprend pas ou ne parle pas la langue employée à l'audience; g) A ne pas être forcée de témoigner contre elle-même ou de s'avouer coupable ».*

Si cette version a été adoptée postérieurement à l'ouverture à la signature de la Convention européenne le 4 novembre 1950, une première rédaction avait déjà été proposée lors de la cinquième session de la Commission des droits de l'Homme des Nations Unies qui s'était tenue à Lake Success du 9 mai au 20 juin 1949. Cette première version reprenait déjà quasiment la totalité des garanties adoptées le 16 décembre 1966. Cette version était dès lors connue des rédacteurs de la Convention européenne qui s'en sont largement inspirés en

exploitant en particulier les garanties propres à la matière pénale qui n'apparaissaient pas dans la Déclaration universelle[22]. La reprise de ces garanties spécifiques s'est opérée en grande partie par le biais d'un amendement britannique présenté au cours d'une réunion du comité d'experts des droits de l'Homme qui s'est réuni du 2 au 8 février 1950. Le texte définitif légèrement modifié fut alors adopté le 4 novembre 1950[23].

Il apparaît dès lors clairement que les rédacteurs de la Convention européenne se sont basés sur les principes généraux dégagés par la Déclaration universelle des Nations Unies et sur le projet de Pacte international relatif aux droits civils et politiques pour élaborer la charte de protection européenne et plus spécialement les éléments du droit à un procès équitable contenus dans son article 6.

### 2. La consécration de la valeur fondamentale et de l'effectivité du droit au procès équitable à l'échelon européen

Le droit au procès équitable a été consacré par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentale qui a intitulé son article 6 « *droit à un procès équitable* ». Cette disposition expose un principe général et des garanties spécifiques à tout accusé en matière pénale.

Il semble opportun à ce stade de rappeler *in extenso* les termes de cet article de la Convention : « *1. Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle. Le jugement doit être rendu publiquement, mais l'accès de la salle d'audience peut être interdit à la presse et au public pendant la totalité ou une partie du procès dans l'intérêt de la moralité, de l'ordre public ou de la sécurité nationale dans une société démocratique, lorsque les intérêts des mineurs ou la protection de la vie privée des parties au procès l'exigent, ou dans la mesure jugée strictement nécessaire par le tribunal, lorsque dans des circonstances spéciales la publicité serait de nature à porter atteinte aux intérêts de la justice.*

[22] Conseil de l'Europe, *Travaux préparatoires à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme,* publié le 9 août 1956, consultable sur le site de la Cour européenne des droits de l'Homme, n° 6 et 7.

[23] L'une des principales modifications réside dans la volonté de faire bénéficier de la garantie du délai raisonnable toutes les procédures et pas uniquement la matière pénale comme le prévoyait le projet de pacte international sur les droits civils et politiques.

*2. Toute personne accusée d'une infraction est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie.*
*3. Tout accusé à droit notamment à : (a) être informé, dans le plus court délai, dans une langue qu'il comprend et d'une manière détaillée, de la nature et de la cause de l'accusation portée contre lui ; (b) disposer du temps et des facilités nécessaires à la préparation de sa défense ; (c) se défendre lui-même ou avoir l'assistance d'un défenseur de son choix et, s'il n'a pas les moyens de rémunérer un défenseur, pouvoir être assisté gratuitement par un avocat d'office, lorsque les intérêts de la justice l'exigent; (d) interroger ou faire interroger les témoins à charge et obtenir la convocation et l'interrogation des témoins à décharge dans les mêmes conditions que les témoins à charge ; (e) se faire assister gratuitement d'un interprète, s'il ne comprend pas ou ne parle pas la langue employée à l'audience* ».

La place éminente du droit à un procès équitable dans la Convention européenne, « *consacre le principe fondamental de la prééminence du droit dans une société démocratique* »[24]. Ce principe vise à assurer le droit à une bonne administration de la justice. La jurisprudence européenne fait même de cette notion l'ossature de l'ordre public européen des droits de l'Homme[25]. La portée des dispositions de l'article 6 est ainsi considérable. À la fois exigeante et extensive, elle se traduit par une obligation de résultat et par une obligation de caractère positif[26]. S'agissant de l'obligation de résultat, la Convention oblige les États parties à fournir une « bonne justice » et elle en fixe les composantes. Les États ont par conséquent le choix des moyens, mais ils doivent satisfaire à l'exigence finale dictée par le droit au procès équitable[27]. Le droit au procès équitable relève également de l'obligation de caractère positif en ce qu'il ne suffit pas à l'État de démontrer sa passivité dans la survenance d'une situation violant l'article 6. C'est également cette passivité qui peut lui être reprochée[28].

---

[24] CEDH, Sunday Times c. Royaume-Uni, 26 avr. 1979 ; Série A, n°30, §55. V. également CEDH, Kostovski c. Pays-Bas, 20 nov. 1989 ; Série A, n° 166, §44.
[25] CEDH, Loizidou c. Turquie, 23 mars 1995, Série A, n°306.
[26] J.-Cl. Soyer et M. de Salvia, « Article 6 », in : L.-E. Pettiti, E. Decaux et P.-H. Imbert (dir.), *La Convention européenne des droits de l'Homme, commentaire article par article* ; Paris, Economica, 2ème éd., 1999, p. 243 s.
[27] CEDH, Colozza c. Italie, 12 fév. 1985 ; Série A, n°89, §30 : « *Les Etats contractants jouissent d'une grande liberté dans le choix des moyens propres à permettre à leur système judiciaire de répondre aux exigences de l'article 6* […] *La tâche de la Cour ne consiste pas à les leur indiquer, mais à rechercher si le résultat voulu par la Convention se trouve atteint. Pour cela, il faut que les ressources offertes par le droit interne se révèlent effectives* ».
[28] J.-F. Renucci, *Traité de droit européen des droits de l'Homme*, préc., n° 125, p. 186 ; J.-Cl. Soyer et M. de Salvia, préc., p. 246 ; CEDH, Artico c. Italie, 13 mai 1980 ; Série A, n°37, §33 à 36 : Dans cette espèce, M. Artico était poursuivi pénalement pour escroquerie en état de récidive. Il avait obtenu l'assistance judiciaire gratuite pour défendre ses pourvois en cassation, mais son avocat commis d'office l'informa que d'autres obligations l'empêchaient de le représenter. Après de multiples démarches restées infructueuses, aucune

La raison pour laquelle le droit au procès équitable, prévu par d'autres textes internationaux, a pris tout son sens à l'échelon européen vient tout naturellement de l'existence d'un organe juridictionnel chargé de contrôler l'effectivité du respect de ce principe par les États signataires à l'égard de leurs justiciables. C'est bien grâce à la Cour européenne des droits de l'Homme que le principe de respect du droit au procès équitable a pris son essor. L'existence d'un recours individuel[29] n'est pas étrangère à la diffusion maximaliste du modèle européen de protection des droits de l'Homme et par voie de conséquence, du modèle européen de procès équitable. Ce dernier constitue aujourd'hui l'instrument privilégié d'accès à la justice européenne. Plus de soixante pour cents du contentieux réglé par la Cour européenne touche au droit au procès équitable. Le volume de contentieux que cela représente conjugué au dynamisme interprétatif de la jurisprudence européenne ont considérablement élargi la portée de cette garantie pour en faire une véritable « matière vivante », une sorte d' « univers en extension » en utilisant l'expression d'Albert Einstein.

L'inconvénient majeur du caractère évolutif de cette notion réside néanmoins dans la difficulté à en tracer les contours exacts.

### B. Les contours de la notion de droit au procès équitable

L'affirmation d'un droit au procès équitable a servi de base à la reconnaissance de garanties processuelles pour les parties à un procès. L'influence de ce concept a été particulièrement sensible pour améliorer le sort de la personne poursuivie à l'occasion de la commission d'une infraction pénale. La volonté de trouver dans le droit au procès équitable les fondements du droit à la preuve contraire nous conduit à nous interroger sur le champ

---

démarche ne fut entreprise pour imposer à l'avocat en titre d'assumer les devoirs de sa charge et M. Artico a vu ses pourvois rejetés. La Cour européenne précise que « *le but de la Convention consiste à protéger des droits non pas théoriques ou illusoires, mais concrets et effectifs ; la remarque vaut spécialement pour ceux de la défense, eu égard au rôle éminent que le droit à un procès équitable, dont ils dérivent, joue dans une société démocratique.* […] *On ne saurait certes imputer à un Etat contractant toute défaillance d'un avocat d'office, mais il lui appartenait d'agir de manière à assurer au requérant la jouissance effective du droit qui lui était reconnu* […]. *Les autorités italienne ont choisi la passivité, alors que le respect de la Convention appelait de leur part des mesures positives* ».

[29] Un droit de recours individuel est reconnu par l'art. 34 à « *toute personne physique, toute organisation non gouvernementale ou tout groupe de particuliers qui se prétend victime d'une violation par l'une des Hautes parties contractantes des droits reconnus par la Convention* ». Bien que la France ait ratifié la Convention le 3 mai 1974, elle n'a accepté le droit de recours individuel que le 2 octobre 1981 sous l'impulsion de M. Robert Badinter, Garde des sceaux de l'époque. Le premier arrêt rendu contre la France interviendra à la fin de l'année 1986 (CEDH Bozano c. France, 18 déc. 1986 ; Série A, n° 111) alors que le premier arrêt rendu par la Cour européenne remonte à 1960 (CEDH Lawless c. Irlande, 14 nov. 1960 ; Série A, n° 1).

d'application de ce principe fondamental du droit européen. L'enjeu réside bien dans la détermination également du champ d'application du droit à la preuve contraire. Avant d'étudier les garanties du droit au procès équitable (2), nous en analyserons par conséquent le champ d'application (1).

## 1. Le champ d'application du droit au procès équitable

Le champ d'application *ratione personae* du droit au procès équitable nous renvoie à l'article premier de la Convention visant « toute personne » qu'il s'agisse d'une personne physique ou d'une personne morale. Le champ d'application *ratione materiae* quant à lui pose de sérieuses questions d'interprétation.

Si l'on reprend le texte de l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'Homme, nous pouvons noter que ces dispositions visent restrictivement les instances concernant soit « *des contestations sur des droits et obligations de caractère civil, soit* [le] *bien fondé de toute accusation en matière pénale* ». Le droit au procès équitable ne serait alors opposable que dans le cadre de ces procédures. Ces notions ont été définies par la jurisprudence de façon assez extensive pour faire bénéficier de cette garantie de bonne justice le plus largement possible. Ainsi, l'article 6 trouve à s'appliquer aussi bien avant[30] le procès *stricto sensu* qu'après[31]. Nous nous arrêterons rapidement sur les contours du concept de contestation sur des droits et obligations de caractère civil (aa) avant d'étudier plus en profondeur la notion de bien fondé de toute accusation en matière pénale (ab). Cette dernière constitue le cœur de notre étude sur le droit à la preuve contraire et s'attache plus spécialement au procès « pénal ».

[30] Les juges européens ont eu à se prononcer sur le respect de la présomption d'innocence prévue à l'art. 6§2, avant même la phase préparatoire du procès pénal : la Cour a décidé de l'application des garanties de l'art. 6 à toute personne non condamnée par un jugement définitif contre toute constatation formelle de sa culpabilité sous quelque forme que ce soit : CEDH, Adolf c. Autriche, 26 mars 1982 ; Série A, n°49.

[31] La Cour a en effet décidé de l'applicabilité de l'art. 6 à la phase d'exécution de la décision de justice : CEDH, Hornsbny c. Grèce, 19 mars 1997 ; *JCP* 1997, II, n° 22949, note N. Fricéro ; *RTD Civ.* 1997, p.1009, note J.-P. Marguénaud.

a. La notion de contestation sur des droits et obligations de caractère civil

L'application du droit au procès équitable à la « matière civile » nécessite que l'on s'interroge sur les termes de la Convention et plus précisément sur les notions de « contestation », et de « droits et obligations de caractère civil ».

L'interprétation de la Cour européenne des droits de l'Homme a permis de tracer les contours du champ d'application de l'article 6 de la Convention. La haute juridiction a, comme souvent, élaboré sa propre définition du caractère civil pour en faire une notion autonome détachée des contingences de l'interprétation interne des États membres[32]. La nature de la procédure conditionnant la garantie du procès équitable, sa définition ne peut en effet relever de la seule qualification interne, ce qui aurait pour conséquence de donner naissance à un procès équitable à « géométrie variable » selon les États membres. La Cour a défini la notion de contestation en se référent à quatre critères distincts[33]. Elle indique en premier lieu que « *l'esprit de la Convention commande de ne pas prendre le terme de contestation dans une acception trop technique et d'en donner une définition matérielle plutôt que formelle* ». La juridiction européenne poursuit sa définition en indiquant que « *la contestation doit être réelle et sérieuse* [34]», qu' « *elle peut porter aussi bien sur l'existence même d'un droit que sur son étendue ou ses modalités d'exercice* » et enfin qu' « *elle peut avoir trait tant à des points de fait qu'à des questions juridiques* ». Il ressort de cette définition qu'elle revêt un sens large et ne se limite pas à l'existence de prétentions ou de demandes contradictoires[35]. La Cour s'attache à vérifier si l'issue de la procédure suivie s'avère « *déterminante pour les droits et obligations* [en cause] »[36].

S'agissant du caractère civil que doivent revêtir ces droits et obligations, l'interprétation de la Cour est une fois encore très large et détachée de la qualification opérée par le droit interne. Outre le droit privé « classique » s'appliquant à des litiges entre particuliers et tranchés par des tribunaux judiciaires[37], la Cour a intégré à sa notion de matière

[32] CEDH, König c. Allemagne, 28 juin 1978 ; Série A, n° 27.
[33] CEDH Benthem c. Pays Bas, 23 oct. 1985 ; Série A, n° 97, §32.
[34] Il faut donc que la contestation puisse avoir une chance de succès : CEDH Spoorong et Lönnroth c. Suède, 23 sept. 1982 ; Série A, n° 52 , §81.
[35] G. Cohen-Jonathan , « Convention européenne des droits de l'Homme, droit à un procès équitable », J-Cl Europe, Fasc. 6521.
[36] CEDH Ringeisen c. Autriche, 16 juil. 1971 ; Série A, n° 13, §94.
[37] Il en est ainsi des droits relatifs aux problèmes de tutelle ou de visite et de garde d'enfants (CEDH Keegan c. Irlande, 26 mai 1994 ; Série A, n° 290), à tout contentieux concernant la vie familiale (CEDH, Airey c. Irlande, 9 oct. 1979 ; Série A, n° 32), au contentieux relatif au droit de propriété ou au droit de la responsabilité civile.

civile des éléments de contentieux considérés par les droits de source nationale comme relevant du contentieux administratif[38]. En effet, la haute juridiction ne s'arrête pas à la détermination de la nature privée ou publique des parties, mais analyse la nature exacte des droits en cause. Pour ce faire, la Cour a tout d'abord utilisé la technique du bilan entre les éléments de droit privé et de droit public[39]. Dans son arrêt Feldbrugge contre Pays-Bas[40], la Cour est confrontée au domaine de la sécurité sociale et à la grande diversité des régimes d'assurance maladie au sein des États membres. Elle souligne à ce titre que « *certains lui confèrent un caractère public, d'autre au contraire un caractère privé ; d'autre enfin semblent adopter un système mixte* ». La haute juridiction a par conséquent mis en balance les éléments relevant du droit public (le caractère de la législation, la prise en charge de la protection sociale par la puissance publique, l'obligation de s'assurer…) et ceux relevant du droit privé (nature personnelle et patrimoniale du droit contesté, rattachement au contrat de travail, les affinités avec une assurance de droit commun…) pour en conclure à la « *prédominance des seconds* ». Elle note en effet, qu'aucun de ces critères *« n'apparaît décisif à lui seul, mais additionnés et combinés ils confèrent au droit revendiqué un caractère civil au sens de l'article 6 par. 1 (art. 6-1) de la Convention, lequel trouvait donc à s'appliquer* »[41]. Mais cette technique laissant apparaître une certaine imprévisibilité de la définition, la Cour a fait émerger un principe unificateur qui est celui du caractère patrimonial du droit revendiqué[42]. Ainsi, dans une espèce relative à un préjudice causé par l'État à une société privée de presse en ne lui accordant pas les mêmes avantages que ceux consentis à ses concurrents, la Cour européenne note que *« l'action de la société requérante avait un objet patrimonial et se fondait sur une atteinte alléguée à des droits eux aussi patrimoniaux* » et en conclut que le droit en question « *revêtait donc un caractère civil nonobstant l'origine du différent et la compétence des juridictions administratives* »[43]. Cette interprétation a étendu considérablement l'applicabilité de l'article 6 sur tout le champ du droit public au point que certains auteurs ont été tenté de dire que « *tout ce qui n'est pas pénal est aujourd'hui civil tant la notion de droits et obligations de caractère civil, en raison de sa plasticité, paraît avoir*

[38] C'est le cas d'une partie du contentieux de la responsabilité administrative (CEDH König c. Allemagne, 28 juin 1978 ; Série A, n° 27), du contentieux concernant les pensions (CEDH Lombardo c. Italie, 26 nov. 1992, Série A, n° 249-C) ou les salaires (CEDH Scuderi c. Italie, 24 août 1993 ; Série A, n° 265-A).
[39] F. Sudre et C. Picheral (dir.), *La diffusion du modèle européen de procès équitable*, Institut de droit européen des droits de l'Homme, Mission de recherche « droit et justice » ; Paris, La documentation française, 2003, p. 20 s.
[40] CEDH Feldbrugge c. Pays Bas, 29 mai 1986 ; Série A, n° 99.
[41] Ibid. §40.
[42] F. Sudre, « Le recours aux notions autonomes », préc., p. 223.
[43] CEDH, Editions Périscope c. France, 26 mars 1992 ; Série A, n° 234, §40.

*une vocation attrape-tout* »[44]. Néanmoins, quelques zones d'exclusion ont tout de même été dessinées par le juge européen et relèvent encore de « l'impérium étatique »[45]. Il en va ainsi des procédures « *de nature administrative et discrétionnaire* »[46] impliquant l'exercice de prérogatives de puissance publique, des obligations fiscales[47], des procédures d'obtention de l'asile politique ou d'éloignement du territoire[48]…

Notre étude s'attachant principalement à la procédure pénale, nous allons nous pencher maintenant sur la notion de « bien fondé de toute accusation en matière pénale » quant à l'applicabilité des garanties du droit au procès équitable.

### b. La notion de bien fondé de toute accusation en matière pénale

La rédaction du texte de la Convention nous conduit à étudier à la fois la notion d' « accusation » et celle de « matière pénale »[49].

La notion d'accusation est analysée largement par la jurisprudence européenne[50]. Elle est fondamentale car elle constitue le point de départ de la protection accordée par l'article 6 de la Convention. La haute juridiction en donne une définition plus matérielle que formelle[51]. En ce sens, l'accusation s'entend bien sûr « *de la notification officielle, émanant de l'autorité compétente, du reproche d'avoir accompli une infraction pénale* »[52], mais va également bien au-delà. La jurisprudence de Strasbourg étend en effet la notion d'accusation « *aux autres mesures impliquant un tel reproche et entraînant elles aussi des répercussions importantes sur la situation du suspect* »[53]. Ont ainsi été considérés comme relevant d'une accusation en

---

[44] F. Sudre, *Droit européen et international des droits de l'Homme*, préc. , n° 207, p. 362.
[45] L.-E. Pettiti, E. Decaux, et P.-H. Imbert, *La Convention européenne des droits de l'Homme, commentaire article par article* ; Paris, Economica, 1999, p. 253.
[46] V. CEDH, Schouten et Meldrum c. Pays Bas, 9 déc. 1994 ; Série A, n° 304.
[47] V. J. Velu et R. Ergec, *La Convention européenne des droits de l'Homme* ; Bruxelles, Bruylant, 1990, n° 421.
[48] V. CEDH, Maaouia c. France, 5 oct. 2000, req. n° 39652/98, Dans cette espèce, la Cour considère que la procedure de relèvement d'une interdiction du territoire « *ne porte pas sur une contestation de « caractère civil » au sens de l'article 6 § 1* » et que « *la mesure d'interdiction du territoire français ne porte pas davantage sur le bien-fondé d'une accusation en matière pénale* ».
[49] Il est à noter que les expressions « *accusation en matière pénale* » et « *accusé d'une infraction* » sont analysées par la Cour européenne, et par la Commission lorsqu'elle faisait encore partie des institutions du Conseil de l'Europe, comme ayant la même signification : V. CEDH Lutz c. Allemagne, 25 août 1987 ; Série A, n° 123, §52, ou CEDH Minelli c. Suisse, 25 mars 1983 ; Série A, n° 62, §27.
[50] S. Guinchard et J. Buisson, *Procédure pénale*, préc., p. 304, n° 364 ; D. Gomien, *Vade-mecum de la Convention européenne des droits de l'Homme* ; Strasbourg, éd. Du Conseil de l'Europe, 3ème éd., 2005, p. 52 s.
[51] CEDH, Deweer c. Belgique, 27 fév. 1980 ; Série A, n° 35.
[52] CEDH, Eckle c. Allemagne, 15 juill. 1982 ; Série A, n° 51, §73.
[53] CEDH Foti et autres. c. Italie, 10 déc. 1982 ; Série A, n° 56, §52.

matière pénale la mise en examen[54], l'ouverture d'une enquête préliminaire[55], un simple interrogatoire révélant l'existence d'une enquête contre une personne[56], la délivrance d'un mandat d'arrêt[57] ou bien encore la garde à vue lorsqu'elle a été décidée au stade de l'instruction[58]. Ce dernier point n'est pas surprenant, mais il serait logique que cette mesure soit comprise comme une accusation également en dehors de la procédure d'instruction.

La « matière pénale » est également étudiée au sens européen du terme. Seule une notion autonome peut en effet permettre d'appliquer de manière uniforme le droit au procès équitable et d'apporter au justiciable une garantie d'égalité de traitement à l'échelon européen. La Cour a énoncé clairement dans un arrêt Engel que « *Si les États contractants pouvaient à leur guise qualifier une infraction de disciplinaire plutôt que de pénale* […]*, le jeu des clauses fondamentales des articles 6 et 7 (art. 6, art. 7) se trouverait subordonné à leur volonté souveraine. Une latitude aussi étendue risquerait de conduire à des résultats incompatibles avec le but et l'objet de la Convention. La Cour a donc compétence pour s'assurer, sur le terrain de l'article 6* […]*, que le disciplinaire n'empiète pas indûment sur le pénal* »[59]. La Cour a par la suite rappelé que le but poursuivi par la Convention et le caractère fondamental des garanties offertes par l'article 6 figurent « *parmi les principes fondamentaux de toute société démocratique*[60] ». La place éminente de ces principes explique les raisons qu'a le juge européen de vouloir maîtriser les conditions de leur applicabilité. Ces décisions consacrent le caractère autonome de la notion européenne de « matière pénale » et il appartient à la Cour de déterminer si les cas qui lui sont soumis relèvent bien de la matière pénale. Elle s'attache dès lors à éviter toute velléité de « fraude à la Convention »[61]. Sur le fondement de l'article 32, la Cour peut en effet trancher toute contestation sur le point de savoir si elle est compétente, même si cela implique la requalification des procédures internes.

---

[54] CEDH Serves c. France, 20 oct. 1997, §42; *JCP* 1998, I, 107, n° 20, obs. F. Sudre.
[55] CEDH Wemhoff c. Allemagne, 27 juin 1968 ; Série A, n° 7.
[56] CEDH Magge et Averill c. Royaume Uni ; *JCP* 2001, I, 291, n° 28, obs. F. Sudre.
[57] Dans ce cas, la Cour estime qu' « *il existe un lien trop étroit entre l'appréciation de la nécessité de la détention et celle Ŕ ultérieure Ŕ de la de la culpabilité* […] » : CEDH Lamy c. France, 30 mars 1989 ; Série A, n° 151.
[58] CEDH Reinhardt et Slimane Kaïd c. France, 31 mars 1998 ; *Procédures* juil. 1998, n° 177, obs. J. Buisson. Cette position est logique car dans ce cas, les poursuites sont engagées.
[59] CEDH Engel et autres c. Pays Bas, 8 juin 1976 ; Série A, n° 22, §81.
[60] V. par ex. CEDH, Moreira de Azevado c. Portugal ; Série A, n° 189, §66.
[61] M. Delmas-Marty (dir.), « La matière pénale au sens de la CESDH comme flou du droit pénal » ; *Rev. sc. crim*. 1987, p. 819 s.

La Cour européenne appuie sa définition sur la technique du faisceau d'indices en se reposant sur trois critères pour déterminer la nature pénale d'une accusation[62]. Elle s'attache pour cela aux indications du droit national, à la nature de l'infraction ainsi qu'à la nature et au degré de sévérité de la sanction prononcée, exécutée ou simplement encourue[63]. Ces critères sont alternatifs et non cumulatifs[64], ce qui signifie que la qualification du droit national n'est qu'une indication de départ pour la Cour européenne[65]. Il est en effet fréquent que des faits de nature administrative[66] ou disciplinaire[67] soient analysés par les juges de Strasbourg et par les juges nationaux[68] comme faisant partie de la notion européenne de matière pénale. Pour analyser ce premier critère, la Cour peut se fonder indifféremment sur la législation interne[69], sur les travaux préparatoires[70], la doctrine[71] ou bien encore la jurisprudence[72].

On aurait pu penser que l'autonomie d'interprétation de ces notions n'avait pour vocation que d'augmenter le champ d'application du droit au procès équitable et ne visait par conséquent qu'à dépasser la qualification du droit interne pour octroyer plus de garanties. La notion européenne recouvrant alors la qualification interne plus les éléments rajoutés par la jurisprudence de la Cour. On peut se demander si cette conception maximaliste est toujours d'actualité puisque dans une espèce, la Cour européenne a pu considérer qu'une sanction

---

[62] J. Meunier, « La notion de procès équitable devant la Cour européenne des droits de l'Homme », in : *Procès équitable et enchevêtrement des espaces normatifs* - Travaux de l'atelier de droit international de l'UMR de droit comparé de Paris, dir. Hélène Ruiz Fabri ; Paris, Société de législation comparée, 2003, p. 186 ; V. également M. Delmas-Marty (dir.), « La matière pénale au sens de la CESDH comme flou du droit pénal », préc., p. 819 s.

[63] S. Guinchard et J. Buisson, *Procédure pénale,* préc., n° 11 et 417.

[64] CEDH Lutz c. Allemagne, 25 août 1987 ; Série A, n° 123.

[65] V. également CEDH Maaouia c. France, 5 oct. 2000 ; *RTDH* 2002, p. 433, obs. H. Tigroudja. Le simple fait qu'une procédure soit incluse dans une loi pénale ou qu'une mesure soit prononcée au cours d'une procédure pénale n'entraine pas nécessairement l'application de l'art. 6§1 : CEDH Escoubet c. Belgique, 28 oct. 1999 ; *JDI* 2000, p. 128, obs. O.B. Tel est le cas par exemple de l'amende civile prévue par l'art. 177-2 *C. proc. pén*. et qui peut être prononcée par le juge d'instruction, après un non lieu, s'il considère que la constitution de partie civile qui a mis en mouvement la procédure était abusive ou dilatoire : Cass. crim. 27 fév. 2002; *Bull. crim*. n° 47 ; *Rev. sc. crim.* 2002, p. 625, obs. A. Giudicelli ; *Dr. pén*. 2002, comm. n° 88, obs. A. Maron ; V. également Cass. crim. 9 nov. 2004 ; *Bull. crim*. n° 271.

[66] La Cour européenne a par exemple affirmé l'applicabilité de l'art. 6 à des infractions mineures du Code de la route que le droit national qualifiait de « contraventions administratives » : CEDH Oztürk c. Allemagne, 21 fév. 1984 ; Série A, n° 73.

[67] Cela a été le cas en matière militaire (CEDH Engel et autres c. Pays Bas, 8 juin 1976 ; Série A, n° 22), pénitentiaire (CEDH *Golder c. Royaume-Uni*, 21 février 1975 ; série A, n° 18) ou ordinale (CEDH *Albert et Le Compte c. Belgique*, 10 février 1983 ; série A, n° 58).

[68] S'agissant des sanctions administratives, V. CE, Sect., 28 juill. 1999, GIE Mumm-Perrier-Joüet ; *AJDA* 1999, p. 835. Dans cette espèce, le Conseil d'Etat considère que l'art. 6§1 de la Convention européenne s'applique aux sanctions administratives dès lors qu'elles présentent le caractère de punition tendant à empêcher la réitération des agissements qu'elles visent et qu'elles n'ont pas pour objet la simple réparation pécuniaire d'un préjudice.

[69] CEDH, Engel et autres c. Pays Bas, préc.

[70] CEDH, Ravnsborg c. Suède, 23 mars 1994 ; Série A, n° 283-B.

[71] CEDH, Ostürk c. Allemagne, préc.

[72] CEDH, Guisset c. France, 26 sept. 2000, req. n° 33933/96.

qualifiée de pénale par le droit national n'était pas inclue dans la notion européenne de matière pénale et ne relevait donc pas de la protection de l'article 6[73].

Le deuxième critère d'appréciation de la matière pénale réside dans la nature de l'infraction. Afin d'apprécier ce critère, la Cour va analyser le caractère général de la norme[74], son but à la fois préventif et répressif[75]. La nature du comportement transgresseur sera également regardé au regard de la qualité professionnelle de son auteur s'agissant de déterminer si le comportement relève de nature disciplinaire ou pénale. Il apparaît en effet que l'on peut attendre par exemple d'un militaire une obéissance plus importante que celle que l'on peut exiger d'une personne civile. Néanmoins, ce dernier point ne peut à lui seul éclairer la classification et devra être confronté au critère tiré de la gravité de la sanction[76].

Quant au troisième et dernier critère, il s'attache à la nature et au degré de sévérité de la sanction et constitue souvent l'élément décisif. Il s'agira également de déterminer le but de la sanction. Cette analyse fera pencher le contentieux dans le domaine de la matière pénale lorsque la sanction vise à produire un effet dissuasif et non une simple réparation. Cet aspect dissuasif se retrouvera bien évidemment dans la sévérité de la sanction qu'elle soit prononcée, exécutée ou simplement encourue. La Cour précise que cette appréciation reste toute relative : « *Rien ne donne à penser que l'infraction pénale (criminal offence), au sens de la Convention, implique nécessairement un certain degré de gravité. A cet égard, nombre d'Etats contractant distinguent* […] *entre crimes, délits et contraventions tout en les qualifiant les unes et les autres d'infractions pénales* »[77]. La sanction peut rester modique tout en apparaissant importante par rapport au comportement sanctionné. Il est à noter que la privation de liberté apparaîtra toujours comme une sanction faisant relever la mesure de la matière pénale « *hormis celles qui par leur durée ou leurs modalités d'exécution ne sauraient causer un préjudice important* »[78].

C'est souvent avec la combinaison de ces trois critères que la Cour européenne juge du caractère pénal du contentieux et par conséquent de l'applicabilité de l'article 6.

---

[73] CEDH Escoubet c. Belgique, 28 oct. 1999 ; *Rec.* 1999-VII.
[74] Le caractère général sera relevé pour une norme qui « *concerne tous les citoyens* [et non] *un groupe déterminé doté d'un statut particulier* » : CEDH, Bendenoun c. France ; Série A, n° 284, §47.
[75] CEDH, Bendenoun c. France, préc., §47.
[76] Lorsque l'indiscipline d'un militaire lui vaut une longue peine privative de liberté, le contentieux sera rattaché à la matière pénale : CEDH, Engel c. Pays Bas, préc.
[77] CEDH, Oztürk c. Allemagne, préc, §53. Dans cette espèce la Cour a placé dans la matière pénale une « contravention administrative » de 60 DM (soit environ 30 euros).
[78] CEDH, Engel c. Pays Bas, préc., §82.

Après avoir évoqué le champ d'application de cette notion, nous allons nous arrêter sur les garanties offertes par le droit au procès équitable.

## 2. Les garanties du droit au procès équitable

Le texte de l'article 6 de la Convention, siège principal de la notion de procès équitable, énonce divers éléments constitutifs de cette notion. D'autres articles font référence à des garanties inhérentes au procès équitable, mais le principe du droit au procès équitable demeure une notion vivante que la Cour européenne des droits de l'Homme a considérablement enrichie soit en précisant la définition ou les contours des droits énoncés dans le texte de référence soit en construisant de véritables « garanties implicites » déduites du texte de référence[79].

L'article 6 peut se décomposer en deux séries de garanties. Les garanties à caractère général (a) qui se trouvent dans le premier paragraphe et les garanties spécifiques à la matière pénale exposées dans les paragraphes deux et trois (b).

### a. Les garanties à caractère général

Le premier paragraphe constitue le socle fondamental du droit au procès équitable applicable tant en matière civile (en ce qui concerne les « *contestations ou obligations de caractère civil* »), qu'en matière pénale (quand il s'agit de décider du « *bien fondé de toute accusation en matière pénale* »).

Ce principe fondamental selon lequel « *toute personne à droit à ce que sa cause soit entendue équitablement* » ne reçoit pas de définition précise dans le texte de la convention. Son appréciation a même évolué au fil du temps. La Cour européenne des droits de l'Homme a tout d'abord analysé ce concept comme une exigence de compatibilité avec une bonne administration de la justice[80], et c'est par la suite qu'il a été apprécié au regard du fonctionnement et de l'organisation effectifs de la justice[81].

---

[79] F. Sudre, « A propos du dynamisme interprétatif de la Cour européenne des droits de l'Homme » ; *JCP* 2001, doctr. I, n° 335, p. 1365 s.
[80] CEDH, Delcourt c. Belgique, 17 janv. 1970 ; Série A., n° 11.
[81] P. Hennion, préc., n° 280, p. 259 s.

Pour être équitable, le procès doit revêtir certaines qualités. Le texte même de la Convention nous précise qu'il doit être public et que la décision doit être rendue dans un délai raisonnable par un tribunal indépendant et impartial établi par la loi.

Le droit à un tribunal établi par la loi est une exigence qui n'appelle pas de longs développements s'agissant des États membres du Conseil de l'Europe. La jurisprudence, à ce sujet, est d'ailleurs peu développée[82]. La Cour européenne précise tout de même que l'expression « établi par la loi » s'entend comme « conforme à la loi »[83], particulièrement en ce qui concerne la composition du tribunal. Il faut néanmoins préciser que le terme « tribunal » ne s'entend pas nécessairement d' « *une juridiction de type classique, intégrée aux structures judiciaires ordinaires du pays* »[84]. Est ainsi considéré comme un tribunal, au sens matériel du terme, tout organe à qui il « *appartient de trancher, sur la base de normes de droit et à l'issue d'une procédure organisée, toute question relevant de sa compétence* »[85]. Cette conception large et peu précise de la notion de tribunal vise bien évidemment à se détacher de l'appréciation formelle du tribunal telle qu'elle peut être conférée par chaque État. Une fois encore, la jurisprudence européenne adopte une conception autonome dégagée des qualifications du droit national qui pourraient restreindre l'applicabilité des garanties du droit au procès équitable. C'est également posée la question de l'accès à ce tribunal établi par la loi. La Cour a ainsi précisé que « *le droit d'accès constitue un des éléments inhérent au droit qu'énonce l'article 6§1* [qui] *garantit à chacun le droit à ce qu'un tribunal connaisse de toute contestation relative à ses droits et obligations de caractère civil. Il consacre de la sorte le « droit à un tribunal », dont le droit d'accès, à savoir le droit de saisir le tribunal en matière civile, ne constitue qu'un aspect* »[86]. Certes ce droit d'accès à un tribunal n'est pas absolu, mais les limitations ne peuvent avoir pour objectif qu'une meilleure administration de la justice et ne peuvent en tout état de cause «*restreindre l'accès ouvert à l'individu d'une manière ou à un point tels que le droit s'en trouve atteint dans sa substance même* [87]». L'analyse extensive du droit à un tribunal permettra à la jurisprudence de dégager la notion

[82] La Cour précise simplement que lorsque la composition d'un tribunal est prévue par la loi, le non respect de ses dispositions entraîne la constatation d'une violation de l'art. 6§1 : CEDH, Posokhov c. Russie, 4 mars 2003, req. 63486/00 ; CEDH, Lavents c. Lettonie, 28 nov. 2002, req. 58442/00.
[83] CEDH, Lavents c. Lettonie, 28 nov. 2002, préc., §114.
[84] CEDH, Campbell et Fell c. Royaume ŔUni, 28 juin 1984 ; Série A., n° 80, §76.
[85] CEDH, Sramek c. Autriche, 22 oct. 1984 ; Série A, n° 84, §36.
[86] CEDH, Golder c. Royaume Uni, préc. §36.
[87] CEDH, Ashingdane c. Royaume Uni, 28 mai 1985 ; Série A, n° 93.

fondamentale de « droit au juge » qui sera utile dans la recherche d'un fondement au droit à la preuve contraire[88].

La publicité de la procédure constitue un principe nécessaire afin qu'aucune suspicion ne puisse planer sur l'activité de juger. Ce principe est l'application de l'adage anglo-saxon « *Justice is not only to be done, but to be seen to be done* » [89]: il ne suffit pas que la justice soit rendue, il faut que chacun puisse voir qu'elle est rendue. La Cour européenne a rappelé maintes fois à ce titre que la publicité « *protège les justiciables contre les justices secrètes échappant au contrôle du public : elle constitue aussi un des moyens de préserver la confiance dans les cours et tribunaux. Par la transparence qu'elle donne à l'administration de la justice, elle aide à atteindre le but de l'article 6§1 : le procès équitable, dont la garantie compte parmi les principes de toute société démocratique au sens de la Convention* »[90]. S'agissant du principe de la publicité des débats, le texte même de la Convention prévoit de possibles limitations lorsque cette publicité serait contraire à des principes supérieurs[91]. La jurisprudence européenne a également apporté des limitations à ce principe en prenant en considération que les jugements des juridictions inférieures ont été prononcés publiquement[92], ou bien que d'autres moyens ont été mis en œuvre afin d'assurer l'accès du public à la décision[93]. Une autre limitation peut venir de la renonciation au caractère public de la procédure de la part du justiciable lui-même dans le cas ou cette renonciation se fait de plein gré, que ce soit de manière « *expresse ou tacite* » pourvu qu'elle soit « *non équivoque et ne se heurte à aucun intérêt public important* »[94].

L'exigence du délai raisonnable dans l'activité de juger fait elle aussi partie intégrante du droit au procès équitable. Les juges européens utilisent également le vocable de « *célérité du procès* »[95]. La raison d'être de ce principe se retrouve dans l'adage anglo-saxon « *Justice delayed, justice denied* » que l'on peut rapprocher du vieux dicton français « *Justice rétive,*

---

[88] V. infra p. 127 s.
[89] J.-Cl. Soyer et M. de Salvia*,* préc. , p. 266.
[90] CEDH, Pretto c. Italie, 8 déc. 1983 ; Série A, n° 71, §21 ; CEDH, Helmers c. Suède, 29 oct. 1991 ; Série A, n° 212, §33 et §36; CEDH, Werner c. Autriche, 24 nov. 1997 ; *Rec.* 1997-VII, §45.
[91] La seconde phrase de l'art. 6§1 prévoit de telles limitations dans l'intérêt de la moralité, de l'ordre public, de la sécurité nationale, afin de préserver les intérêts des mineurs, de protéger la vie privée des parties ou bien encore lorsque cette publicité, en considération des circonstances, serait de nature à porter atteinte aux intérêts de la justice.
[92] CEDH, Axen c. Allemagne, 8 déc. 1983 ; Série A, n° 72, §32.
[93] CEDH, Sutter c. Suisse, 22 fév. 1984 ; Série A, n° 74, §34.
[94] CEDH, Häkansson et Sturesson c. Suède, 21 fév. 1990 ; Série A, n° 171, §66.
[95] CEDH, Golder c. Royaume-Uni, préc.

*justice fautive* »[96]. Les juges européens ont développé les fondements de cette exigence en précisant que « *la Convention souligne l'importance qui s'attache à ce que la justice ne soit pas rendue avec des retards propres à en compromettre l'efficacité et la crédibilité* »[97]. Le débiteur de cette obligation de célérité est bien l'État à qui il incombe de doter les services publics même non juridictionnels « *de moyens appropriés, adaptés aux objectifs recherchés, de manière à leur permettre de remplir les exigences de l'article 6-1* »[98]. Le comportement du requérant pourra justifier le caractère déraisonnable de la durée de la procédure dans le cas ou son attitude apparaît clairement abusive et dilatoire[99].

L'indépendance et l'impartialité du tribunal constituent un maillon essentiel du droit au procès équitable. L'indépendance du tribunal s'apprécie tant à l'égard du pouvoir exécutif qu'à l'égard des parties[100]. La Cour analyse alors le mode de désignation des juges, la durée de leur mandat, les garanties objectives contre les pressions extérieures[101]… Dans la jurisprudence de la Cour, l'apparence d'indépendance revêt autant d'importance que l'indépendance elle-même[102]. L'impartialité quant à elle suppose que le juge ne manifeste pas d'hostilité ou de parti pris (favorable ou défavorable) à l'égard d'une des parties. L'exigence d'impartialité peut s'analyser d'un double regard. Le premier est celui de l'impartialité dite « subjective », ou « personnelle » et qui correspond à ce que peut penser réellement le juge de la situation. L'impartialité subjective est présumée et peut être renversée au regard des propos tenus par le juge au cours de l'audience, par son attitude vis-à-vis de l'une des parties… Le second regard est celui de l'impartialité dite « objective » ou « fonctionnelle » qui s'attachera à tous les indices pouvant laisser supposer que le juge peut partir avec un préjugé. Il s'agira bien sûr en premier lieu de la suspicion laissée par le cumul de fonctions[103].

Outre ces garanties générales applicables tant à la matière civile qu'à la matière pénale, l'article 6 de la Convention expose des garanties spécifiques à la matière pénale.

---

[96] J.-Cl. Soyer et M. de Salvia*,* préc. , p. 267.
[97] CEDH, H. c. France, 24 oct. 1989 ; Série A, n° 162, §74.
[98] CEDH, Moreira de Azevedo c. Portugal, 23 oct. 1990 ; Série A, n° 189, §73 ; V. également CEDH, Francesco Lombardo c. Italie, 26 nov. 1992 ; Série A, n° 249-B, §23.
[99] CEDH, Dobbertin c. France, 25 fév. 1993 ; Série A, n° 256-D, §44.
[100] CEDH, Le Compte, Van Leuven et De Meyere c. Belgique, 23 juin 1981 ; Série A, n° 43, §51.
[101] J.-F. Renucci, *Droit européen des droits de l'Homme*, préc., p. 212s. ; C. Ambroise-Castérot, *La procédure pénale*, préc., n° 206 s., p. 139 s. ; R. Koering-Joulin, « La notion européenne de tribunal indépendant et impartial » ; *Rev. sc. crim.* 1990, p. 765 s. ; J.-C. Ménard, « Réflexions sur l'indépendance du juge judiciaire » ; *Rev. de la recherche juridique-droit prospectif*, 2004, p. 327.
[102] Cf CEDH, Campbell et Fell c. Royaume-Uni, préc. , §77.
[103] V. infra, p. 271.

b. Les garanties spécifiques à la matière pénale

Le deuxième paragraphe de l'article 6 de la Convention européenne consacre la prééminence de la présomption d'innocence. Quant au troisième et dernier paragraphe, il dresse un inventaire qui se veut incomplet des garanties du procès équitable dont doit bénéficier « tout accusé » en matière pénale et qui viennent s'ajouter à la garantie générale de bonne justice prévue au premier paragraphe. En ce sens, le premier paragraphe constitue bien une base « *dont les paragraphes deux et trois représentent des applications particulières* »[104].

Le texte même de la Convention indique que les garanties citées ne constituent que des exemples puisqu'il est dit que « *tout accusé a droit notamment à :* ». L'utilisation de cet adverbe montre la volonté des rédacteurs de la convention de ne pas figer la notion de droit au procès équitable et d'en faire une matière vivante, une construction progressive.

Le deuxième paragraphe consacre le principe de la présomption d'innocence qui doit s'appliquer « *jusqu'à ce que la culpabilité ait été légalement établie* ». Il implique au premier chef que le juge ne doit pas avoir, *a priori*, la conviction de la culpabilité de la personne poursuivie. Il découle également de ce principe que la charge de la preuve incombe à l'accusation et que le doute doit profiter à la personne poursuivie. C'est un principe essentiel même si l'on a pu le relativiser en admettant par exemple des présomptions de culpabilité[105].

Le troisième paragraphe énonce quelques exemples de prérogatives de la défense pénale[106], quelques « *aspects, parmi d'autres, de la notion de procès équitable en matière pénale* »[107]. Il est ainsi précisé que tout accusé a droit « *à être informé dans le plus court délai, dans une langue qu'il comprend et d'une manière détaillée, de la nature et de la cause de l'accusation portée contre lui* »[108]. La nature de l'accusation s'entend de sa qualification juridique et sa cause est matérialisée par les faits qui lui sont reprochés[109].

---

[104] CEDH, Lutz c. République Fédérale d'Allemagne, 25 août 1987 ; Série A, n° 123, §52.
[105] V. supra, p. 40 s.
[106] J.-Cl. Soyer et M. de Salvia, préc. , p. 272 s.
[107] CEDH, Artico c. Italie, 13 mai 1980 ; Série A, n° 37, §32.
[108] Art. 6§3 a).
[109] La Cour européenne a repris cette définition en précisant que l'accusé doit être avisé « *de la base juridique et factuelle des reproches formulés contre lui* » : CEDH, Kamasinski c. Autriche, 19 déc. 1989 ; Série A, n° 168, §79.

Tout accusé a le droit également de « *disposer du temps et des facilités nécessaires à la préparation de sa défense* »[110]. En prenant en compte la finalité du droit au procès équitable, cette garantie permet de s'assurer que, dans les circonstances de la cause, la défense pénale n'a pas été privée d'une chance de pouvoir faire apparaître son innocence. Ainsi, une violation de cette disposition est caractérisée lorsqu'un tribunal requalifie une infraction à un stade de la procédure alors que la personne mise en cause ne peut plus matériellement agir[111] ou encore dans le cas de la modification d'une déposition par un témoin sans possibilité de contestation valable de la défense[112]. L'interprétation de cette garantie est néanmoins complexe. Ainsi, dans le cas d'une demande d'expertise formulée par l'accusé, le refus opposé par les autorités compétentes sera contraire à l'article 6§3 b) dans certains cas et pas dans d'autres. La Cour de Strasbourg s'attachera à déterminer si la demande avait un caractère dilatoire, mais au-delà, si l'expertise sollicitée pouvait aboutir à des résultats probants[113]. Le droit de disposer du temps et des facilités nécessaires à la préparation de sa défense peut faire l'objet de restrictions, qui ne peuvent toutefois être que justifiées par un intérêt public supérieur[114]. Les juges européens opèrent à ce titre un strict contrôle de proportionnalité[115].

Le troisième paragraphe de l'article 6 consacre par ailleurs un droit de se défendre efficacement[116]. Cette garantie reconnaît le droit pour l'accusé de se défendre lui-même, d'avoir l'assistance du défenseur de son choix, et celui de pouvoir être assisté gratuitement par un avocat d'office.

Il est également prévu de garantir un droit de confronter les témoins[117]. Cette disposition doit permettre d'interroger ou de faire interroger les témoins à charge, mais également d'obtenir la convocation et l'interrogation des témoins à décharge. Cette prérogative apparaît clairement comme la reconnaissance d'un droit actif d'intervention de la

---

[110] Art. 6§3 b).
[111] CEDH, Sadak et autres c. Turquie, 17 juill. 2001, req. n° 29900-96 à 29903/96.
[112] CEDH, G.B. c. France, 2 oct. 2001, req. n° 44069/98, §67 s. : dans cette espèce, un expert a complètement modifié sa position au cours de son interrogatoire à la barre du tribunal, lequel a rejeté une demande de contre-expertise.
[113] CEDH, Bricmont c. Belgique, 7 juill. 1989 ; Série A, n° 158, §90. Dans cette espèce, la défense avait demandé une expertise financière et comptable et le rejet de cette demande n'a pas été jugé contraire au droit à un procès équitable en ce que les juridictions internes pouvaient raisonnablement penser que les tractations reprochées n'avaient laissé aucune trace bancaire.
[114] J.-F. Rénucci, *Traité de droit européen des droits de l'Homme,* préc. , p. 229 s.
[115] V. par ex. CEDH, S. c. Suisse, 28 nov. 1981, Série A, n° 220. Dans cette espèce, les autorités nationales avaient fait obstacle à la communication d'un détenu provisoire avec son avocat pendant près de sept mois en arguant d'un risque important de concertation entre les protagonistes de l'affaire par l'intermédiaire de l'avocat.
[116] Art. 6§3 c) : « *se défendre lui-même ou avoir l'assistance d'un défenseur de son choix et, s'il n'a pas les moyens de rémunérer un défenseur, pouvoir être assisté gratuitement par un avocat d'office, lorsque les intérêts de la justice l'exigent* ».
[117] Art. 6§3 d).

personne mise en cause au cours du procès et participe de l'effectivité du droit à la preuve contraire[118].

Enfin, le troisième paragraphe de l'article 6 prévoit un droit à l'assistance gratuite d'un interprète[119], condition nécessaire pour que la personne mise en cause puisse comprendre l'action qui est intentée contre elle, les arguments qui lui sont opposés et pour qu'elle puisse faire valoir utilement son point de vue.

La jurisprudence européenne précise bien que cette liste de garanties n'est en rien exhaustive en faisant référence à l'adverbe « notamment » utilisé par la Convention[120]. La Cour en déduit que le procès pénal évalué dans son ensemble pourrait ne pas être équitable alors même que les garanties minimales exposées à l'article 6§3 seraient réunies[121].

Dans la recherche d'un fondement au droit à la preuve contraire, il nous appartient désormais d'établir le lien qui existe entre cette notion et les garanties du droit au procès équitable.

### §2. Le droit au procès équitable et l'affirmation d'un droit à la preuve contraire

L'exposé des contours du droit au procès équitable nous permet de prendre conscience de l'étendue des garanties processuelles qu'il accorde à la personne mise en cause. Nous pouvons pousser le raisonnement afin de déterminer le lien qui existe entre les garanties du droit au procès équitable et le droit à la preuve contraire (A), lien qui sera encore plus étroit en prenant en considération l'évolution conceptuelle du droit au procès équitable vers le principe de l'égalité des armes (B).

---

[118] V. infra p. 202 s.
[119] Art. 6§3 e).
[120] Par ailleurs, d'autres garanties du droit au procès équitable sont contenues à d'autres niveaux dans la Convention européenne. C'est par exemple le cas du principe de non-rétroactivité de la loi pénale (art. 7 Conv.), du droit de faire appel dans les affaires pénales (Protocole n°7, art. 2), du droit à réparation en cas d'erreur judiciaire (Protocole n° 7 art.3) ou bien encore du droit de ne pas être jugé deux fois pour la même infraction (Protocole n° 7, art. 4).
[121] Comm. EDH, Cardot c. France, rapport du 3 avr. 1990.

### A. Le lien entre les garanties du droit au procès équitable et le droit à la preuve contraire

L'affirmation d'un droit à la preuve contraire implique de tout mettre en œuvre pour que l'innocence d'une personne mise en cause puisse être établie. Un certain nombre de garanties du droit au procès équitable, qu'elles soient d'ordre général ou spécifique à la matière pénale, participent de ce mécanisme et pourraient être à l'origine de la naissance d'un principe général du droit à la preuve contraire. Il en est ainsi du droit au juge directement issu du droit au procès équitable (1) et des garanties qui assurent à la personne poursuivie un rôle actif dans l'organisation et la maîtrise de sa défense (2). Enfin, l'extension du droit au procès équitable vers la garantie de l'équité procédurale (3) a permis de conduire à la reconnaissance de l'égalité des armes, principe liant de manière plus étroite le droit au procès équitable au droit à la preuve contraire.

#### 1. Le lien direct entre le droit au juge issu du droit au procès équitable et le droit à la preuve contraire

Aucune disposition ne consacre expressément le droit au juge. L'affirmation de cette garantie découle directement de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg qui en fait une conséquence de la prééminence du droit et du droit au procès équitable[122]. La Convention prévoit néanmoins quelques applications spécifiques du droit au juge. Ainsi, l'article 5§4 prévoit que toute personne privée de sa liberté a le droit d'introduire un recours devant un tribunal. L'article 13 dispose également que toute personne dont les droits et libertés reconnus par la Convention ont été violés, a droit à l'octroi d'un recours effectif devant une instance nationale. Dans un domaine spécifique, l'article 2 du protocole numéro 7 garantit que tout étranger puisse exercer un droit de recours contre une décision d'expulsion. Au-delà de ces prescriptions particulières, la jurisprudence européenne a construit la notion de droit au juge à partir du constat que le détail des garanties offertes par l'article 6, l'équité, la publicité et la célérité, ne sert strictement à rien si l'on ne protège pas d'abord ce qui permet d'en bénéficier,

[122] J.-F. Rénucci, « Le droit au juge dans la Convention européenne des droits de l'Homme », in : *Le droit au juge dans l'union européenne*, sous la dir. de J. Rideau ; Paris, LGDJ, 1998, p. 132 s.

c'est-à-dire l'accès au juge. Dans l'arrêt *Golder*[123], la Cour consacre le fait que le droit d'accès concret et effectif à un tribunal pour pouvoir défendre ses droits constitue un droit fondamental de l'accusé et un élément inhérent au procès équitable : « *la prééminence du droit ne se conçoit guère sans la possibilité d'accéder aux tribunaux* »[124].

Le caractère essentiel du droit au juge a été maintes fois réaffirmé par la doctrine et apparaît même comme le « *noyau dur des droits de l'Homme* »[125]. Ce concept a également été reconnu par la Cour de justice des Communautés européennes qui en fait le moyen de protéger les droits conférés aux particuliers par le droit communautaire[126].

La reconnaissance et l'affirmation du droit au juge ne suffisent pas à en définir précisément les contours. Cette tâche s'avère même délicate tant la notion a été étendue à de multiples reprises.

Le droit au juge peut tout d'abord se définir comme « *le droit pour toute personne physique ou morale, française ou étrangère, d'accéder à la justice pour y faire valoir ses droits* »[127]. Cette première définition est alors absorbée par le droit à un tribunal. La Cour européenne a peu à peu étendu cette notion de base pour en faire un droit à un recours effectif dépassant le simple droit à un recours[128]. Cette extension est basée sur le fait que « *la Convention a pour objet de protéger non pas des droits théoriques ou illusoires mais concrets et effectifs* »[129]. L'effectivité du recours s'apprécie *in concreto*[130]. Sera par conséquent effectif le recours qui, non seulement existe, mais qui est de plus accessible et adéquat. L'accessibilité est analysée au regard de la possibilité pour la personne d'intenter le recours et de déclencher la procédure[131]. Le caractère adéquat induit l'exigence d' « *un recours interne habilitant l'"instance" nationale qualifiée à connaître du contenu du grief fondé sur la Convention et, de*

---

[123] CEDH Golder c. Royaume Uni, 21 fév. 1975, req. n° 4451/70, s'agissant de droits et obligations de caractère civil.
[124] CEDH Golder c. Royaume Uni, 21 fév. 1975, préc. , §34 ; V. également CEDH, Delcourt c. France, 17 janvier 1970 ; Série A n°11, §25. V. également CEDH Airey c. Irlande, 9 oct. 1979 ; Série A, n° 32, *Cah. dr. eur.* 1980, p. 470, obs. G. Cohen-Jonathan.
[125] G. Cohen-Jonathan, « Le droit au juge », in : *Gouverner, administrer, juger, Liber amicorum J. Waline* ; Paris, Dalloz, 2002, p. 476.
[126] CJCE, aff. Johnston, 15 mai 1986, n° 222/84, *Rec.* p. 1651.
[127] L. Favoreu et Th. Renoux, *Le contentieux constitutionnel des actes administratifs* ; Paris, Sirey, 1992, n° 176.
[128] Le caractère effectif du recours est expressément prévu par l'art. 13 de la Convention mais n'est qu'implicite dans l'art. 6§1 : V. J.-F. Rénucci, « Le droit au juge dans la Convention européenne des droits de l'Homme », in : *Le droit au juge dans l'union européenne*, préc., p. 138.
[129] CEDH, Airey c. Irlande, 9 oct. 1979 ; Série A, n° 32, §24.
[130] Com. EDH, décision du 9 juill. 1982, req. n° 9024-80.
[131] CEDH, Platteform c. Autriche, 21 juin 1988 ; Série A, n° 139.

*plus, à offrir le redressement approprié* »[132]. Par la suite, plus qu'un simple droit d'accès effectif à un tribunal, le droit au juge est devenu un véritable droit à obtenir un jugement au fond[133].

L'évolution conceptuelle de la notion a conduit à dépasser le strict droit d'accès à la justice pour aboutir à un réel droit de contrôle du juge[134], vers un droit à bénéficier de la protection du juge, c'est-à-dire au droit à la justice[135]. La Cour européenne a consacré cette vision extensive en estimant par exemple que l'attribution d'un pouvoir de sanction aux autorités administratives ou disciplinaires n'enfreignait pas en soi la Convention sous réserve qu'elles respectent les exigences de l'article 6§1 « *ou qu'elles subissent le contrôle ultérieur d'un organe judiciaire de pleine juridiction présentant les garanties de cet article* »[136]. Au-delà, ce concept s'entend également du droit d'être entendu par le juge et cette implication conduit à l'affirmation d'une obligation à la charge du juge : celle de se livrer à un examen effectif des arguments développés par les parties, de leurs offres de preuve, même s'il n'y a pas l'obligation d'apporter une réponse détaillée à chaque élément. S'agissant de cette obligation pour le juge de recevoir les arguments des parties et donc leurs offres de preuve, la Cour européenne expose très clairement que « *le droit à un procès équitable* […] *englobe, entre autres, le droit des parties au procès à présenter les observations qu'elles estiment pertinentes pour leur affaire. La Convention ne visant pas à garantir des droits théoriques ou illusoires mais des droits concrets et effectifs* […]*, ce droit ne peut passer pour effectif que si ces observations sont vraiment « entendues », c'est-à-dire dûment examinées par le tribunal saisi. Autrement dit, l'article 6 implique notamment, à la charge du « tribunal », l'obligation de se livrer à un examen effectif des moyens, arguments et offres de preuve des parties»* [137].

Il s'agirait de pouvoir exiger du juge qu'il effectue son office quand bien même cette notion n'a pas pour conséquence l'obligation pour le juge de faire droit aux initiatives probatoires. L'interprétation donnée au droit au juge se rapprocherait donc des objectifs poursuivis par l'affirmation d'un véritable droit à la preuve contraire même si certains auteurs

---

[132] CEDH, Soering c. Royaume-Uni, 7 juill. 1989 ; Série A, n° 161, §120.
[133] La Cour a en effet rapidement précisé que le droit d'accès à un tribunal, à savoir le droit de saisir le tribunal, ne constituait qu'un aspect du droit au tribunal : CEDH, Golder c. Royaume-Uni, préc. ; V. également W. Banarès et M.-A. Frison-Roche, « Le soucis de l'effectivité du droit » ; *D.* 1996, chr. p. 301.
[134] C'est par exemple le cas lorsque la procédure débute devant un organe administratif ou disciplinaire : V. M.-C. Rivier, « Le droit au juge et les procédures para juridictionnelles », in : *Le droit au juge dans l'Union européenne*, préc, p. 113 s.
[135] J.-F. Rénucci, *Droit européen des droits de l'Homme* ; Paris, LGDJ, 3ème éd., 2002, n° 124, p. 227.
[136] CEDH, Gautrin et autres c. France, 20 mai 1998, §57 ; *AJDA* 1998, p. 991, obs. Flauss.
[137] V. CEDH, Dulaurans c. France, 21 mars 2000, req. n° 34553/97, §33.

s'inquiètent de ces extensions de la notion et de son caractère globalisant[138]. En effet, le droit à la preuve contraire s'inscrit dans la même logique de prééminence du droit et de soucis d'effectivité. La nature même du procès pénal, par les lourdes conséquences qu'il peut avoir sur les individus, impose que la personne poursuivie puisse saisir un juge dont l'une des missions sera d'entendre les éléments de preuve contraire à l'accusation qui seront produits. Le droit au juge serait même en cela le résultat d'une analyse tronquée du texte de l'article 6 qui met à jour une nouvelle garantie, celle selon laquelle « *toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue* ». Le juge européen s'arrêtant sciemment avant la fin de ce membre de phrase pour dégager cette nouvelle garantie.

Cette vocation protectrice du droit au juge doit se retrouver dans l'expression d'un droit à la preuve contraire. Cette composante du droit au procès équitable, parce qu'elle procède de la même démarche, de la même philosophie générale, participe donc à affirmer l'existence et la place d'un droit à la preuve contraire même si à lui seul, il ne donne pas toute l'étendue que l'on peut attendre d'un droit à la preuve contraire.

D'autres aspects du droit au procès équitable vont également dans le sens de l'affirmation d'un droit à la preuve contraire. Ce concept ne pouvant prospérer avec une défense passive, il doit s'appuyer sur des garanties d'un rôle actif de l'accusé dans l'organisation de sa défense.

### 2. Les garanties d'un rôle actif de l'accusé dans l'organisation de sa défense

L'article 6 de la Convention prévoit diverses garanties propres à la matière pénale. Il en est ainsi du droit de tout accusé de disposer du temps et des facilités nécessaires à la préparation de sa défense[139], du droit de se défendre soi-même ou d'avoir l'assistance du défenseur de son choix[140], du droit de faire convoquer et d'interroger des témoins[141] et du droit de se faire assister gratuitement par un interprète si cela s'avère nécessaire[142]. Ces éléments sont également fondamentaux dans la définition du droit au procès équitable et pour

[138] G. Guillaume, « Conclusion Générale », in : *Le droit au juge dans l'Union européenne*, préc., p. 223 ; certains auteurs le comparant même à une boîte de Pandore : J.-M. Raynaud, « Le droit au juge devant les juridictions administratives », in : *Le droit au juge dans l'Union européenne*, préc. , p. 34.
[139] Conv. EDH art. 6§3 b.
[140] Conv. EDH art. 6§3 c.
[141] Conv. EDH art. 6§3 d.
[142] Conv. EDH art. 6§3 e.

l'affirmation d'un droit à la preuve contraire. En effet, ils mettent en lumière la nécessité d'exercice d'une défense effective et concrète pour protéger les droits de l'accusé[143]. Cela passe nécessairement par une compréhension de l'accusation et de la procédure, mais cela va beaucoup plus loin en permettant à la personne poursuivie d'être véritablement acteur de son procès. Le droit de convoquer et d'interroger les témoins affirme le droit pour la personne mise en cause, de participer à l'administration de la preuve. Cette disposition ouvre en effet un vaste champ d'investigation en faveur de la défense de l'accusé. La jurisprudence européenne ayant adopté une conception autonome de la notion de témoin[144], le défenseur pénal doit avoir la possibilité de faire citer indifféremment un simple témoin susceptible d'apporter un éclairage sur les faits, un expert[145], une partie civile[146] ou même un coaccusé[147].

Sous couvert du droit de « *disposer du temps et des facilités nécessaires à la préparation de sa défense* », la Convention donne la possibilité à la personne mise en cause d'intervenir dans la recherche probatoire. Les demandes d'actes ou d'investigations sont légitimées par ce dispositif et le refus de faire droit à de telle demande doit être justifié par un intérêt supérieur ou l'attitude du requérant[148].

Nous retrouvons donc dans les composantes du droit au procès équitable, la philosophie qui nous conduit à affirmer l'existence d'un droit à la preuve contraire. Mais cette affirmation prend encore plus de sens avec la construction, par la jurisprudence du volet « équité procédurale » du droit au procès équitable.

### 3. L'extension du droit au procès équitable vers la garantie de l'équité procédurale

Le terme « équitablement », présent dans le texte de l'article 6 de la Convention a donné naissance à une interprétation créant un sous ensemble de garanties procédurales « implicites »[149]. Ainsi en est-il du principe de loyauté de la preuve. En effet, même si la Cour

[143] CEDH Goddi c. Italie, 9 avr. 1984 ; Série A, n° 76.
[144] V. S. Lavric, préc. , n° 340, p. 289.
[145] CEDH, Bönish c. Autriche, 6 mai 1985 ; Série A, n° 92, §32.
[146] CEDH, Briquemont c. Belgique, 7 juill. 1989 ; Série A, n° 158, §44 s.
[147] CEDH, Luca c. Italie, 27 fév. 2001, req. n° 33354/96 ; *Rec.* 2001-II.
[148] CEDH, Bricmont c. Belgique, préc ; CEDH, S. c. Suisse, préc ;
[149] F. Sudre, « A propos du dynamisme interprétatif de la Cour européenne des droits de l'homme » ; *JCP* 2001, doct. I, n° 335, p. 1365 s.

affirme régulièrement que le droit de la preuve relève en principe de l'appréciation des États, elle considère néanmoins qu'elle « *doit cependant rechercher si les éléments de preuve relatifs aux poursuites contre les requérants avaient été recueillis d'une manière propre à garantir un procès équitable* »[150]. D'autres principes ont également été dégagés du droit au procès équitable et relèvent de la garantie de l'équité procédurale. Il s'agit du droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination[151], ou encore de l'exigence de respect de bonne foi des règles de procédure[152].

La garantie de l'équité procédurale posée par l'article 6§1 a également permis au juge européen de rattacher le respect du contradictoire[153] ainsi que l'exigence de motivation des jugements[154] à la notion plus large de droit au procès équitable et de consacrer le principe de l'égalité des armes qui a véritablement transformé la protection processuelle du justiciable. Ces trois éléments constituent le noyau dur de l'équité procédurale au sens européen du terme. Le contradictoire implique « *pour l'accusation comme pour la défense, la faculté de prendre connaissance des observations ou éléments de preuve produits par l'autre partie, ainsi que de les discuter* »[155]. Ce principe est depuis longtemps familier de notre droit procédural[156]et il trouve son prolongement naturel dans le respect de l'égalité des armes en vertu duquel « *toute partie à une action doit avoir une possibilité raisonnable d'exposer sa cause au tribunal dans des conditions qui ne la désavantage pas d'une manière appréciable vis-à-vis de la partie adverse* »[157]. Enfin l'obligation de motivation parfait cet édifice protecteur de la défense en imposant aux juges d' « *indiquer avec une clarté suffisante les motifs sur lesquels ils se fondent* »[158]. Si le principe du contradictoire et l'exigence de motivation des jugements ont déjà fait l'objet de développements, l'évolution conceptuelle qui a donné naissance au principe de l'égalité des armes mérite une analyse plus précise.

---

[150] CEDH, Barberà, Messegué et Jarbado c. Espagne, 6 déc. 1988 ; Série A, n° 146, §83.
[151] CEDH, Funke c. France, 25 fév. 1993 ; Série A, n° 256-A.
[152] La Cour peut conclure à la violation du principe d'équité dans le cas où un tribunal national applique de manière trop rigide des règles de procédure (CEDH, Pérez de Rada Cavanilles c. Espagne, 28 oct. 1998 ; *Rec.* 1998-VIII.
[153] V. CEDH, Ruiz Mateos c. Espagne, 23 juin 1993 ; Série A, n° 262, §63 : « *La Cour examinera le grief à la lumière de l'ensemble du paragraphe 1 de l'article 6 (art. 6-1), car le principe de l'égalité des armes représente un élément de la notion plus large de procès équitable, qui englobe aussi le droit fondamental au caractère contradictoire de l'instance* » ; CEDH, Werner c. Autriche, 24 nov. 1997 ; *Rec.* 1997-VII, §63.
[154] V. par ex. H. c. Belgique, 30 nov. 1987 ; Série A., n° 127-B.
[155] CEDH, Brandstetter c. Autriche, 28 août 1991, req. n° 11170/84 ; Série A, n° 2111, §68.
[156] V. 1ère partie ….
[157] Comm. EDH, Struppat c. RFA, Avis du 16 juillet 1968, req. n° 2804/ 66, Annuaire, vol XI. p. 400.
[158] CEDH, Hadjianastassiou c. Grèce, 16 déc. 1992, req. n° 12945/87 ; Série A, n° 252, §33.

### B. L'évolution conceptuelle du droit au procès équitable vers le principe de l'égalité des armes

Tout comme la notion de procès équitable, la notion d'égalité des armes vient du vocabulaire sportif et plus précisément de la pratique des duels qui impose que tout combattant dispose d'armes de valeur égale, ce qui est particulièrement contrôlé par les témoins ou les arbitres avant l'ouverture du duel. La transposition juridique de ce principe conduit à considérer que ni l'accusé, ni aucune partie, ne doit être placée dans une situation désavantageuse. Il est vrai que le choix des termes peut paraître en contradiction avec la conception moderne du procès qui doit représenter un « *substitut pacifique à la vengeance privée* ». Certains auteurs préfèrent donc les termes d' « *égalité des droits* »[159]. Il est à noter que la Déclaration universelle des droits de l'Homme et le Pacte international qui en découle abordaient déjà la procédure pénale sous l'angle de l'égalité. Ces deux textes fondamentaux prévoient en effet que toute personne accusée d'une infraction pénale a droit « *en pleine égalité* »[160] à ce que sa cause soit entendue équitablement et à bénéficier de garanties spécifiques. C'est néanmoins à l'échelon européen que le principe de l'égalité des armes a pris toute sa signification grâce au dynamisme interprétatif de la Cour européenne.

La jurisprudence européenne a donné au fil des ans une importance de plus en plus grande au principe de l'égalité des armes pour en faire la principale expression de l'équité du procès[161]. Avant d'étudier les contours du principe de l'égalité des armes (1), nous allons retracer les principales lignes de l'évolution du concept d'équité à celui d'égalité, travail qui a été réalisé par la Commission européenne des droits de l'Homme (2).

#### 1. De l'équité à l'égalité, le travail de la Commission européenne des droits de l'Homme

Nous avons pu constater, dans un premier temps, que les composantes du droit au procès équitable étaient « *le droit à l'équité, la publicité et la célérité de la procédure judiciaire* ». L'égalité n'apparaît pas dans les premières applications de l'article 6 CEDH.

---

[159] V. F. Stasiak, « Le principe de la contradiction et le principe de l'égalité des armes », in : *Procédure(s) et effectivité des droits* - actes du colloque des 31 mai et 1er juin 2002 organisé à la Faculté de droit de Strasbourg ; Bruxelles, Némésis, Bruylant, Coll. « Droit et justice », 2003, p. 211.
[160] Art. 10 DUDH et art. 14 al. 2 PIDCP.
[161] L. Cadiet, « L'équité dans l'office du juge civil », in : *Justice et équité* ; *Justices*, n° 9, p. 98 s.

Cela peut surprendre d'autant plus que la Déclaration Universelle de 1948 allait plus loin en proclamant dans son article 10, le droit de toute personne « *en pleine égalité, à ce que sa cause soit entendue équitablement et publiquement par un tribunal indépendant et impartial* ».

C'est à la Commission européenne des droits de l'Homme que l'on doit le rapprochement entre équité et égalité quant à l'application de l'article 6 de la Convention et c'est à elle que l'on doit l'élaboration du concept d'égalité des armes[162]. Cette notion apparaît pour la première fois dans une décision de la Commission en date du 30 juin 1959[163]. Dans cette décision la Commission affirme que *« toute partie à une action civile et, a fortiori, à une action pénale, doit avoir une possibilité raisonnable d'exposer sa cause dans des conditions qui ne la désavantagent pas d'une manière appréciable par rapport à la partie adverse* ». La Commission utilisa pour la première fois les termes d' « égalité des armes » dans sa décision Plischke contre Autriche du 28 septembre 1964[164]. La Cour s'est ralliée au concept d'égalité des armes dans son arrêt Neumeister[165] du 27 juin 1968. Dans cette espèce, il apparaît que « *les décisions concernant la détention préventive ont été rendues après que le Ministère public eut été entendu en l'absence du requérant et de son avocat au sujet de la demande écrite présentée par eux. La Cour incline à admettre que ce fait est contraire au principe de l'égalité des armes que la Commission a déclaré à juste titre, dans plusieurs décisions et avis, être compris dans la notion plus large de procès équitable (fair trial) inscrite à l'article 6 par. 1 (art. 6-1)* ». Même si la Cour ne conclut pas dans ce cas à la violation du principe de l'égalité des armes en ce qu'il ne s'appliquerait pas aux demandes de mise en liberté provisoire, il s'agit bien de la consécration par la Cour, de l'existence de ce principe tel qu'il avait été élaboré par la Commission. Cette position est confirmée par la jurisprudence postérieure. Dans un arrêt Delcourt[166], la Cour précise l'étendue de ce principe et le dépassement de l'article 6§1 de la Convention : « *En effet, le principe de l'égalité des armes n'épuise pas le contenu de ce paragraphe; il ne constitue qu'un aspect de la notion plus large*

[162] B. Favreau, « Aux sources du procès équitable-une certaine idée de la qualité de la justice », in : *Le procès équitable et la protection juridictionnelle du citoyen* - colloque organisé à Bordeaux les 29 et 30 septembre 2000 pour le 50ème anniversaire de la Convention européenne des droits de l'Homme ; Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 9 s.
[163] Comm. EDH Szwabowicz c. Suède, avis du 30 juin 1959, req. 434/58, Ann. II, p. 355.
[164] Comm. EDH Plischke c. Autriche, avis du 28 sept. 1964, req. 1446/62 , Ann. VIII, p. 427.
[165] CEDH Neumeister c. Autriche, 27 juin 1968 ; Série A, n° 8, req. 1936/63.
[166] CEDH Delcourt c. Belgique, 17 janvier 1970 ; Série A, n° 11, req. 2689/65.

*de procès équitable devant un tribunal indépendant et impartial* (cf. l'arrêt Neumeister du 27 juin 1968, En Droit, paragraphe 22) ».

Ces différentes étapes ont permis de graver dans le marbre le principe de l'égalité des armes comme impliquant « *l'obligation d'offrir à chaque partie au procès, une possibilité raisonnable de présenter sa cause* […] *dans des conditions qui ne la placent pas dans un net désavantage par rapport à son adversaire* »[167].

Le principe de l'égalité des armes ainsi dégagé constitue comme le rappelle la Cour, un aspect de la notion plus large de procès équitable. Plus précisément, avec le principe du contradictoire, l'égalité des armes constitue la composante « équité procédurale » du droit au procès équitable.

Au même titre que le droit au procès équitable, le principe de l'égalité des armes s'est diffusé très largement dans les autres instruments pénaux internationaux[168]. Ainsi, le statut des tribunaux pénaux internationaux prévoit que « *Tous sont égaux devant le Tribunal international* »[169] et que les garanties du procès équitable sont applicables « *en pleine égalité* » à « *Toute personne contre laquelle une accusation est portée* »[170]. Dans la même perspective, les statuts de la Cour pénale internationale prévoient que l'accusé a droit « *en pleine égalité* »[171] aux garanties spécifiques énoncées. Certains organes reprenant même l'appellation dégagée à l'échelon européen. Ainsi, le Comité des droits de l'Homme des Nations Unies a précisé que « *le concept de procès équitable au sens de l'article 14 paragraphe 1 inclut d'autres éléments. Parmi ceux-ci, figurent le respect pour les principes d'égalité des armes, d'une procédure contradictoire et d'un délai raisonnable* »[172]. La Cour interaméricaine des droits de l'Homme exige que « *le justiciable puisse faire valoir ses droits et défendre ses intérêts de manière effective, et dans des conditions d'égalité procédurale* […] »[173].

Après avoir analysé l'émergence du principe général de l'égalité des armes, il convient d'en dessiner les contours.

---

[167] CEDH Dombo Beheer BV c. Pays Bas, 27 oct. 1993 ; Série A, n° 274, §33; CEDH Hentrich c. France, 22 sept. 1994 ; Série A, n° 296, §56.
[168] S. Lavric, préc. , n° 34 s., p. 40 s.
[169] Art. 20 du statut du TPIR et 21 du statut du TPIY.
[170] §4 des deux articles préc.
[171] Art. 64 des statuts de la Cour pénale internationale.
[172] V. CCPR, Frei v. Colombia, communication n° 514/1992 du 26 avril 1995, §8.4. V. également CCPR, Muñoz v. Peru, décision n° 203/1986, §11.3 et CCPR Morael v. France, décision n° 207/1986, §9.3.
[173] Avis consultatif n° OC-16/99 du 1er oct. 1999, §117.

## 2. Les contours du principe de l'égalité des armes

Le principe de l'égalité des armes a été dégagé à partir de l'exigence posée par l'article 6§1 de la Convention selon lequel « *toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement* ». Il s'agit donc d'un principe essentiel mais non formulé par le texte de la Convention. La détermination de ses contours souffre donc d'une absence de définition précise de son contenu (a), mais permet néanmoins d'affirmer une réelle spécificité dans son application au procès pénal (b).

### a. L'absence de définition précise du contenu de la notion d'égalité des armes

La définition de l'égalité des armes telle qu'elle ressort de la jurisprudence de la Cour peut être envisagée comme « *l'obligation d'offrir à chaque partie au procès, une possibilité raisonnable de présenter sa cause* […] *dans des conditions qui ne la placent pas dans une situation de net désavantage par rapport à son adversaire* »[174]. À l'image d'autres notions dégagées par les instances européennes, les termes employés (« *possibilité raisonnable* », « *net désavantage* ») sont particulièrement vagues et imprécis et sont par conséquent sujets à interprétation, que ce soit par la jurisprudence ou par la doctrine.

La notion de désavantage mérite à ce titre quelques éclairages. On peut s'accorder sur la signification générale de ce terme utilisé dans la définition de l'égalité des armes en considérant qu'aucune des parties à un procès ne doit se trouver en situation d'infériorité ou de faiblesse par rapport à une autre partie. Néanmoins, cette distinction peut être opérée en fonction du degré de désavantage constaté[175]. La doctrine propose en effet de distinguer l'« égalité formelle » de l'« égalité matérielle » des armes. L'égalité formelle des armes conduirait à exiger une « égalité stricte et arithmétique »[176] entre les parties à un procès alors que l'égalité matérielle, moins stricte, n'exigerait pas une complète identité des statuts et pourrait se rapprocher du concept « d'égalité des chances »[177]. La Cour européenne des droits de l'Homme garantissant sous couvert de l'égalité des armes d'offrir une « *possibilité*

[174] CEDH Dombo Beheer BV c. Pays Bas, préc.
[175] A. Bergeaud, Thèse préc., n° 161.
[176] H. Henrion, « L'égalité des armes et le procès pénal allemand », in : *Procédure(s) et effectivité des droits* - actes du colloque des 31 mai et 1er juin 2002 organisé à la Faculté de droit de Strasbourg ; Bruxelles, Némésis, Bruylant, Coll. « Droit et justice », 2003, p. 196.
[177] M. Fouletier, préc., p. 135.

*raisonnable de présenter sa cause* », on peut légitimement supposer qu'elle se rapproche de cette notion d'égalité des chances et d'égalité matérielle plus que formelle. L'égalité des armes devrait ainsi permettre de garantir à chacune des parties d'avoir les mêmes possibilités de faire valoir ses arguments pour obtenir la conviction du juge.

Si le principe de l'égalité des armes bénéficie du large champ d'application de l'article 6§1, il convient de noter la spécificité de son application à la matière pénale.

### b. La spécificité du principe de l'égalité des armes appliqué au procès pénal

Le principe de l'égalité des armes, découlant du droit au procès équitable, s'applique indifféremment au procès civil et au procès pénal. La perception que l'on peut avoir de cette égalité peut néanmoins être nuancée selon la matière. En effet, si l'idée d'égalité apparaît clairement entre deux particuliers au cours d'une instance civile, elle peut sembler antinomique du procès pénal dans lequel les intérêts de la société sont en cause face à l'auteur d'un trouble social[178]. L'idée même du procès pénal témoigne d'un déséquilibre intrinsèque[179] entre le représentant de la société, qui met en cause une personne avec des éléments fournis par les services d'enquête ou par des plaignants, et la personne poursuivie. La place des éventuelles parties civiles au côté de l'accusation peut accentuer ce sentiment. Certains auteurs considèrent même que ce déséquilibre initial est insurmontable pour le défenseur pénal[180]. À l'ouverture de son procès, Maurice Papon déclara que « *la présente séance est figurative de ce que sera le procès. J'ai une voix, il y a eu vingt voix pour répondre* ». En évoquant là le ministère public et l'ensemble des avocats des parties civiles, il ajouta « *Je demande l'égalité des armes*. »[181]

D'autres auteurs analysent le rituel judicaire comme la marque de ce déséquilibre en stigmatisant la personne poursuivie[182]. Sa méconnaissance des règles du procès, du

---

[178] C. Ambroise-Castérot, *La procédure pénale*, préc. , n° 217, p. 147.

[179] M.-A. Frison-Roche, « La philosophie du procès, propos introductifs » *; Arch. Phil. Dr.,* t. 39, Paris, Sirey, 1995, p. 22.

[180] Me Thierry Lévi disait à ce propos « *qu'elle soit suivie ou non d'une incarcération, la mise en accusation place la personne poursuivie dans une position d'infériorité dont elle ne se relèvera pas* » : *Eloge de la barbarie judiciaire* ; Paris, éd. Odile Jacob, 2004, p. 8.

[181] Le Monde, 10 oct. 1997, p. 12.

[182] L'accusé est à l'audience isolé dans un box surélevé, livré aux regards populaires au milieu des acteurs professionnels du procès, anonymes sous leur costume : V. A. Garapon, *Bien juger-Essai sur le rituel judiciaire* ; Paris, Ed. Odile Jacob, 1997, p. 101 s.

vocabulaire juridique, des artifices de procédure font de lui un être perdu au milieu d'un univers inconnu, face à un accusateur qui fait partie intégrante de ce monde qui est chargé de le juger. Le procès pénal a également cette spécificité qu'il s'organise autour de la relation tripartite entre la personne poursuivie, la partie civile et le ministère public. Le principe de l'égalité des armes devrait donc imposer un équilibre entre ces différentes parties au procès pénal. Mais nous pouvons constater que l'exigence d'égalité des armes ne préconise pas une stricte égalité. L'application de ce principe au procès pénal peut nous conduire à citer cette célèbre maxime de George Orwel selon laquelle « *toutes les parties sont égales, mais certaines sont plus égales que d'autres* »[183]. En effet, si l'égalité doit être assurée entre l'accusé et le ministère public, que l'on considère comme les véritables adversaires au cours du procès pénal, tel ne doit pas être forcément le cas entre le ministère public et la partie civile que l'on peut considérer cette fois comme des parties en général plus complémentaires qu'opposées. Ce constat est d'ailleurs fait par la Cour européenne des droits de l'Homme qui relève que ces deux acteurs du procès ont des « *intérêts complémentaires* » et que « *la partie civile ne peut être considérée comme l'adversaire du ministère public* » [184]. Ce constat, conjugué au fait que la partie civile ne défende que ses propres droits de nature civile et non l'action publique, peut conduire à avantager la personne poursuivie par rapport aux autres acteurs du procès. Cette égalité des armes « favorable » à la personne poursuivie relève réellement du même mécanisme, de la même conception de la place de la défense pénale que le droit à la preuve contraire.

Il y a bien une spécificité dans l'application du droit au procès équitable. Cette particularité tient donc à la fois à l'aspect tripartite de la procédure et au couple particulier que forment l'accusation et le défenseur pénal. Partant de ce constat, le principe de l'égalité des armes tel qu'il se conçoit en matière pénale apparaît comme un fondement intéressant du droit à la preuve contraire.

[183] Cité par F. Desportes et L. Lazerges-Cousquer, *Traité de procédure pénale*, préc. , n° 456, p. 304.
[184] CEDH, Berger c. France, 3 déc. 2002, req. n° 48221/99, §38.

## Section 2 : L'égalité des armes, principe transversal fondant le droit à la preuve contraire

Le principe de l'égalité des armes résultant du droit au procès équitable, son application au droit de la preuve n'allait pas de soi. En effet, une jurisprudence constante de la Cour de Strasbourg précise que le droit à un procès équitable ne règlemente pas l'admissibilité des preuves qui relève au premier chef du droit interne et des juridictions internes. Néanmoins, au-delà de cette affirmation de principe, l'interprétation de la haute juridiction a progressivement laissé place à un contrôle du juge européen sur le respect de l'égalité dans l'administration de la preuve (§1), laquelle égalité a donné un fondement au droit à la preuve contraire (§2).

### §1. L'égalité dans l'administration de la preuve, résultante du principe d'égalité des armes

Au fur et à mesure de la construction de la notion d'égalité des armes par la Cour européenne des droits de l'homme, son application à l'administration de la preuve s'est fait jour. L'exigence de l'égalité des armes a alors impliqué « *l'obligation d'offrir à chaque partie une possibilité raisonnable de présenter sa cause, y compris ses preuves, dans des conditions qui ne la placent pas dans une situation de net désavantage par rapport à son adversaire* »[185]. Avant d'analyser le contenu de ce principe d'égalité dans l'administration de la preuve (B), nous étudierons l'affirmation du principe d'égalité dans l'administration de la preuve (A).

#### A. L'affirmation du principe d'égalité dans l'administration de la preuve

La définition donnée par la Cour européenne de l'exigence d'égalité des armes fait apparaître clairement la volonté de favoriser la situation probatoire des plaideurs en s'attachant à l'équilibre des moyens de preuve offerts aux plaideurs pour soutenir leurs prétention et donc tout naturellement à la personne mise en cause pour apporter des moyens

[185] CEDH Dombo Beheer BV c. Pays Bas, 27 oct. 1993, préc. , §33.

de preuve contraires à l'accusation. La reconnaissance de l'égalité dans l'administration de la preuve (1) implique le préalable nécessaire d'une égalité dans l'accès à la preuve (2).

### 1. Le préalable nécessaire de l'égalité dans l'accès à la preuve

L'accès à la preuve fait référence à la connaissance de la preuve apportée par la partie adverse et par conséquent à la nature et l'objet des éléments contre lesquels il faudra apporter une preuve contraire. Cette connaissance est assurée par l'accès au dossier et aux éléments du débat. Le principe de l'égalité des armes implique cette juste et égale connaissance des mêmes informations pour préparer ses arguments. La Cour européenne a déjà considéré que la non transmission d'observations remises par le procureur général chargé des poursuites à la juridiction de jugement sans communication à la personne poursuivie constituait une violation du principe de l'égalité des armes[186]. Il en va de même lorsque le tribunal accepte une demande de non-divulgation d'éléments de preuve, privant ainsi la partie poursuivie d'éléments permettant d'établir qu'elle avait été incitée à commettre des infractions par des policiers infiltrés[187].

Nous pouvons percevoir ici la proximité de cette notion avec le principe fondamental de la contradiction qui impose cette connaissance préalable des éléments versés au débat et spécialement des éléments de preuve[188]. Néanmoins, un élément supplémentaire se retrouve dans le concept de l'égalité dans l'accès à la preuve issu du principe de l'égalité des armes. Il s'agit bien évidemment de la notion d'égalité appliquée dans ce cas à la connaissance des éléments du débat et des éléments de preuve présentés par chacune des parties. Le débat qui anime cette matière tient à l'inégalité constatée dans l'accès au dossier pénal entre le ministère public et les parties privées. La Cour européenne a ainsi déjà sanctionné une violation du principe de l'égalité des armes dans le cadre d'une décision de prolongation ou de main levée d'une mesure de détention provisoire alors que la personne mise en cause n'avait pas été mise en mesure de prendre connaissance au préalable de son dossier et que ce droit était reconnu au ministère public[189]. Si le respect de la contradiction ne pose plus de réelle difficulté en droit interne avec la possibilité effective d'avoir connaissance de tous les éléments du dossier du moins au stade de l'instruction et de l'audience de jugement,

[186] CEDH, Bulut c. Autriche, 22 fév. 1996 ; *JCP* 1997, I, 4000, obs. F. Sudre.
[187] CEDH, Edward et Lewis c. Royaume-Uni, 27 oct. 2004, req. n° 39647/98 et 40461/98.
[188] V. infra, p. 205 s. et supra p. 83 s.
[189] CEDH, Lamy c. Belgique, 30 mars 1989 ; Série A, n° 151, §29.

l'application du principe d'égalité ne va pas de soi. En effet, le droit d'obtenir communication du dossier pénal est reconnu aux avocats des parties privées, et par conséquent de la personne mise en cause. Un déséquilibre peut alors naître dans l'accès à la preuve entre la partie qui est représentée par un avocat et celle qui a fait le choix de se défendre seule[190]. Cette différence de traitement opérée par le droit interne a d'ailleurs été sanctionnée par la Cour européenne. La haute juridiction a relevé que le prévenu qui n'a pas eu connaissance de son dossier pénal parce qu'il assume seul sa défense « *n'avait pas bénéficié de l'égalité des armes, contrairement aux exigences de l'article 6§1 combiné avec l'article 6§3* »[191]. De même, la Cour européenne s'appuie sur le principe de l'égalité des armes pour exiger que tous les éléments de preuve soient produits devant l'accusé en audience publique en vue d'un débat contradictoire.

L'application du principe d'égalité en matière probatoire passe nécessairement par la reconnaissance de l'égalité dans l'administration de la preuve.

### 2. La reconnaissance de l'égalité dans l'administration de la preuve

L'application jurisprudentielle du principe de l'égalité des armes confirme ce lien étroit avec le droit de la preuve et la volonté d'appliquer ce principe à l'administration de la preuve. Au-delà du libellé de la définition de ce principe fournie par la haute juridiction (« *y compris ses preuves* »), la Cour de Strasbourg a reconnu formellement la place de l'égalité dans l'administration de la preuve. Dans une affaire révélatrice à ce propos[192], des journalistes belges avaient été mis en cause et condamnés pour diffamation à l'encontre de magistrats qui, dans une affaire de droit de la famille, avaient confié la garde des enfants à un père soupçonné d'inceste et de mauvais traitement mais néanmoins acquitté de ces chefs d'accusation. Or, dans le cadre de ce procès en diffamation, la défense avait souhaité produire les extraits de rapports d'expertise de trois médecins ou psychiatres pour enfant désignés par le juge d'instruction et qui étaient convaincus de la véracité des faits dénoncés. Ces témoignages étaient cités dans les articles litigieux et avaient même été à l'origine de leur

[190] L'assistance d'un avocat n'est obligatoire que devant la cour d'assises en vertu de l'art. *317 C. proc. pén*. devant toutes les autres juridictions et au cours de la procédure d'instruction, la présence de l'avocat n'est que facultative.
[191] CEDH Foucher c. France, 18 mars 1997, *Rec*. 1997-II : Dans cette espèce, les prévenus se voyaient reprochés un outrage à personnes chargées d'un ministère de service public (des gardes nationaux de chasse), faits constitutifs d'une contravention de 5ème classe.
[192] CEDH De Haes et Gijsels c. Belgique, 24 fév. 1997 ; *Rec.* 1997-I.

rédaction. Devant toutes les juridictions internes, cette demande de production de pièces d'une autre procédure et de citation de témoins a été systématiquement rejetée. Or, dans l'instance introduite par les magistrats mis en cause dans les articles litigieux, ces derniers se référaient directement au dossier qui avait conduit à la mise hors de cause du père à qui ils ont confié la garde de ses enfants. La Cour européenne note alors que le refus pur et simple des juridictions interne de prendre connaissance de l'opinion des trois professeurs dont les examens avaient déterminé les requérants à écrire leurs articles, « *a placé les journalistes dans une situation de net désavantage par rapport aux magistrats demandeurs* ». La Cour en conclut qu' « *il y a donc eu méconnaissance du principe de l égalité des armes* ». La Cour s'est également prononcée pour une rupture de l'égalité des armes en cas d'irrecevabilité du mémoire de cassation produit par la défense pour forclusion alors que cette situation de net désavantage a été provoquée par le délai imparti aux requérants et le dépôt tardif du mémoire de la partie adverse. Dans cette affaire, le juge européen précise qu'il est « *sensible à la nécessité, soulignée par le Gouvernement, de ne pas allonger inutilement les procédures à la faveur de répliques écrites successives aux mémoires déposés, mais le principe de l'égalité des armes ne s'oppose pas à la réalisation de pareil objectif, à condition qu'elle se fasse sans créer de situation de net désavantage entre les parties. Or tel n'était pas le cas en l'espèce. Partant, il y a eu violation de l'article 6 § 1 de la Convention de ce chef* »[193].

Le principe de l'égalité des armes impose que les parties bénéficient des mêmes armes pour présenter leurs arguments. Le texte de la convention prévoit à ce titre que la convocation et l'interrogation des témoins à décharge doit se faire « *dans les mêmes conditions que les témoins à charge* »[194]. Les termes utilisés témoignent non pas d'un droit absolu, mais plutôt d'une volonté d'arriver à une complète égalité des armes entre l'accusation et la défense. Comme le rappelle la Cour européenne, l'article 6§ 3-d) « *n'exige pas la convocation et l'interrogation de tout témoin à décharge : ainsi que l'indiquent les mots « dans les mêmes conditions », il a pour but essentiel une complète « égalité des armes » en la matière* »[195].

On peut néanmoins s'interroger sur la complète égalité des armes entre l'accusation et la défense telle qu'elle ressort de la jurisprudence européenne. En effet, d'autres instances internationales semblent pousser plus loin l'exigence en imposant une complète égalité de moyens dans la recherche probatoire. Cette interrogation vient bien évidemment des moyens

[193] CEDH Wynen c. Belgique, 5 nov. 2002, Req. n° 32576/96 ; *Rec.* 2002-VIII.
[194] Art. 6§3 d) de la Convention.
[195] CEDH, Solakov c. L'ex-République Yougoslave de Macédoine, 31 oct. 2001, req. n° 47023/99.

publics souvent considérables, tant en terme de moyens humains que de moyens techniques, qui sont consacrés à la recherche probatoire diligentée par l'accusation. Ainsi, la jurisprudence du Comité des droits de l'Homme de l'ONU exige une égalité effective et concrète des moyens mis à disposition des parties[196]. Cette interprétation de l'égalité des armes prévaut également devant les tribunaux pénaux internationaux. Devant le tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, l'égalité de moyens tend à être favorisée par une disposition en vertu de laquelle « *lorsqu'un conseil a été commis d'office, les dépenses nécessaires et raisonnables pour assurer la défense du suspect ou de l'accusé sont à la charge du Tribunal »*[197]. Cette disposition touche néanmoins ses limites, eu égard aux caractères « *nécessaires et raisonnables* » des dépenses soumises au tribunal. Cette référence permet non seulement un contrôle, mais bien évidement une limitation de l'exercice de ce droit.

Au-delà des interprétations extensives de la notion d'égalité des armes, il convient de déterminer le contenu de ce principe quant à l'administration de la preuve.

### B. Le contenu du principe d'égalité dans l'administration de la preuve

L'application du principe de la présomption d'innocence a longtemps déséquilibré l'initiative dans la recherche et l'administration de la preuve. Ce principe faisant reposer la charge de la preuve sur l'accusation, la loi conférait d'importantes prérogatives dans la recherche probatoire aux autorités de poursuite et au juge d'instruction. Cette conception de la présomption d'innocence avait pour conséquence de limiter la possibilité pour les parties privées, et singulièrement pour le défenseur pénal, de s'investir dans la recherche probatoire.

La reconnaissance du principe de l'égalité des armes a conduit à une montée en puissance de l'initiative probatoire comme facteur de neutralisation du rapport d'inégalité entre l'accusation et le défenseur pénal (1) et, de manière plus générale, en lui reconnaissant un rôle plus actif au cours de l'instance (2).

---

[196] V. CCPR, Constatation du 24 mars 1993, John Campbell c. Jamaïque, affaire n° 307/1988, A/48/40, dans cette espèce, le comité conclue qu'une partie importante du droit à l'équité procédurale réside dans « *l'égalité de moyens entre l'accusation et la défense* ».

[197] Art. 22 A de la directive relative à la commission d'office.

### 1. La montée en puissance de l'initiative probatoire comme neutralisation du rapport d'inégalité

Dans le procès pénal, on oppose généralement et schématiquement les deux parties principales que sont l'accusateur (le ministère public en temps qu'autorité de poursuite) et l'accusé (la personne mise en cause)[198]. La procédure pénale française a longtemps été caractérisée par une inégalité de traitement quant à l'initiative probatoire. La personne poursuivie était condamnée à la passivité alors que le ministère public avait la lourde tâche de renverser la présomption d'innocence et usait pour cela de prérogatives importantes et du soutien technique des services d'enquête. Par ailleurs le juge d'instruction, chargé de la mise en état des affaires pénales, se devait d'instruire aussi bien à charge qu'à décharge. Le mouvement législatif qui a vu le jour avec les lois de 1993[199] tend à résorber cette inégalité de traitement et même à octroyer une identité de prérogatives entre le ministère public et les parties privées quant à la recherche et à l'administration de la preuve. Ce mouvement s'est fait l'écho de l'affirmation à l'échelon européen de l'égalité dans l'administration de la preuve. La Cour européenne a ainsi régulièrement affirmé la nécessité de faire respecter l'égalité des armes en matière probatoire. Elle explique ainsi que le droit au procès équitable implique le droit d'interroger ou faire interroger les témoins à charge et d'obtenir la convocation et l'interrogation des témoins à décharge dans les mêmes conditions que les témoins à charge, et que ce dernier droit, combiné avec le principe de l'égalité des armes, implique en la matière « *un équilibre entre l'accusation et la défense* »[200]. Le fait, pour l'accusé, de ne jamais avoir eu la possibilité de questionner des personnes dont le témoignage est capital et dont les compte rendus d'audition sont versés au dossier, rompt l'équilibre qui doit exister entre l'accusation et la défense. Dans une autre espèce, un débat s'est instauré sur la différence de statut entre un expert désigné par l'accusation et un expert désigné par la défense. En effet, le premier jouissait d'un statut supérieur lui permettant d'assister à l'ensemble des débats et même à interroger l'accusé et l'expert que ce dernier avait désigné. À l'inverse, l'expert

[198] La partie civile est bien évidement une partie à l'instance mais ne caractérise pas de la même manière l'image du procès pénal.

[199] Dans ce mouvement législatif, nous pouvons citer les lois des 4 janvier et 24 août 1993, la loi du 15 juin 2000 tendant à renforcer la présomption d'innocence et le droit des victimes, la loi du 9 mars portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité et la loi du 5 mars 2007 tendant à renforcer l'équilibre de la procédure pénale. V. J. Pradel, « Les droits de la personne suspecte ou poursuivie depuis la loi n° 93-1013 du 24 août 1993 modifiant celle du 4 janvier précédant. Un législateur se muant en Pénélope ou se faisant perfectionniste ? » ; *D*. 1993, chr. p.304.

[200] CEDH, Barberà, Messegué et Jabardo c. Espagne, 6 déc. 1988 ; Série A, n° 146, §78.

désigné par la défense avait un simple statut de témoin. *La Cour conclut que « le principe de l'égalité des armes découlant de la notion de procès équitable et illustré par le paragraphe 3 d) de l'article 6 (art. 6-3-d) exigeait un équilibre entre l'audition* [de l'expert nommé par l'accusation] *et celle des personnes qui, à un titre quelconque, étaient ou pouvaient être entendues à la demande de la défense* »[201]. Ce constat est accentué par le fait que la défense n'avait pas le pouvoir de faire nommer un contre-expert jouissant du même statut. Cette affaire nous montre que le principe de l'égalité des armes exige que l'accusation et la défense jouissent des mêmes prérogatives et plus précisément que le droit d'initiative de la défense puisse rétablir une certaine égalité face à la puissance des prérogatives de l'accusation.

Il semble bien par conséquent que ce soit cette volonté d'assurer une égalité de traitement entre l'accusé et son adversaire objectif que constitue le ministère public, qui a conduit à l'affirmation d'un droit à la preuve contraire. Ainsi, le droit à la preuve contraire trouverait bien son origine dans l'expression du principe de l'égalité des armes.

Le mouvement qui a conduit à reconnaître le droit d'initiative des parties afin de rétablir une égalité de traitement fait également partie d'une tendance plus générale visant à reconnaître un rôle actif du défenseur pénal au cours de la procédure.

### 2. La reconnaissance du rôle actif du défenseur pénal

L'application au procès pénal du principe de l'égalité des armes va au-delà de la neutralisation du rapport d'inégalité entre le défenseur pénal (et plus généralement les parties privées) et les autorités de poursuites dans la recherche probatoire. La démarche intellectuelle conduit plus simplement à considérer les parties privées comme de véritables acteurs du procès. Un auteur a même souligné le mouvement qui pouvait se dessiner entre « *le développement de l'égalité des armes et l'émergence d'une conception dynamique du statut de présumé innocent* »[202]. Le principe de l'égalité des armes implique un réel droit de participer à l'administration de la preuve. Le défenseur pénal va se servir des prérogatives qui lui sont octroyées par l'application du droit au procès équitable à savoir le droit de convoquer

[201] CEDH, Bönish c. Autriche, 6 mai 1985 ; Série A, n° 92, §32.
[202] P. Hennion, « L'article préliminaire du Code de procédure pénale : vers une « théorie législative » du procès pénal ? » ; *Arch. pol. crim*. 2001, p. 25. Dans cet article, l'auteur se fait l'écho d'une thèse d'E. Müller, auteur allemand.

et d'interroger des témoins, le droit au respect du contradictoire et donc le droit de contester les éléments de preuve fournis par l'accusation, pour construire une véritable défense qui prendra toute sa signification grâce au principe de l'égalité des armes qui lui donne la légitimité d'intervenir à la procédure et *in fine* de rapporter tout élément de preuve contraire à l'accusation de nature à faire par conséquent établir son innocence. La conception européenne de l'égalité des armes a donc directement inspiré le concept de droit à la preuve contraire.

### §2. De l'égalité dans l'administration de la preuve au droit à la preuve contraire

L'énoncé même d'un droit à l'égalité dans l'administration de la preuve constitue une véritable révolution dans la conception très manichéenne de notre procédure pénale imprégnée du principe fondamental de la présomption d'innocence conduisant naturellement et historiquement à la passivité de la personne poursuivie dans l'attente de l'avènement de la vérité judiciaire. La consécration du principe de l'égalité des armes et son application au droit de la preuve témoigne de l'équilibre nécessaire des moyens de preuve pour l'organisation d'une défense efficace (A). Le principe de l'égalité des armes, issu du droit au procès équitable, donne également un caractère global et complet à la protection accordée par le droit à la preuve contraire (B).

#### A. Le droit à la preuve contraire ou l'équilibre nécessaire des moyens de preuve pour l'organisation d'une défense efficace

La notion de droit à la preuve contraire se conjugue bien avec la conception originale et autonome de l'égalité dans l'administration de la preuve (1) et correspond parfaitement à la recherche de l'équilibre face au poids de la suspicion engendrée par les éléments de l'accusation (2).

### 1. Une conception originale et autonome de l'égalité dans l'administration de la preuve

L'appréciation d'un principe d'égalité dans l'administration de la preuve devrait conduire à conférer aux différentes parties au procès une « *égalité stricte et arithmétique* »[203] dans leur rôle probatoire. Cela consisterait à donner exactement les mêmes armes à toutes les parties au procès s'agissant de l'exigence probatoire. L'appréciation européenne de l'égalité des armes ne conduit pas à cette interprétation extrême. La définition de l'égalité des armes retenue par la Cour met l'accent sur le droit pour chaque partie de bénéficier d'une possibilité « raisonnable » de présenter sa cause. La jurisprudence constante de la Cour apprécie le respect des garanties du procès équitable de manière globale et au vu de l'ensemble de la procédure.

C'est en cela que le principe de l'égalité des armes semble être le fondement le plus pertinent d'un droit à la preuve contraire. Il consacre non seulement le rôle actif que doit tenir la personne mise en cause dans l'organisation de sa défense, mais il permet en outre de prendre en compte les spécificités de la procédure pénale. Le fait que cette égalité ne soit pas arithmétique participe de ce constat. Il permet d'éviter de favoriser de manière trop importante l'accusation, et dans le même temps, permet de justifier le fait de donner tout moyen à la personne poursuivie de rapporter la preuve de son innocence en lui permettant par exemple de s'affranchir des règles strictes en matière de loyauté et de légalité de la preuve imposées aux autorités publiques. À l'image du principe de l'égalité des armes, le droit à la preuve contraire constitue une réponse à l'inégalité intrinsèque entre l'accusation et la défense, et donc à la suspicion engendrée par la preuve de l'accusation.

### 2. Le droit à la preuve contraire comme réponse à la suspicion engendrée par la preuve de l'accusation

Le principe de l'égalité des armes ne peut imposer d'accorder les mêmes droits à toutes les parties[204]. Comme nous l'avons vu, le procès pénal, dès son origine, témoigne d'une

---

[203] H. Henrion, « L'égalité des armes et le procès pénal allemand », in : *Procédure(s) et effectivité des droits - actes du colloque des 31 mai et 1er juin 2002 organisé à la faculté de droit de Strasbourg* ; Bruxelles, éd. Bruylant, coll. Droit et justice, 2003, p. 196.

[204] F. Desportes et L. Lazerges-Cousquer, *Traité de procédure pénale*, préc. , n° 456 s., p. 304 s.

inégalité de traitement. L'accusation aura connaissance du dossier et aura effectué un travail de recherche probatoire bien avant que la personne mise en cause ne découvre les faits qui lui sont reprochés. La personne poursuivie est considérablement affaiblie par la suspicion qui pèse contre elle[205]. Que dire encore de la position d'une personne mise en cause placée en garde à vue ou en détention provisoire avant jugement ? Les moyens mis en œuvre par les enquêteurs sous l'autorité du procureur de la République ou du juge d'instruction sont considérables tant du point de vue humain que du point de vue matériel, surtout dans des domaines très techniques (affaires financières, procédés scientifiques…). Ces moyens apparaissent bien sûr disproportionnés par rapport à ceux qui peuvent être mobilisés par la défense.

L'interprétation *in favorem* de l'égalité des armes pour la personne poursuivie et par conséquent l'affirmation d'un droit à la preuve contraire, peuvent être interprétés comme une volonté de dépasser la suspicion créée par l'existence même de l'accusation et du déséquilibre inhérent à la procédure d'enquête et de mise en état des affaires pénales. L'affirmation d'un droit à la preuve contraire pourrait apparaître comme un constat d'échec de l'égalité des armes, mais au contraire, nous pouvons l'analyser comme l'élément de cohérence de ce principe supérieur. C'est par l'existence d'un droit à la preuve contraire que l'on peut rétablir un sentiment d'équilibre entre l'accusation et le défenseur pénal afin de respecter l'exigence fondamentale du droit au procès équitable.

Le recours au principe de l'égalité des armes, issu du droit au procès équitable, a également l'avantage d'accorder une protection étendue de la personne mise cause.

### B. La caractère global et complet de la protection accordée par le droit à la preuve contraire issu du principe de l'égalité des armes

Dans notre recherche d'un fondement au droit à la preuve contraire, le principe de l'égalité des armes et le droit au procès équitable ont comme attrait principal le fait qu'ils s'imposent à la fois au juge pendant la phase juridictionnel et au législateur dans la création des textes de loi. La force de l'égalité des armes issue du droit au procès équitable donne au droit à la preuve contraire l'autorité suffisante pour qu'il soit respecté par le juge national, le juge international et par le législateur.

[205] R. Koering-Joulin, « La phase préparatoire du procès pénal : grandes lignes de la jurisprudence européenne », in : *Procès pénal et droits de l'Homme*, dir M. Delmas-Marty ; Paris, PUF, 1992, p. 47 s., spéc. p. 49.

Dans notre système juridique, le premier artisan du contrôle du respect de l'équité procédurale est le juge national. La Constitution confère en effet aux traités internationaux régulièrement ratifiés une force supra législative[206]. Une personne poursuivie pourra ainsi dénoncer devant les juridictions nationales la violation des garanties prévue par la Convention européenne des droits de l'Homme et la juridiction concernée sera tenue d'analyser la situation juridique au regard de la norme internationale. La force de l'égalité des armes va également s'imposer au législateur. En effet, si le Conseil constitutionnel n'est pas compétent pour analyser la conformité d'une loi à la Convention européenne, c'est à nouveau le juge national qui va opérer ce contrôle et sera susceptible de déclarer une disposition législative non conforme aux dispositions conventionnelles. Par ailleurs la saisine directe de la Cour entraînant une sanction de l'État conduira inévitablement le législateur à modifier les textes pour les rendre compatibles avec la Convention. L'ensemble des ces mécanismes conduit à une supériorité de la protection accordée par un concept fondé sur la Convention européenne des droits de l'Homme. Le principe du droit à la preuve contraire trouve ainsi son effectivité maximum dans son fondement.

Le principe de l'égalité des armes ressort de la notion plus large de droit à un procès équitable et bénéficie ainsi de son large champ d'application. La spécificité de ces notions interprétées par la Cour européenne des droits de l'Homme tient à leur caractère global. Ainsi, la haute juridiction ne s'attachera pas nécessairement à étudier un point particulier de la procédure mais à vérifier que dans son ensemble, « *y compris le mode de présentation des moyens de preuve* », elle a revêtu un caractère équitable[207]. Cet élément peut paraître handicapant pour l'affirmation d'un droit à la preuve contraire. En effet, l'appréciation *in globo* de la juridiction européenne peut conduire à ce que l'égalité ne soit pas reconnue à tous les stades de la procédure ou qu'une inégalité soit validée postérieurement au regard du caractère équitable que revêt l'ensemble du procès. Cette inquiétude ne nous emble pas fondée pour deux raisons. La première tient à ce que le contrôle soit effectivement opéré quand bien même il serait global. Le respect du droit à la preuve contraire est analysé *in fine* et la procédure sera censurée si à une étape ou à une autre un refus de faire droit à une demande de la défense (refus d'interroger un témoin à décharge, de contre-interroger un témoin à charge, de faire réaliser un acte de recherche de preuve, une expertise…) a pu placer

[206] Art. 55 de la Constitution du 4 octobre 1958.
[207] V. entre autres CEDH, Van Mechelen c. Pays Bas, 23 avr. 1997, §50 ; *Rec*. 1997-III ; CEDH, A.M. c. Italie, 14 déc. 1999, §24, req. n° 37019/97 ; *Rec*. 1999-IX.

la défense dans une situation de net désavantage en la privant d'un moyen pertinent de preuve contraire. Par ailleurs, la jurisprudence de la Cour a élargi considérablement le champ de son contrôle aux différents stades de la procédure. Les atteintes au droit à la preuve contraire, lorsque l'exercice de ce droit ne témoigne pas de volonté dilatoire du défenseur pénal, peuvent ainsi vicier dès le départ le reste de la procédure.

Le concept d'égalité des armes, issu du droit au procès équitable, tel qu'il a été dégagé par la jurisprudence européenne, permet ainsi de justifier et de fonder l'existence d'un droit à la preuve contraire. Il nous appartient alors de déterminer la manière dont l'ordre juridique interne a reçu le concept de procès équitable, et si son évolution vers l'égalité des armes permet également de fonder l'existence du droit à la preuve contraire.

# Chapitre 2: Le recours de l'ordre juridique interne au droit au procès équitable comme fondement d'un droit à la preuve contraire

Le modèle générique de droit au procès équitable tel qu'il a été dégagé à l'échelon européen s'est bien sûr propagé à l'ordre juridique interne. Que ce soit par une application directe des textes conventionnels par les juridictions nationales ou par la recherche de fondements internes qui recouvrent les garanties du droit au procès équitable, ce concept a bien été reçu tant par les juridictions internes que par le législateur.

L'exigence d'équité du procès a été consacrée par le législateur dans le premier alinéa de l'article préliminaire du Code de procédure pénale selon lequel « *la procédure pénale doit être équitable et contradictoire et préserver l'équilibre du droit des parties* »[208]. Bien que le législateur fasse apparaître le principe d'équité sur un plan d'égalité avec les deux autres références, il constitue en réalité la « *matrice* » dont découlent le contradictoire et l'égalité des armes[209]. Le législateur a également consacré d'autres composantes du droit au procès équitable. Il en est ainsi du droit à être jugé dans un délai raisonnable[210], du droit à un tribunal indépendant et impartial[211] ou du droit à un recours[212]. Avant cette consécration législative, le principe du droit au procès équitable avait déjà reçu un écho dans la jurisprudence interne. Le juge judiciaire en particulier a participé à plus d'un titre à l'affirmation du droit au procès équitable. Dans de rares décisions, la Cour de cassation utilise même l'expression complète de droit au procès équitable en se fondant sur le texte de la

---

[208] Disposition issue de la loi du 15 juin 2000 relative à la présomption d'innocence et au droit des victimes ; il est à noter que l'affirmation de ces principes est conservée dans l'énoncé des principes fondamentaux de la procédure pénale contenu dans l'avant-projet du futur Code de procédure pénale dans son art. 1 : « *La procédure pénale doit être équitable et impartiale* » et son art. 2 : « *La procédure pénale doit être contradictoire. Elle doit préserver l'équilibre du droit des parties* ».

[209] F. Desportes et L. Lazerges-Cousquer, *Traité de procédure pénale*, préc. , n° 436, p. 293.

[210] Art. prélim. III, al. 4 *C. proc. pén.* et art. L. 111-3 *C. orga. Jud.* issu de l'ordonnance 2006-673 du 8 juin 2006 qui dispose que « *les décisions de justice sont rendues dans un délai raisonnable* ».

[211] Art. prélim. I, al. 2 *C. proc. pén.* et art. L. 111-5 s. *C. orga. jud*. issu de l'ordonnance 2006-673 du 8 juin 2006 en vertu duquel « *L'impartialité des juridictions judiciaires est garantie par les dispositions du présent code et celles prévues par les dispositions particulières à certaines juridictions ainsi que par les règles d'incompatibilité fixées par le statut de la magistrature* ».

[212] Art. prélim. III, al. 5 *C. proc. pén*.

Convention européenne des droits de l'Homme[213]. Le plus fréquemment, la haute juridiction française se fonde sur certaines de ses composantes. Le respect du contradictoire, partie intégrante du droit au procès équitable au sens européen, est exigé à tous les stades du procès et a conduit par exemple à la censure d'une décision de chambre d'accusation renvoyant devant une cour d'assises un individu qui n'avait jamais été entendu[214]. Le droit à un recours fait également partie des composantes du droit au procès équitable affirmé par les juridictions internes. Ce fondement a permis à la Cour de cassation de justifier le contrôle sur les décisions qui n'étaient pas susceptibles d'appel comme par exemple certains arrêts des chambres d'accusation. Nous pouvons encore citer l'exemple du principe de loyauté de la preuve en vertu duquel la Cour de cassation va s'assurer de l'absence de subterfuges ou d'artifices qui mettraient en cause le caractère loyal et donc équitable des poursuites[215]. Le principe de l'égalité des armes constituant le cœur du droit à la preuve contraire, nous nous attacherons à démontrer l'affirmation de ce principe en droit interne (section 1) avant de faire un parallèle avec l'ordre juridique européen et d'analyser ce concept comme le moteur de l'affirmation d'un droit à la preuve contraire en droit interne (section 2).

## Section 1 : L'affirmation du principe de l'égalité des armes en droit interne

Le principe de l'égalité des armes ne fait pas partie de notre tradition juridique interne. Son intégration progressive s'est faite sous la montée grandissante du poids de ce concept à l'échelon international et en particulier européen. La jurisprudence nationale a été la première à appliquer cette notion avant que le législateur ne la reprenne. Nous étudierons donc successivement l'application jurisprudentielle de l'égalité des armes par les juridictions internes (§1) avant de nous intéresser à la valeur normative de ce principe en droit interne (§2).

[213] Cass. Ass. plén. 2 mars 2001 ; *Bull. A. P*. n° 6 ; *JCP* 2001, II, 10611, note C. Liévremont.
[214] Cass. crim. 12 oct. 1972; *Bull. crim*. n° 285.
[215] Cass. crim. 23 juill. 1985 ; *Bull. crim*. n° 275 ; ou encore s'agissant d'une provocation à la commission d'infraction Cass. crim. 27 fév. 1996 ; *Bull. crim*. n° 93, *D*. 1996, p. 346, note Guéry ; *JCP* 2996, II, n°22629, note M.-L. Rassat.

## §1. L'application jurisprudentielle de l'égalité des armes par les juridictions internes

L'application par les juridictions internes de concepts issus de l'ordre juridique international pose nécessairement la question de l'uniformité ou de la divergence des appréciations. Nous analyserons par conséquent la consécration de l'égalité des armes par la jurisprudence interne (A) avant de nous arrêter sur les spécificités de l'application interne de l'égalité des armes par rapport à l'application internationale (B).

### A. La consécration de l'égalité des armes par la jurisprudence interne

Le principe de l'égalité des armes est né de l'appréciation de l'équité procédurale dégagée par la Commission européenne des droits de l'Homme en 1959[216]. La jurisprudence européenne a rapidement donné tout son essor à ce concept avant qu'il ne soit effectivement reçu et appliqué par les juridictions internes. Dans cette réception du principe de l'égalité des armes, une distinction s'est néanmoins rapidement opérée entre le Conseil constitutionnel et les autres juridictions, qu'elles soient administratives ou judiciaires. Le juge constitutionnel français s'est en effet singularisé en ne reprenant pas le vocable élaboré à l'échelon européen. Il conviendra par conséquent d'étudier la réception du concept d'égalité des armes par les juridictions internes (1) avant d'analyser la consécration de la notion d' « équilibre des droits des parties » par le Conseil constitutionnel (2).

#### 1. La réception du concept d'égalité des armes par les juridictions internes

L'utilisation des termes mêmes d' « égalité des armes » par une juridiction française date de 1982. Cette même année, deux chambres d'accusation se sont référées directement à la notion conventionnelle d'égalité des armes : « *le droit au procès équitable proclamé par l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'Homme comporte, en application*

[216] V. supra, p. 139 s.

*du principe de l'égalité des armes qui en découle, la possibilité raisonnable pour chacun des antagonistes au procès, d'exposer sa cause dans des conditions qui ne la désavantagent pas d'une manière appréciable par rapport à la partie adverse* »[217]. La première référence à l'égalité des armes devant la Cour de cassation se trouve dans un arrêt de la chambre criminelle du 19 novembre 1987[218]. Dans cette espèce, ce principe était invoqué directement par le moyen selon lequel il existait une inégalité entre l'accusation et la défense quant à la possibilité de saisir la chambre d'accusation d'une demande en nullité en vertu de l'article 171 du Code de procédure pénale dans sa version applicable à l'époque. Mais ce n'est pas sur ce fondement que la cassation a été prononcée. Il faut attendre un arrêt de la chambre criminelle du 6 mai 1997[219] pour découvrir la première cassation prononcée sur le fondement d'une violation de l'égalité des armes. Dans cette espèce, c'était moins la décision de la cour d'appel que les termes de la loi qui ont fait l'objet d'une censure. En effet, cette affaire concernait un prévenu à qui il était reproché de n'avoir pas observé l'arrêt absolu imposé par un feu de signalisation, fait constitutif d'une contravention de quatrième classe. Or, la citation devant le tribunal de police a été annulée par cette juridiction. La décision de la juridiction a alors fait l'objet d'un appel du procureur général en vertu de l'article 546, dernier alinéa, du Code de procédure pénale. Le défenseur arguait de l'incompatibilité de ce droit d'appel général du procureur général contre tous les jugements de police avec la Convention européenne des droits de l'Homme et principalement le principe de l'égalité des armes étant donné que la loi refusait un tel droit d'appel général aux autres parties et principalement au défenseur. La haute juridiction relève alors que « *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 des droits de l'Homme, impose que les parties au procès pénal disposent des mêmes droits ; qu'il doit en être ainsi, spécialement, du droit à l'exercice des voies de recours* ». La Cour souligne que « *le droit de saisir la juridiction supérieure n'est reconnu par la loi interne qu'au seul procureur général dans des hypothèses où ce même droit est refusé, par le premier alinéa de l'article 546 précité, tant à la personne poursuivie qu'à l'officier du ministère public et au procureur de la République* ». La haute juridiction constate l'incompatibilité de cette règle avec le principe de l'égalité des armes et prononce une cassation sans renvoi dans laquelle elle reconnaît l'irrecevabilité de l'appel du procureur

[217] Toulouse, ch. accus, 5 janv. 1982 ; *JCP* 1982, n° 19899-19900, note P. Maistre du Chambon ; Saint Denis de la Réunion, ch. accus., 23 déc. 1982 ; *Gaz. pal*. 1984, II, p. 468, note J.-P. Doucet. Décisions citées par S. Lavric, Thèse préc, p. 79, n° 82.
[218] Cass. crim. 19 nov. 1987 ; *Bull. crim*. n° 420 ; *Gaz. Pal*., 10 mai 1998, n° 129, obs. M. R.
[219] Cass. crim. 6 mai 1997 ; *Bull. crim*. n° 170 ; V. également Cass. crim. 10 fév. 2009 ; *Bull. crim*. n° 30.

général. Cette jurisprudence a conduit à l'abrogation de cette disposition par la loi du 23 juin 1999[220].

Dans le même esprit, la haute juridiction a également fait application du principe conventionnel de l'égalité des armes issu du droit au procès équitable à propos de la production tardive du mémoire par le procureur général ayant formé un pourvoi. En effet, l'article 585-1 du Code de procédure pénale impose au demandeur condamné pénalement de faire parvenir son mémoire dans un délai d'un mois à compter du pourvoi mais aucune disposition n'imposait un tel délai pour le ministère public[221]. Cette inégalité de traitement a été sanctionnée comme portant atteinte « *aux principes du procès équitable, de l'équilibre des droits des parties et du délai raisonnable de jugement des affaires pénales consacrés, tant par l'article préliminaire, que par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme* ».

La Cour de cassation a adopté la même position quant au délai d'appel du procureur général[222]. En effet, dans un arrêt du 17 septembre 2008[223], la haute juridiction reprend le même fondement du principe de l'égalité des armes tel qu'il résulte de l'exigence du procès équitable au sens de l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'Homme pour casser sans renvoi l'arrêt déféré. Jusqu'à cet arrêt, la Cour de cassation n'avait jamais estimé que l'article 505 du Code de procédure pénale fût contraire aux dispositions de l'article 6 de la Convention européenne. Au contraire, elle avait jugé ces dispositions compatibles dans la mesure où « *le prévenu bénéficie également d'un droit d'appel et dispose d'un délai lui permettant de l'exercer utilement* »[224]. Le revirement de la Cour de cassation s'explique sans nul doute par l'interprétation donnée par la Cour de Strasbourg à l'occasion des arrêts *Ben Naceur* et *Gacon*[225]. Dans l'affaire *Ben Naceur*, le requérant avait été condamné pour trafic de

---

[220] Loi n°99-515 du 23 juin 1999.

[221] Cette censure a poussé le législateur à modifier la base textuelle par la loi du 5 mars 2007 qui a introduit l'art. 585-2 *C. proc. pén*. selon lequel « *Sauf dérogation accordée par le président de la chambre criminelle, le mémoire du ministère public, lorsque ce dernier se pourvoit en cassation, doit parvenir au greffe de la Cour de cassation au plus tard un mois après la date du pourvoi* ».

[222] En effet, les dispositions de l'art. 505 *C. proc. pén*. donnent au procureur général la faculté de faire appel des jugements correctionnels dans un délai de deux mois à compter du jour du prononcé du jugement alors que le délai n'est que de dix jours pour les autres parties en vertu de l'art. 498 *C. proc. pén*.

[223]Cass. crim. 17 sept. 2008 ; *Bull. crim*. n° 188 ; *AJ pénal* nov. 2008, n° 10, p. 456, note C. Saas ; V. également Cass. crim. 10 fév. 2009 ; *Bull. crim*. n° 30 ; Cass. crim 10 fév. 2009, n° 08-82702, inédit.

[224] Cass. crim. 27 juin 2000; *Bull. crim*. n° 243 ; *D*. 2000, IR 251 ; *D*. 2001, somm. 514, obs. J. Pradel ; Cass. crim. 24 oct. 2001, pourvoi n° 01-81039, inédit ; Cass. crim. 9 janv. 2002, pourvoi n° 01-84693, inédit ; Cass. crim. 25 juin 2003, pourvoi n° 98-81903, inédit.

[225] CEDH Ben Naceur c. France, 3 oct. 2006, req. n°63897/00 ; *D.* 2007, panorama p. 979, obs. J. Pradel ; *Rev. sc. crim.* 2008, p.153, obs. D. Roets ; CEDH Gacon c. France, 22 mai 2008, req. n°1092/04 ; *Rev. sc. crim*. 2008, p. 635, obs. G. Giudicelli ; *Rev. sc. crim*. 2008, p. 696, obs. P. Marguénaud.

stupéfiants en état de récidive à la peine de sept ans d'emprisonnement et à une interdiction définitive du territoire français. Ni le procureur de la République ni l'intéressé n'avaient interjeté appel de cette décision dans le délai de dix jours prévus par les textes. L'appel fut interjeté par le procureur général, sur demande du procureur de la République, un mois après le jugement correctionnel en vertu de l'article 505 du Code de procédure pénale. Le requérant vit sa peine aggravée en appel. Dans son arrêt du 3 octobre 2006, la Cour européenne rappelle que « *le principe de l'égalité des armes Ŕ l'un des éléments de la notion plus large de procès équitable Ŕ requiert que chaque partie se voit offrir une possibilité raisonnable de présenter sa cause dans des conditions qui ne la placent pas dans une situation de net désavantage par rapport à son adversaire* »[226] et qu' « *il s'ensuit que le fait que le parquet bénéficie d'une prolongation du délai d'appel, conjugué à l'impossibilité pour le requérant d'interjeter un appel incident, a mis ce dernier dans une position de net désavantage par rapport au ministère public, contrairement au principe de l'égalité des armes. Statuant in concreto, la Cour constate que celui-ci a été méconnu.*»[227] Cette interprétation, reprise dans l'arrêt *Gacon*[228], a conduit la Cour de cassation à revoir sa jurisprudence pour la rendre compatible avec le droit européen. Nous avons, dans ces cas d'espèce, un exemple non seulement de la réception du concept d'égalité des armes par les juridictions internes, mais également la démonstration de l'effectivité des décisions de la Cour de Strasbourg qui ont conduit à des revirements de jurisprudence et même à des modifications législatives.

La réception du principe de l'égalité des armes par les juridictions internes ne s'est pas démentie depuis l'arrêt fondateur de la Cour de cassation du 6 mai 1997. Ainsi, les juridictions de premier degré, les cours d'appel et la Cour de cassation relèvent régulièrement ce principe conventionnel pour fonder leurs décisions.

Néanmoins, parmi les juridictions internes, le Conseil constitutionnel applique une jurisprudence particulière s'agissant du principe de l'égalité des armes.

---

[226] CEDH Ben Naceur c. France, *préc.*, §31.
[227] CEDH Ben Naceur c. France, *préc.*, §40.
[228] Cet arrêt a également le mérite de clarifier la jurisprudence européenne car l'affaire Ben Naceur laissait subsister une ambigüité tenant à l'impossibilité pour le requérant de relever un appel incident suite à l'appel effectué par le procureur général d'autant plus que l'art. 500-1 *C. proc. pén*. autorise désormais l'appel incident.

2. La consécration de la notion d' « équilibre des droits des parties » par le Conseil constitutionnel.

Parmi les juridictions françaises, le Conseil constitutionnel s'est singularisé en utilisant une appellation différente des autres juridictions nationales et des instances européennes. En effet, dans sa décision du 28 juillet 1989[229] relative à la loi sécurité et transparence des marchés financiers, la Haute juridiction a décliné le principe fondamental reconnu par les lois de la République que constitue le respect des droits de la défense pour en déduire « *qu'il implique notamment en matière pénale, l'existence d'une procédure juste et équitable garantissant l'équilibre des droits de parties* ». Si l'expression « égalité des armes » n'est pas employée, la notion d' « équilibre des droits des parties » dégagée par le Conseil constitutionnel semble bien s'y référer et avoir été inspirée par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme. Néanmoins, le choix d'une expression distincte de celle utilisée par la Cour européenne est volontaire. La juridiction constitutionnelle française a toujours exclu de se référer expressément à des notions ou à des droits élaborés par des juridictions internationales. Il est plus précisément de jurisprudence constante qu'il refuse d'examiner la conformité des lois qui lui sont déférées à la Convention européenne des droits de l'Homme[230]. Le Conseil a précisé par la suite que ce contrôle de la supériorité des traités sur les lois devait être effectué par les juridictions ordinaires sous le contrôle de la Cour de cassation s'agissant des juridictions judicaires et du Conseil d'Etat pour les juridictions administratives[231]. Dans la même logique, le Conseil constitutionnel a toujours refusé de se référer à des décisions d'autres juridictions et notamment à celles de la Cour européenne des droits de l'Homme[232].

---

[229] C. constit. 28 juill. 1989, n°89-260 DC ; *JORF* 1er août 1989, p. 9676. Décision également consultable sur le site internet du Conseil (www.conseil-constitutionnel.fr).

[230] Cons. constit. 15 janv. 1975, décision 74-54 DC , relative à la loi sur l'interruption volontaire de grossesse, dans laquelle il a été jugé que, malgré la primauté des traités sur les lois posée par l'article 55 de la Constitution, le Conseil n'était pas compétent pour examiner la conformité des lois avec les engagements internationaux de la France et notamment la Convention européenne des droits de l'Homme : les dispositions de l'art. 55 de la Constitution « *ne prescrivent ni n'impliquent que le respect de ce principe doive être assuré dans le cadre du contrôle de la conformité des lois à la Constitution prévu à l'article 61 de celle-ci* ». Cela n'empêche pas bien sûr les plaideurs d'invoquer le droit au procès équitable ou l'égalité des armes devant cette juridiction. Une simple requête faisant apparaître ces notions dans les bases de jurisprudence est à ce titre éclairante.

[231] Cons. constit. 3 sept. 1986, décision 86-216 DC ; *Rec.* p. 135 ; Cons. constit. 29 déc. 1989, décision 89-268 DC ; *Rec*. p. 110. La Cour de cassation a réagi très vite à la suite de la décision du 15 janvier 1975 par un arrêt de chambre mixte du 24 mai 1975, société des cafés Jacques Vabre (*D*. 1975, p. 497). Le Conseil d'Etat a quant à lui attendu prêt de 15 ans pour reconnaître la suprématie des traités internationaux sur les lois postérieures dans son arrêt Nicolo pris en assemblée plénière le 20 octobre 1989 (*Rec*. p. 190).

[232] V. O. Dutheillet de Lamothe, « L'influence de la Cour européenne des droits de l'Homme sur le Conseil constitutionnel », Allocution du 13 fév. 2009 à l'occasion de la visite du président et d'une délégation de la Cour

Mais ce n'est pas parce qu'il refuse de se référer au texte de la convention ou à la jurisprudence de la Cour européenne, que le Conseil constitutionnel n'en subit pas l'influence. Bien au contraire, il s'inspire directement des évolutions du droit européen des droits de l'Homme dégagées par les instances européennes. M. Olivier Dutheillet de Lamothe, membre du Conseil constitutionnel, souligne que cette influence est très importante[233]. Dans un cas au moins, l'interprétation de la Cour européenne a conduit le Conseil constitutionnel à modifier sa jurisprudence[234]. L'auteur va même plus loin en parlant de véritable prise en compte de droits nouveaux issus de l'ordre juridique européen et que le Conseil constitutionnel va justifier en puisant dans des « *dispositions très anciennes et souvent très générales de la déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789* » ou du préambule de la Constitution de 1948[235]. Ce mouvement est inéluctable. Cette dynamique est d'ailleurs

---

européenne des droits de l'Homme au Conseil constitutionnel, transcription consultable sur le site internet du Conseil constitutionnel. La haute juridiction ne s'est référée qu'une seule fois à un arrêt de la CEDH, dans sa décision du 19 nov. 2004 ( 2004-505 DC) relative au projet de traité instituant une Constitution européenne. Dans cette espèce, le Conseil s'est référé expressément, dans les visas, à l'arrêt de la Cour européenne du 29 juin 2004, affaire Leyla Sahin c. Turquie. L'auteur souligne à cet effet que cette référence était hasardeuse puisque l'affaire en cause avait été renvoyée devant la grande chambre de la Cour européenne et a donné lieux à un nouvel arrêt, heureusement dans le même sens.

[233] O. Dutheillet de Lamothe, « L'influence de la Cour européenne des droits de l'Homme sur le Conseil constitutionnel », préc.

[234] Il s'agit du cas des validations législatives. Dans une décision n° 93-322 DC du 13 janvier 1994 (*Recueil*, p. 21), le Conseil constitutionnel avait admis la conformité à la Constitution de l'article 85 de la loi n° 94-13 du 18 janvier 1994 relative à la santé et à la protection sociale dont l'objet était de valider, sous réserve des décisions de justice devenues définitives, le montant d'une indemnité instituée en 1953 au profit des personnels de sécurité sociale des départements d'Alsace Moselle. Le conseil estimait qu'il était loisible au législateur « *sous réserve du respect des principes susvisés, d'user comme lui seul pouvait le faire en l'espèce, de son pouvoir de prendre des dispositions rétroactives afin de régler pour des raisons d'intérêt général les situations nées des divergences d'une jurisprudence* ». Or après plusieurs arrêts retreignant le recours aux validations législatives, la Cour européenne a sanctionné la France pour la loi litigieuse en estimant que « *si, en principe, le pouvoir législatif n'est pas empêché de réglementer en matière civile, par de nouvelles dispositions à portée rétroactive, des droits découlant de lois en vigueur, le principe de la prééminence du droit et la notion de procès équitable consacrés par l'article 6 s'opposent, sauf pour d'impérieux motifs d'intérêt général, à l'ingérence du pouvoir législatif dans l'administration de la justice dans le but d'influer sur le dénouement judiciaire du litige* » (CEDH Zielinski, Pradal, Gonzales et autres contre France, 28 oct. 1999, req. 24846/94, 34165/96 et 34173/96). Par une décision rendue moins d'un mois plus tard, le Conseil constitutionnel a adapté sa jurisprudence en reprenant la logique édictée par la Cour européenne (Cons. constit. 21 déc. 1999, décision n° 99-422 DC ; *Rec*. n°143).

[235] Il en est ainsi du droit au respect de la vie privée, garanti par l'art. 8 CEDH et repris par le Cons. constit. sur le fondement de l'art. 2 DDH de 1789 (Décision n° 99-416 DC du 23 juillet 1999, *Rec*. p. 100), de la liberté du mariage garantie par l'art. 12 CEDH reprise sur le fondement de la liberté personnelle des art. 2 et 4 DDH (décision 2003-484 DC du 20 nov. 2003 ; *Rec*. p.438), du droit de mener une vie familiale normale qui s'inspire directement de la jurisprudence européenne et trouve son fondement interne dans le 10ème al. du préambule de la Constitution de 1946 (décision 93-325 DC du 13 août 1993 ; *Rec*. p.224), le principe de la dignité de la personne humaine déduit également du préambule de 1946 et qui s'inspire directement de la jurisprudence de Strasbourg, ou bien encore le principe du droit à un recours juridictionnel effectif directement inspiré de l'art. 6 CEDH, mais fondé en droit interne sur l'art. 16 DDH relatif à la garantie des droits…

accentuée avec l'instauration de la question prioritaire de constitutionnalité[236]. Le Conseil constitutionnel est garant de l'unité de l'ordre juridique français et de la sécurité juridique qui doit en découler. Les décisions prises par les juridictions françaises peuvent être sanctionnées par la Cour européenne et donc conduire à une condamnation de l'État. Par voie de conséquence, le Conseil constitutionnel est tenu de ne pas prendre de décisions susceptibles de conduire à la censure de la Cour européenne. Le principe de l'équilibre du droit des parties relève très clairement de cette inspiration. Néanmoins, la volonté de la juridiction constitutionnelle de ne pas se référer expressément à l'expression d'« égalité des armes » rejoint certainement une préoccupation de fond. Ce vocable pouvait sembler trop axé sur l'exigence égalitaire, la référence à une égalité arithmétique apparaissant par conséquent éloignée de l'objectif de consécration de la notion d'équilibre : « L'équilibre n'est pas une égalité »[237]. Ce dépassement de la stricte notion d'égalité est présent dans l'interprétation qu'en donne la Cour européenne. De manière surprenante, cette appellation d' « équilibre du droit des parties » semble donc mieux refléter le contenu de la notion d'égalité des armes que l'expression utilisée à l'échelon européen. Elle témoigne en effet de la volonté de ne pas entendre ce concept comme l'exigence d'une égalité arithmétique.

Cette notion d' « équilibre du droit des parties » a été reprise par la suite dans d'autres décisions du Conseil constitutionnel, mais la jurisprudence témoigne d'une réelle difficulté à imposer ce vocable et même à en justifier les fondements sans recourir à l'ordre juridique européen. Le Conseil constitutionnel va recourir pour cela à l'article 9 de la Déclaration des droits de l'Homme de 1789[238] et l'article 66 de la Constitution[239]. Un pas supplémentaire est franchi par une décision de 1999 dans laquelle le Conseil constitutionnel va puiser dans « *les exigences constitutionnelles relatives au respect des droits de la défense* »[240] pour fonder l'existence du principe d'équilibre du droit des parties. Il n'est pourtant pas facile pour le Conseil constitutionnel de ne pas ce référer à ces principes conventionnels maintes fois présentés par les parlementaires dans les actes de saisines.

---

[236] Cette nouvelle voie de droit, ouverte à compter du 1er mars 2010, a été instituée par la réforme constitutionnelle du 23 février 2008 introduisant un nouvel art. 61-1 dans la Constitution : « *Lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur le renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé* ».

[237] S. Lavric, *Le principe d'égalité des armes dans le procès pénal*, Thèse préc. , n° 85, p. 83.

[238] Art. consacrant le principe de la présomption d'innocence.

[239] Cet article qui dispose que « *Nul ne peut être arbitrairement détenu* », prévoit que « *L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, assure le respect de ce principe dans les conditions prévues par la loi* ».

[240] Cons. constit. 22 janv. 1999, décision n°98-408 DC, relative traité portant statut de la Cour pénale internationale ; *JORF*, 24 janv. 1999, p. 1317.

Au-delà d'une différence de termes utilisés par le Conseil constitutionnel, il existe bien des différences entre l'application interne du principe de l'égalité des armes et son application européenne.

### B. Les spécificités de l'application interne de l'égalité des armes par rapport à l'application internationale

Si le texte de base appliqué par les juridictions européennes et par les juridictions nationales est le même, à l'exception du Conseil constitutionnel, l'interprétation qui en est fait souffre de quelques divergences.

En effet, alors que la Cour européenne des droits de l'Homme fait de l'égalité des armes un principe large d'appréciation du respect de l'équilibre nécessaire entre les parties, la Cour de cassation adopte une définition plus rigide selon laquelle « *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 des droits de l'Homme, impose que les parties au procès disposent des mêmes droits* » et « *qu'il doit en être ainsi, spécialement, du droit à l'exercice des voies de recours* »[241]. « Egalité » n'est pas « équilibre ». Cette différence sensible d'interprétation témoigne d'un rapport différent du juge à la norme européenne[242].

Mme Sabrina Lavric, dans son travail de thèse, a bien mis en lumière cette différence de méthodologie dans l'application du principe de l'égalité des armes et qui relève de finalités différentes[243]. L'auteur souligne que le juge national est enfermé dans une conception « légaliste » qui lui impose de confronter des faits à une norme internationale. L'intervention de moyens tirés de la Convention européenne va le conduire à apprécier « *la conformité de la norme nationale à la norme européenne* » et donc d'opérer un contrôle indirect des faits dont il est saisi au regard de la Convention. La Cour européenne a quant à elle pour vocation d'examiner directement la situation concrète des personnes qui exposent leur cause par rapport aux garanties de la Convention[244]. Cette différence implique que le juge européen,

---

[241] Cass. crim, 6 mai 1997 ; *Bull. crim*. n° 170, préc.
[242] F. Fourment, *procédure pénale*, préc. n° 360, p. 174 ; S. Lavric, préc. , n° 171 s. , p. 152 s.
[243] S. Lavric, préc., n° 169 s., p. 151 s.
[244] La Cour européenne se refuse dès lors à analyser la compatibilité d'une norme nationale avec les garanties de la Convention : V. CEDH Becker c. Belgique, 27 mars 1962, req. n° 214/56 ; Série A, n° 4 : « *la Cour n'est point appelée* […] *à statuer sur un problème abstrait touchant la compatibilité* [d'une] *loi avec les dispositions de la Convention, mais sur le cas concret de l'application d'une telle loi à l'égard du requérant et dans la mesure où celui-ci se trouverait, de ce fait, lésé dans l'exercice de l'un des droits garantis par la Convention* ».

dans son appréciation *in globo*, va pouvoir rechercher l'existence d'un équilibre entre les droits des parties[245] alors que le juge national ne pourra qu'exiger une stricte égalité de ces droits qui doit se retrouver dans la norme nationale. Il en va de même du contrôle opéré par le Conseil constitutionnel. Même si ce dernier a volontairement choisi l'expression d' « équilibre du droit des parties », son analyse se limite également à la compatibilité d'une norme nationale avec les principes constitutionnels qui reprennent le contenu de la notion d'égalité des armes. Détaché de l'appréciation de la situation réelle et globale de la personne mise en cause, le Conseil constitutionnel ne pourra s'affranchir d'un contrôle d' « une identité de droits ».

Le principe de l'égalité des armes servant de fondement au droit à la preuve contraire, la question qui se pose est alors de savoir qu'elle incidence cette divergence d'appréciation peut avoir sur l'existence et l'effectivité d'un droit à la preuve contraire. Cette différence ne nous semble pas prépondérante pour deux raisons. La première tient à la nécessaire rupture de l'inégalité entre l'accusation et le défenseur pénal du fait de dispositions favorables à l'accusation. La méthode interne d'appréciation du principe de l'égalité des armes a pris en compte cet objectif que l'on retrouve dans le droit à l'information sur la preuve, le droit à obtenir la preuve et à la produire même si le rapport du juge à la norme a souvent dû passer par une réforme législative dont l'objet était une mise en conformité avec la notion européenne d'égalité des armes. La seconde raison tient cette fois exclusivement à la posture du juge national qui doit dorénavant appliquer la loi en ayant à l'esprit la conception européenne de l'égalité des armes et c'est bien dans l'application de la norme nationale aux faits que le juge devra se rapprocher de la notion européenne d'équilibre. Le cas peut apparaître à l'occasion d'une demande d'acte à l'initiative de la défense. Les conditions d'acceptation ou de refus de cette demande devront bien sûr prendre en considération la notion d'équilibre des parties au sens européen du terme, et *in fine* le droit à la preuve contraire. Ce rôle assigné au juge national apparaît dans la motivation exigée dorénavant pour les refus. La seule question qui reste posée est celle du contrôle du respect de cette conception de l'égalité des armes et du droit à la preuve contraire. Ce filtre pourra bien évidemment intervenir en cause d'appel, mais avec le poids de nos traditions juridiques, on peut

---

Cette affirmation ne témoigne néanmoins pas de la réalité puisqu'indirectement, la question de la compatibilité d'une norme nationale avec les dispositions de la Convention peut se poser, ce qui entraînera une modification législative en cas de remise en cause par la juridiction européenne, de la situation crée par la norme nationale.

[245] Mme Lavric souligne encore que ce constat est accentué par le recours du juge européen à la « théorie des apparences ».

légitimement s'interroger sur l'existence d'un contrôle final permettant d'harmoniser la jurisprudence dans le sens de l'affirmation du droit à la preuve contraire. En effet, la Cour de cassation se refuse traditionnellement à s'immiscer dans l'appréciation des juges du fond quant à l'administration de la preuve. Au-delà du filtre de l'appel, le contrôle ne pourrait dès lors intervenir que devant la Cour européenne, après une procédure particulièrement longue. Il ne faut pas néanmoins minimiser la diffusion des concepts et des appréciations de la juridiction européenne ni les facultés de la Cour de cassation d'opérer un contrôle *in fine* de certaines considération de fait. Ceci nous conduit à dire que la diffusion du modèle de procès équitable, de l'appréciation de l'égalité des armes et du droit à la preuve contraire prospèrera devant le juge national même si la différence d'appréciation du juge à la norme peut retarder quelque peu le processus.

Les deux méthodes d'application de l'égalité des armes ne sont donc pas exclusives mais complémentaires. Elles aboutissent au même objectif.

Au-delà de la réception du principe de l'égalité des armes par les juridictions nationales, ce principe a été intégré à l'espace normatif interne.

### §2. La valeur normative de l'égalité des armes en droit interne

Le rayonnement du principe de l'égalité des armes, issu de l'interprétation des instances européennes, a bien sûr eu un écho dans l'espace normatif interne à deux niveaux. Le Conseil constitutionnel a tout d'abord trouvé un fondement constitutionnel au principe de l'égalité des armes (A), avant que ce dernier ne soit consacré par le législateur (B)

#### A. Le fondement constitutionnel de l'égalité des armes en droit interne

Au sein de la Constitution, quelques principes ont trait à la procédure pénale et ils ont pu servir à affirmer le contenu matériel d'une certaine égalité des armes. Ainsi, le principe d'égalité devant la loi a pu être rapproché d'une égalité devant le juge. L'article 66 de la Constitution, instituant l'autorité judicaire « *gardienne de la liberté individuelle* » a également été cité par le juge constitutionnel comme fondement de l'égalité des armes.

La reconnaissance d'un « bloc de constitutionalité » a permis d'étoffer le *corpus* de principes constitutionnels[246]. S'agissant de la référence à une égalité des armes, la déclaration des droits de l'Homme et du citoyen contient une référence générale à « l'égalité »[247] ainsi qu'à la « légalité »[248] et au respect de la présomption d'innocence[249].

Mais le Conseil constitutionnel appuie son affirmation du concept d' « équilibre du droit des parties » sur les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, et plus spécifiquement le principe du respect des droits de la défense[250]. La juridiction constitutionnelle a clairement affirmé que découlait de ce dernier principe l'exigence « *d'une procédure juste et équitable garantissant l'équilibre des droit des parties* »[251].

Même si le vocable est différent, on ne peut s'empêcher de rapprocher le contenu de ces deux protections. En effet, comment concevoir une différence alors que les normes appréciées par le Conseil constitutionnel sous le regard de « l'équilibre du droit des parties » feront par la suite l'objet d'une appréciation par les juridictions internes et la Cour européenne des droits de l'Homme sous le regard de l'égalité des armes. Une divergence de vue du concept élaboré par la juridiction constitutionnelle pouvant dès lors aboutir à une condamnation de la France par la juridiction européenne. La place supérieure conférée à la juridiction de Strasbourg lui donne une autorité supplémentaire dans la définition des garanties propres à l'égalité des armes et donc aux mécanismes que la juridiction constitutionnelle doit s'attacher à préserver. Comme le rappelait le M. le Président Yves Guéna, « *Le Conseil constitutionnel s'efforce d'interpréter les droits fondamentaux à la lumière de la Convention. Ainsi* […] *en ce qui concerne les droits de la défense, il exige « une procédure juste et équitable garantissant l'équilibre des droits des parties » : on retrouve là le*

---

[246] P. Mathonnet, « Le procès équitable dans l'espace normatif pénal français », in : *Procès équitable et enchevêtrement des espaces normatifs* - travaux de l'atelier de droit international de l'UMR de droit comparé de Paris, dir. Hélène Ruiz Fabri ; Paris, société de législation comparée, 2003, p. 119 s.
[247] Art. 6 DDHC
[248] Art. 7DDHC
[249] Art. 9 DDHC
[250] V. Cons. constit. 19-20 janv. 1981, déc. 80-127 DC. Une telle référence peut surprendre au regard du contenu et surtout de la philosophie de ce principe qui ne garantit pas un rôle actif de la personne mise en cause dans l'organisation de sa défense. Seul le Conseil constitutionnel entend donner un spectre plus large de ce principe et d'en faire découler l'application nationale de l'égalité des armes. Ce rapprochement s'explique certainement par la fonction que ces deux ordres de juridiction confèrent à ces principes fondamentaux.
[251] Cons. constit. 2 déc. 1995, déc. 95-360 DC.

*principe de l'égalité des armes »*[252]. Il a même été précisé que l'on assistait à une sorte de « *nationalisation discrète de la norme européenne* »[253].

La montée en puissance du principe de l'égalité des armes à l'échelon européen et corrélativement dans la jurisprudence nationale a conduit à sa prise en compte par le législateur.

### B. La consécration législative de l'égalité des armes en droit interne

Le projet de loi renforçant la présomption d'innocence et les droits des victimes ne prévoyait pas dans sa rédaction initiale de référence à l'égalité des armes. Il était recentré sur l'affirmation de concepts nationaux et au premier rang celui de la présomption d'innocence. La présentation du projet de loi tourne en effet essentiellement sur l'affirmation de ce principe ultime dont découlent les autres garanties. L'exposé des motifs du projet de loi laissait en effet apparaître que « *c'est également parce qu'elle est présumée innocente que cette personne doit bénéficier des droits de la défense et du principe du contradictoire, qui lui garantissent un procès équitable.* » [254] Le gouvernement en tirait toutes les conséquences en proposant d'inscrire dans un article préliminaire du Code de procédure pénale, de façon « *claire et expressive* » ces principes directeurs du procès pénal[255]. Dans l'optique énoncée, la rédaction proposée disposait que « II.- *Toute personne suspectée ou poursuivie est présumée innocente tant que sa culpabilité n'a pas été établie, dans le respect des droits de la défense et du principe du contradictoire*. »

---

[252] Y. Guéna, « La justice constitutionnelle en France-Bilan et perspectives » ; intervention lors d'un colloque organisé à Moscou, du 31 octobre au 4 novembre 2001, sur les perspectives du contrôle de constitutionnalité en Europe au tournant du siècle, consultable sur le site du Conseil constitutionnel.

[253] O. Dutheillet de Lamothe, « Cours constitutionnelles et intégration européenne » ; intervention lors du colloque de Kosice des 20 et 21 septembre 2002, consultable sur le site du Conseil constitutionnel.

[254] Projet de loi renforçant la présomption d'innocence et le droit des victimes, enregistré le 16 septembre 1998, Assemblée Nationale n° 1079.

[255] La Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République a rappelé que cette avancée était préconisée par la Commission justice pénale et droits de l'Homme qui évoquait déjà la possibilité d'énoncer dans un article préliminaire les principes fondamentaux relevés à partir du bloc de constitutionnalité, des textes internationaux de protection des droits de l'Homme afin de « *de rendre plus visibles à tous, aux justiciables comme aux professionnels du droit, les lignes de force d'une procédure pénale dont les règles techniques ne sont que le reflet plus ou moins intelligible, ..., de permettre un allégement des formalités de procédure, une clarification du régime des nullités et d'inciter à une démarche plus déontologique que formaliste en définissant l'esprit de notre procédure pénale »* : Rapport n° 1468 du 11 mars 1999 fait par Mme Christine Lazerges au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi renforçant la présomption d'innocence et le droit des victimes.

Il est apparu surprenant que cette rédaction ne soit pas enrichie de références à des concepts internationaux déjà reçus par la jurisprudence interne et utilisés, principalement pour le droit au procès équitable, dans l'exposé des motifs du projet de loi. Cette lacune est rapidement apparue au cours du travail parlementaire. Il paraissait en effet étonnant, après les évolutions de la jurisprudence interne et les travaux doctrinaux mettant en valeur les fondamentaux européens des droits de l'Homme, que le projet de loi ne dise mot du droit au procès équitable et de son corollaire, l'égalité des armes. La Commission des lois de l'Assemblée nationale a par conséquent proposé d'introduire dans le texte de l'article préliminaire la disposition suivante : « *II- La procédure pénale doit être juste et équitable, respecter le principe du contradictoire et préserver l'équilibre des droits des parties* »[256]. L'apport des parlementaires apparaît clairement sur la prise en compte de deux notions qui n'étaient pas présentes dans le texte initial. La rédaction finale de l'article préliminaire, telle qu'elle a été adoptée par le Parlement, a pris en compte cette évolution proposée par la Commission des lois en retirant simplement le caractère juste de la procédure, jugé redondant avec le principe d'équité.

Un certain nombre d'auteurs se sont interrogés sur la pertinence de cet article préliminaire. Entre l'inutilité de reprendre le contenu de normes supérieurs d'ores et déjà applicables[257], le risque de confusion avec l'utilisation de termes différents ou bien encore le risque d'omission en s'essayant à la rédaction d'un catalogue des principes généraux de procédure, la doctrine a été particulièrement critique sur ce travail législatif. Néanmoins, il faut constater que cet article préliminaire du Code de procédure pénale a une portée normative autonome. En effet, son champ d'application va, dans une certaine mesure, au-delà de celui de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme. Les principes dégagés par le législateur national vont s'appliquer à toutes les procédures suivies en application du Code de procédure pénale. Ainsi, certaines matières, exclues du contrôle de la juridiction européenne ou dont le contrôle reste incertain[258], vont se voir appliquer les principes généraux dégagés sur le fondement de ce nouveau texte. Nous pouvons citer par exemple le contentieux de l'exécution des peines, la procédure de réexamen d'une condamnation pénale[259], le contentieux de l'extradition ou encore les poursuites disciplinaires à l'encontre d'un officier de police judiciaire.

[256] Rapport AN n° 1468, *préc*.
[257] B. Bouloc, *Rev. sc. crim*. 2001, p. 193 s.
[258] F. Desportes et L. Lazerges-Cousquer, *Traité de procédure pénale*, préc, n° 227, p. 116.
[259] V. CRD pén. 16 oct. 2003; *Bull. info. C. cass*. 1er fév. 2004, n° 165.

## Section 2 : L'égalité des armes, moteur de l'affirmation d'un droit à la preuve contraire en droit interne

À l'image de l'évolution du principe de l'égalité des armes en droit européen des droits de l'Homme, et à n'en pas douter grâce à elle, le droit interne a fait une place de plus en plus importante au droit à la preuve contraire. Le droit interne reconnaît intrinsèquement l'inégalité entre l'accusation et le défenseur pénal. La tradition juridique française a longtemps pensé que le rééquilibrage pouvait s'opérer par l'affirmation du principe de la présomption d'innocence, de l'instruction à décharge et de quelques garanties limitant l'action de l'accusation. La décision sur la culpabilité était laissée entre les mains d'un juge « bienveillant » seul à même de faire la part des choses entre la présomption d'innocence bénéficiant à la personne poursuivie et les éléments à charge apportés par l'accusation. L'évolution opérée à l'initiative de la Cour européenne des droits de l'Homme a conduit l'ordre juridique interne à reconnaître le caractère nécessairement actif de la défense pénale et d'affirmer un droit d'intervention du défenseur pénal afin de rétablir l'équilibre nécessaire entre l'accusation et la défense. La force du principe de l'égalité des armes en droit interne a ainsi conduit à la rupture de l'inégalité entre le défenseur pénal et le ministère public (§1), et même au-delà, il a conduit à la rupture de l'inégalité entre l'accusation et la défense en rendant le droit à la preuve contraire opposable aux tiers (§2).

### §1. L'égalité des armes facteur de rupture de l'inégalité entre le ministère public et le défenseur pénal

Le principe de l'égalité des armes a considérablement amélioré les garanties processuelles des justiciables et principalement des personnes mises en cause dans une procédure pénale. Son caractère évolutif et vivant a apporté au droit à la preuve contraire une réelle effectivité aussi bien s'agissant d'un droit à obtenir la preuve contraire (A), que d'un droit à produire cette preuve contraire (B).

### A. L'égalité des armes ou le droit d'obtenir la preuve contraire

L'évolution de la procédure pénale permet de dire que la prérogative accordée au défenseur pénal va au-delà d'un simple droit de proposition. En effet, si le juge n'est pas obligé de faire droit à la demande, il a l'obligation de l'examiner et s'il y a lieu d'y faire droit. Le principe de l'égalité des armes doit prémunir le défenseur pénal de toute décision hâtive ou arbitraire du juge. Au cours de la phase préparatoire au procès pénal, le juge d'instruction doit être le garant du respect de cette égalité des armes sous le contrôle de la chambre de l'instruction. Dès la saisine d'un magistrat instructeur, la personne mise en examen peut le solliciter en lui présentant une liste des témoins qu'il souhaiterait faire entendre, des éléments du dossier de l'accusation qu'il entend faire vérifier. Par ailleurs, tout au long de l'instruction préparatoire, les parties (personne mise en cause et partie civile), peuvent saisir le juge d'une demande écrite et motivée tendant à ce qu'il soit procédé à tout acte de recherche de preuve qui lui « *paraissent nécessaires à la manifestation de la vérité* »[260]. Le champ des actes qui peuvent dorénavant être sollicités dans cette phase de mise en état des affaires pénales place quasiment l'accusé sur un pied d'égalité avec le ministère public. Précédemment, une liste limitative d'actes était énoncée par la loi alors que le ministère public avait toute latitude pour solliciter des actes d'instruction. Ces dispositions constituent une véritable révolution dans la manière de concevoir la défense pénale qui nous conduit à affirmer le rôle actif de la personne mise en cause et l'affirmation d'un droit à la preuve contraire : « *à la passivité antérieure uniquement axée sur l'attente d'une faute, en particulier d'une faute procédurale, la défense comme la partie civile, peuvent préférer une attitude résolument active en incitant le juge d'instruction à orienter différemment son enquête* »[261].

Quelques différences subsistent néanmoins, principalement au niveau des délais impartis au juge d'instruction pour refuser les demandes d'acte. La pratique tend encore à regarder de manière suspecte cette intrusion des parties privées dans la procédure d'enquête et conduit à un rejet plus fréquent de leurs sollicitations. Il faut tout de même préciser que sous l'impulsion de la jurisprudence européenne et de son analyse globale de la protection accordée par le principe de l'égalité des armes et le droit à un procès équitable, les juridictions internes s'attachent également à vérifier que l'exercice du droit à la preuve contraire n'a pas fait l'objet de limitations mettant en cause l'équité procédurale. S'agissant par exemple des

[260] Art. 82-1 *C. proc. pén*.
[261] D. Thomas, « Le concept de procès pénal », in : *La sanction du droit, Mélanges offerts à Pierre Couvrat* ; *Paris, PUF,* 2001.

demandes d'auditions de témoins formulées par la défense, un refus du juge d'instruction devra être spécialement motivé.

Le principe de l'égalité des armes a également permis d'affirmer un droit à produire la preuve contraire.

### B. L'égalité des armes ou le droit de produire la preuve contraire

Le droit de produire la preuve contraire implique la possibilité pour la personne poursuivie d'apporter ses arguments au débat au-delà du principe de contradiction et du droit de proposition. La jurisprudence interne se base sur le texte conventionnel, et sur l'article préliminaire du Code de procédure pénale pour faire application du principe de l'égalité des armes et partant de là, du droit à la preuve contraire. Ainsi, dans un arrêt du 4 mars 2009, la Cour de cassation se fonde sur ces dispositions pour préciser que « *s'il appartient aux juges répressifs de restituer aux faits dont ils sont saisis leur véritable qualification, c'est à la condition que le prévenu ait été mis en mesure de se défendre sur la nouvelle qualification envisagée* »[262].

On peut en conclure que le fait de priver la personne mise en cause de son droit à la preuve contraire entraine irrémédiablement une impossibilité pour elle de présenter sa cause dans des conditions qui ne la placent pas dans une situation de net désavantage. En d'autres termes, cela constitue une atteinte caractérisée au principe de l'égalité des armes[263].

S'agissant du lien entre le principe de l'égalité des armes et le droit à la preuve, une affaire mérite d'être soulignée, même si elle concerne la partie civile et non la personne mise en cause, parce qu'elle témoigne de la prise en compte de l'égalité des armes dans le débat sur la preuve devant les juridictions nationales. L'espèce en question traitait de la procédure particulière de demande en réexamen suite à une décision de la Cour européenne des droits de l'Homme[264]. Devant cette instance, la loi prévoit que la décision est « *prononcée à l'issue d'une audience publique au cours de laquelle sont recueillies les observations orales et*

[262] Cass. crim. 4 mars 2009, pourvoi n° 08-83758, inédit.
[263] Ce parallèle a été particulièrement bien exposé en matière commerciale. La Cour de cassation relève en effet que « *constitue une atteinte au principe de l'égalité des armes résultant du droit au procès équitable garanti par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme le fait d'interdire à une partie de faire la preuve d'un élément de fait essentiel pour le succès de ses prétentions* » : Cass. com. 15 mai 2007 ; *JCP* 2007, IV, 2253.
[264] CRD pén. 16 oct. 2003, pourvoi n° 03-RDH005 ; *Bull. crim*. COMREX, n° 1 ; BICC 1 er fév. 2004, n° 165, p. 24 ; V. S. Lavric, préc. , n° 145, p. 129 s.

*écrites du requérant ou de son avocat, ainsi que du ministère public* »[265]. Or, sur le fondement de l'article préliminaire du Code de procédure pénale et du nécessaire équilibre du droit des parties, la Cour de cassation a reconnu aux parties civiles le droit de présenter des observations écrites ou orales au cour de l'audience publique. Le lien ici établi entre l'égalité des armes et le droit à la preuve pour les parties civiles peut sans nul doute faire l'objet de la même appréciation s'agissant du droit à la preuve contraire de la personne mise en cause.

### §2. L'égalité des armes facteur de rupture de l'inégalité entre l'accusation et la défense par la reconnaissance d'un droit à la preuve contraire opposable aux tiers

La conception extensive de l'égalité des armes a conduit à dépasser très largement l'égalité arithmétique des droits des parties et, en matière pénale, à prendre en considération le statut du défenseur pénal et le déséquilibre que pouvait provoquer l'accusation portée contre lui. L'équité procédurale doit alors conduire à tout mettre en œuvre afin d'éviter l'injuste condamnation d'un innocent. Le droit à la preuve contraire fondé sur le principe de l'égalité des armes, issu lui-même du doit au procès équitable, devant apparaître dès lors comme l'ultime rempart de la personne mise en cause face à la recherche de la vérité qui peut à de nombreuses étapes faire peser sur lui des lourdes présomptions de culpabilité. Le défenseur pénal doit alors disposer toute possibilité de lutter contre les éléments qui fondent l'intuition de culpabilité. Cette preuve contraire, lorsque le défenseur pénal est innocent, peut bien sûr se trouver dans la relation de la vérité. La loi a ainsi prévu un certain nombre de mécanismes permettant à la personne mise en cause de se reposer sur l'obligation générale de participer à l'établissement de la vérité (A). Parmi ceux-ci, nous nous arrêterons sur la pénalisation du refus, pour un tiers, d'apporter la preuve contraire à l'accusation (B).

[265] Art. 626-3 *C. proc. pén*.

### A. L'obligation générale de participer à l'établissement de la vérité

Si l'établissement de la vérité ne recouvre pas totalement l'étendue du droit à la preuve contraire[266], il en constitue l'aboutissement moral. En conséquence, la vérité constitue dans la plupart des cas l'objectif du droit à la preuve contraire. La personne mise en cause va pouvoir s'appuyer sur l'obligation du juge d'instruction d'instruire à charge et à décharge, sur les mesures d'enquête qui doivent viser l'établissement de cette vérité, mais également sur une obligation générale pour toute personne de participer à l'établissement de la vérité et en particulier d'apporter son témoignage.

Si la personne mise en cause dispose du droit de se taire et même du droit de ne pas dire la vérité, tel n'est pas le cas d'un simple témoin. Ce dernier, dans les divers stades de la procédure, a l'obligation de déposer. Au cours de la phase de jugement, le témoin qui refuse de témoigner encours une amende de 3500 euros[267]. Le président de la juridiction a également le pouvoir d'user de la force publique pour le faire comparaître. Lorsque le témoignage relève du secret professionnel, le témoin devra néanmoins se présenter mais pourra ou devra taire les informations relevant de ce secret professionnel[268]. Lors de l'enquête de police, de flagrance ou préliminaire, l'officier de police judiciaire peut appeler et entendre « *toutes personnes susceptibles de fournir des renseignements sur les faits ou sur les objets et documents saisis* »[269]. Il peut par ailleurs les contraindre à comparaître par la force publique avec l'autorisation préalable du procureur de la République si elles n'ont pas répondu à une convocation ou que l'on peut craindre qu'elles n'y répondent pas. Les témoins peuvent faire l'objet d'une rétention le temps strictement nécessaire à leur audition[270]. Au cours de l'instruction préparatoire, le juge peut faire citer devant lui toute personne dont la déposition lui paraît utile[271]. Comme pour la phase d'enquête, le témoin qui refuse de comparaître pourra y être contraint par la force publique[272]. Le témoin qui dépose lors de la phase d'instruction

---

[266] La preuve contraire peut en effet s'exprimer à travers le mensonge.
[267] Art. 326 *C. proc. pén*. pour la Cour d'assises et 438 pour le Tribunal correctionnel.
[268] Art. 226-13 et 226-14 *C. pén*. Il en est ainsi du secret professionnel de l'avocat concernant les confidences faites par son client ou tout autre renseignement reçu de tiers concernant une affaire impliquant son client, du secret médical liant les professionnels de santé, du secret les ministres du culte … Sur le secret professionnel, V. B. Py, *Le secret professionnel* ; Paris, L'Harmattan, Coll. « La justice au quotidien », 2005.
[269] Art. 62 et 78 *C. proc. pén*.
[270] La circulaire d'application du 4 décembre 2000 indique que cette disposition permet de retenir un simple témoin pour une audition continue (non susceptible d'interruption) pour une durée qui ne devrait pas excéder 4 heures, soit le délai admis pour une rétention aux fins de vérification d'identité.
[271] Art. 101 *C. proc. pén*.
[272] Art. 109 et 153 *C. proc. pén*.

doit également prêter le serment de dire « *toute la vérité, rien que la vérité* »[273]. Il en va de même au cours de la phase jugement[274]. Toute personne ainsi requise devra participer à l'établissement de la vérité en apportant les éléments dont elle a connaissance. Mais au-delà de cette obligation générale de participer à l'établissement de la vérité, il existe un dispositif spécifique imposant à un tiers qui aurait connaissance de la preuve contraire à l'accusation dans le cadre d'une procédure pénale, d'apporter spontanément son concours.

### B. La pénalisation du refus, pour un tiers, d'apporter la preuve contraire

En matière pénale, la force du témoignage est considérable puisqu'il s'agit essentiellement de rapporter la preuve de faits juridiques. La preuve contraire peut ainsi fréquemment résulter de l'intervention de tiers qui seront amenés à porter témoignage sur les circonstances de la commission d'une infraction, sur le comportement constaté d'individus, sur d'éventuels alibis qui rendent impossible la commission de l'infraction par la personne poursuivie ou bien alors par la désignation des coupables des faits reprochés. Une personne mise en cause peut avoir connaissance des témoins qui peuvent la décharger de la prévention et donc les citer nommément en vue de l'administration de cette preuve contraire. Mais il se peut également qu'elle n'ait pas connaissance de l'existence de ces témoins ou que ces derniers ne soient pas identifiés. Dans ce cas, la loi a prévu une obligation à la charge du témoin de faire connaître tous les éléments de preuve contraire susceptibles d'innocenter une personne mise en cause. Est ainsi sanctionné le fait « *pour quiconque connaissant la preuve de l'innocence d'une personne détenue provisoirement ou jugée pour crime ou délit, de s'abstenir volontairement d'en apporter aussitôt le témoignage aux autorités judiciaires ou administratives* »[275]. L'émission de la preuve contraire est un impératif tellement important que ce même texte édicte une exemption de peine pour celui qui témoigne tardivement mais

[273] Art. 103 et 153 *C. proc. pén.*

[274] Art. 437 et 446 *C. proc. pén*. devant le tribunal correctionnel, art. 536 devant le tribunal de police, art. 331 et 335 *C. proc. pén*. devant la cour d'assises, avec une double particularité. La première tient au contenu du serment qui diffère des autres procédures. Le témoin devant la cour d'assises prête le serment « *de parler sans haine et sans crainte, de dire toute la vérité, rien que la vérité* ». La seconde réside dans la dispense de serment de certains proches du mis en cause.

[275] Art. 434-11 *C. pén.* : il est à noter que la sanction encourue est lourde et peut aller jusqu'à 3 ans d'emprisonnement et 45000 euros d'amende. Le droit d'obtenir la preuve contraire émise par un témoin se heurte néanmoins à des principes fondamentaux tels que le droit de ne pas participer à sa propre incrimination ou l'existence du secret professionnel (art. 226-13 *C. pén*.). Ainsi, sont exclus de ces dispositions l'auteur ou le complice de l'infraction ainsi que leurs proches au sens du droit pénal (parents en ligne directe, conjoint, frères et sœurs et leurs conjoints).

spontanément en faveur d'un innocent. Ce délit d'omission de porter témoignage en faveur d'un innocent est complété par la pénalisation renforcée du refus de répondre aux questions d'un juge après avoir « *déclaré publiquement connaître les auteurs d'un crime ou d'un délit* »[276]. Si l'application de ce texte peut paraître restreinte, il témoigne de la préoccupation du législateur de tendre vers la manifestation de la vérité et par conséquent à la démonstration de l'innocence d'une personne injustement mise en cause. Le libellé de cette infraction fait peser une obligation de participer à l'apport de la preuve contraire lorsque le témoin a publiquement affirmé connaître le ou les auteurs réels de l'infraction concernée. Il s'agit en d'autres termes d'une obligation de collaboration en vue de présenter tous les éléments de preuve contraire en possession d'un tiers lorsque ce dernier s'est vanté de connaître les circonstances de la commission du fait délictuel ou criminel ayant conduit à la mise en cause d'un innocent.

Le droit au procès équitable représente aujourd'hui le standard européen de bonne justice[277]. Il se diffuse à un nombre de procédures toujours plus important. Le principe de l'égalité des armes, composante du droit au procès équitable bénéficie de cette expansion à travers le rayonnement de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme. Le droit pénal interne a intégré ces concepts issus de traditions juridiques différentes et il apparaît que c'est bien ce concept de droit au procès équitable et principalement sa composante d'égalité des armes qui fonde l'affirmation d'un véritable droit à la preuve contraire. Cette référence, contrairement aux principes nationaux plus étroits ou dont l'autorité n'est pas suffisante pour s'imposer à la fois au juge et au législateur, a la philosophie, l'éthique et la volonté d'effectivité que doit revêtir un doit à la preuve contraire. Le principe de l'égalité des armes, contrairement aux autres concepts liés à la protection juridictionnelle du justiciable, prend en compte à la fois la connaissance de la preuve, la recherche et l'administration de la preuve contraire. L'ensemble de ces garanties fait de l'égalité des armes le fondement idéal d'un véritable droit à la preuve contraire.

[276] Art. 434-12 *C. pén*. Infraction punie d'un an d'emprisonnement et 15000 euros d'amende.
[277] H. Ruiz Fabri, « Egalité des armes et procès équitable dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme », in : *Egalité et équité, antagonisme ou complémentarité* ; Paris, Economica, 1999, p. 47 s.

## Conclusion de la Première Partie

L'affirmation d'un droit à la preuve contraire nécessaitait que l'on en recherche les fondements. Cette analyse qui a conduit à confronter le droit à la preuve contraire aux instruments généraux de protection de la personne mise en cause a permis à la fois de vérifier la compatibilité d'un tel concept avec les principes fondamentaux de la procédure pénale et trouver, dans la référence au droit au procès équitable, le fondement de la dynamique induite par le recours à la notion de droit à la preuve contraire.

Cette étude a permis de souligner l'importance des « canons » internationaux de procédure et leur influence sur le droit national afin d'envisager une conception positive et active de la défense pénale de nature à réaliser l'équilibre nécessaire entre les valeurs mises en causes par le processus pénal. Le concept de droit au procès équitable permet en effet de relier l'égalité des armes, entendue non pas comme une égalité arithmétique des droits, mais comme le moyen de rompre l'inégalité intrinsèque entre l'accusation et la défense et le principe du contradictoire selon lequel la personne poursuivie doit avoir connaissance et pouvoir discuter de tous les éléments de preuve qui sont apportés par l'accusation. Cette orientation du « procès pénal » constitue une petite révolution pour notre système procédural qui ne laissait que peu de place à la personne mise en cause.

Après avoir déterminé les fondements du droit à la preuve contraire nous allons détailler l'exercice de ce droit qui témoignera de sa réalité pratique et de son étendue.

# SECONDE PARTIE

# L'EXERCICE DU DROIT À LA PREUVE CONTRAIRE

L’utilisation du terme « droit à la preuve contraire » est particulièrement fort de sens. Fondé sur le principe du droit au procès équitable et de l’égalité des armes, il constitue la clé de voute de notre procédure pénale tendant à protéger à la fois les intérêts de la société et ceux du justiciable.

Ce concept nouveau est venu consacrer la volonté de prévenir autant que faire se peut les erreurs judiciaires, c'est-à-dire l’injuste condamnation d’un innocent. Pour atteindre cet objectif, la liberté de la preuve contraire (Titre 1) va permettre au justiciable de ne pas attendre passivement que sont sort soit scellé, mais au contraire lui fournir toute possibilité de rechercher et de présenter les éléments de preuve qui sont favorables à la démonstration de son innocence. Néanmoins, l’exercice de ce droit ne peut être absolu afin de préserver une efficacité de la répression et ne pas conduire à la paralysie du système répressif. Le maintien d’un équilibre entre les droits de la société qui accuse et ceux du justiciable qui se défend nous conduira à étudier dans un second temps la légalité de la preuve contraire (Titre 2).

# TITRE 1 : LA LIBERTÉ DE LA PREUVE CONTRAIRE

A la différence de la procédure civile, plus formaliste, qui exclut du champ du débat certains modes de preuve[1], la procédure pénale admet le principe dit de la liberté de la preuve, conséquence de l'application du principe fondamental de l'intime conviction du juge. Cette différenciation s'explique par l'objet même de ces procédures. Alors que la matière civile s'attache le plus souvent à établir l'existence d'actes juridiques, dont la preuve peut être préconstituée, la matière pénale s'attache quasi exclusivement à établir des faits juridiques dont la preuve ne peut être préconstituée[2]. La finalité du droit pénal qui tend à la manifestation de la vérité confirme également l'impérieuse nécessité de la liberté de la preuve afin que cette recherche ne soit pas contrainte inutilement par un formalisme étroit.

L'application de cette théorie se justifie de façon encore plus prégnante lorsqu'elle touche la personne mise en cause. L'exercice du droit à la preuve contraire s'inscrit alors dans cette démarche qui doit laisser toute latitude à la personne poursuivie de rapporter les éléments de preuve contraires à l'accusation et favorables à la démonstration de son innocence. L'application ultime du principe fondamental de la présomption d'innocence doit permettre à la fois à l'accusé (Chapitre 1) et au juge (Chapitre 2) de recourrir à la liberté de la preuve contraire.

[1] Les art. 1341 s. *C. civ.* déterminent les modes de preuve, leur admissibilité et leur valeur probante.
[2] J. Patarin, « Le particularisme de la théorie des preuves en droit pénal », in : *Quelques aspects de l'autonomie du droit pénal* ; Paris, Dalloz, 1956, p. 44 s ; V. également F. Debove et F. Falletti, *Précis de droit pénal et de procédure pénale* ; Paris, PUF, coll. « Major », 2e éd., 2006, p. 506; R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel, Procédure pénale*, préc., p. 950.

# Chapitre 1 : La liberté de la preuve contraire et l'accusé

La finalité du droit à la preuve contraire découle naturellement de l'objet même de la procédure pénale. La recherche des auteurs d'infractions est à la charge des autorités de police et de poursuite mais la gravité des sanctions encourues impose de tout mettre en œuvre afin d'éviter l'erreur judiciaire. Au-delà des mécanismes protecteurs apportant des garanties de fiabilité, d'objectivité, de respect des droits de l'individu dans la recherche de la preuve de la culpabilité, les enjeux du procès pénal imposent de conférer une sorte de licence générale permettant à la personne mise en cause de rapporter la preuve de son innocence. Cette contestation de la présomption ou de l'intuition de culpabilité recouvre plusieurs composantes. Elle doit bien sûr donner toute liberté à l'accusé d'émettre des éléments de preuve contraire (Section 1), mais elle doit aussi lui permettre de recourir à un droit de critique généralisé tant sur les actes de procédure qui viennent au soutien de l'accusation que sur les décisions mêmes de culpabilité, qu'elles soient provisoires ou définitives, pour lui permettre de faire valoir les preuves pertinentes de son innocence (Section 2).

## Section 1 : La liberté de l'accusé dans l'émission de la preuve contraire

L'un des principes fondamentaux régissant la preuve pénale tient à la liberté de la preuve[3]. Mais comme l'ensemble de notre procédure pénale, ce principe est généralement

[3] V. sur ce principe : J. Pradel, *Procédure pénale*, préc. , n° 406 s. ; B. Bouloc, *Procédure pénale*, préc. , n° 131, p. 110 ; S. Guinchard et J. Buisson, *Procédure pénale*, préc. , n° 522 s. , p. 445 s. ; F. Fourment, Procédure pénale, préc., n° 73 s. ;G. Stéfani, « Preuve » ; *Rep. Dr. Pén.,* n° 22 s. ; G. Levasseur, « Le régime de la preuve en droit répressif français », in : *La présentation de la preuve et la sauvegarde des libertés individuelles* ; Bruxelles, éd. Bruylant, 1977, p. 9 s., spéc. p.29 s. ; M. Delmas-Marty, « La preuve pénale », *Droits*, 1996, n° 23, p. 55 s. ; G. Danjaume, « Le principe de la liberté de la preuve en procédure pénale *» ; D.* 1996, chr. 153 ; F.-J. Pansier, « Proof and evidence : la preuve pénale en droits français et anglais » *; Gaz. pal*. 7-8 juill. 1993, p. 2.

étudié par le prisme de l'accusation. Le principe général de la liberté de la preuve est alors entendu comme le principe général de la liberté de la preuve des infractions[4]. Notre étude s'attachant à démontrer l'intérêt de l'inversion du mécanisme et de l'impérieuse nécessité de replacer la personne mise en cause au centre de l'organisation de sa défense, c'est-à-dire de la recherche et de l'émission de la preuve contraire à l'accusation, il nous appartient d'analyser le principe de la liberté de la preuve appliqué à la partie poursuivie et par conséquent à la liberté de la preuve contraire[5].

Appliquer le principe de la liberté de la preuve au défenseur pénal va en effet à l'encontre du schéma habituel de notre procédure induit par l'existence de la présomption d'innocence. Mais comme le droit à la preuve contraire peut s'analyser comme l'application ultime de la présomption d'innocence[6], il ne peut être réellement efficace que si le défenseur a toute latitude pour rapporter cette preuve contraire à l'accusation. L'application de la liberté de la preuve au défenseur est justifiée par l'essence même de ce principe. Il prend en effet sa source à la fois dans la caractéristique de la procédure pénale et dans le principe de l'intime conviction du juge. Or, ces deux éléments peuvent trouver la même application dans la preuve de la culpabilité rapportée par l'accusation ou dans la preuve de l'innocence rapportée par le défenseur pénal.

Cette liberté pour la personne mise en cause de rapporter des éléments de preuve contraire à l'accusation va pouvoir s'exercer de deux manières. La première laisse l'opportunité à l'accusé de présenter directement ses moyens de preuve contraire (§1) et la seconde autorise le défenseur pénal à solliciter l'accomplissement de diligences probatoires auprès des autorités judiciaires (§2).

[4] Ce principe est d'ailleurs énoncé à l'art. 427 *C. proc. pén*. à propos de la procédure correctionnelle : « *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.* »

[5] L'art. 427 *C. proc. pén*. fondant le principe de la liberté de la preuve des infractions n'établit pas de distinction quant au bénéficiaire de cette liberté de la preuve : V. E. Molina, « Réflexion critique sur l'évolution paradoxale de la liberté de la preuve des infractions en droit français contemporain » *; Rev. sc. crim.*, avr.-juin 2002, p. 263.

[6] Voir supra, p. 52 s.

## §1. L'action directe de l'accusé dans l'émission de la preuve contraire

Le droit à la preuve contraire, par opposition au concept de droits de la défense[7], implique une participation active de la personne mise en cause dans l'organisation de sa défense. La liberté dans l'exercice de la preuve contraire doit permettre alors de conférer à la personne mise en cause le droit de s'exprimer (A) et la liberté dans la production des moyens de preuve contraire (B).

### A. Le droit de s'exprimer

Les débats qui entourent la procédure pénale ont souvent mis en avant le droit au silence. Il convient néanmoins de préciser que si la loi consacre en effet la possibilité pour la personne mise en cause de se taire, elle a également le droit de ne pas se taire. C'est même vivement conseillé si l'on veut être actif dans sa défense et faire valoir des éléments de preuve contraire pour ne pas subir la procédure. La non contestation des charges présentées par l'accusation peut rapidement, dans l'esprit commun, se transformer en une implicite acceptation. La place de la parole de la personne mise en cause dans l'instance pénale est dès lors centrale et dépasse grandement le simple cadre de l'aveu. Le droit à la preuve contraire prenant sa source dans le principe de l'égalité des armes, la procédure suivie au cours du procès doit laisser à chacun le droit de faire entendre sa cause, c'est-à-dire le droit de s'exprimer librement et influer ainsi sur l'intime conviction du juge.

Afin de placer le droit de s'exprimer comme une composante du droit à la preuve contraire, ce droit devra bien évidemment faire également l'objet de garanties pour que les paroles prononcées soient authentiques et puissent ainsi être efficaces. Nous étudierons dans un premier temps la liberté de parole de la personne mise en cause au service de la preuve contraire (1) avant d'analyser dans un second temps le droit de contradiction comme garantie de l'efficacité du droit de s'exprimer (2).

[7] Voir supra, p. 66 s.

1. La liberté de parole de l'accusé au service de la preuve contraire ou le droit d'être entendu

La liberté de parole de la personne mise en cause doit lui permettre de faire valoir ses arguments, de formuler des explications par rapport aux circonstances qui l'ont conduites devant la justice, et plus simplement de contester librement les éléments de l'accusation. En cela, il ne faut pas céder à des raccourcis simplistes qui pourraient nous faire analyser le droit à la parole de la personne mise en cause comme un droit de se défendre et partant de là un simple droit de la défense et donc une prérogative de l'avocat représentant la personne mise en cause[8]. Au contraire, le droit de s'exprimer doit bien être compris comme le droit pour la personne mise en cause de faire valoir directement ses arguments ou son récit des faits qui lui sont reprochés, des circonstances et en règle générale de tout élément qui pourrait être en faveur de son innocence. On ne peut concevoir une défense cohérente et efficace sans que la personne mise en cause ne s'exprime. Sa situation conduit nécessairement à ce qu'elle s'explique et qu'elle apporte elle-même des éléments de preuve contraire dans une procédure qui peut apparaître comme un véritable rouleau compresseur : elle est considérée comme suspecte par la police, le juge d'instruction la met en examen sur la foi « *d'indices graves ou concordants rendant vraisemblables qu'[elle ait] pu participer comme auteur ou comme complice à la commission des infractions dont il est saisi* »[9]. Le juge d'instruction peut encore décider de sa mise en accusation devant la cour d'assises ou de son renvoi devant le tribunal correctionnel, le tribunal de police ou la juridiction de proximité s'il « *estime que les faits retenus à la charge des personnes mises en examen constituent une infraction »* qualifiée de crime[10], de délit[11] ou de contravention[12], et pour en terminer, un arrêt de renvoi de la chambre de l'instruction conduira l'accusé devant la cour d'assises, le tribunal correctionnel ou le tribunal de police[13]. Dans les procédures plus simples, si le poids de l'accusation n'apparaît pas aussi clairement dans les textes, il est tout aussi présent dans l'acte de saisine de la juridiction de jugement. Il semble donc essentiel que la personne mise en cause puisse se

[8] G. Soulier, « L'égalité de parole, principe de démocratie et du procès pénal », in : *Procès pénal et droits de l'homme, vers une conscience européenne* - travaux du colloque des 26 et 27 mars 1991 ; Paris, PUF, 1992, p. 251.
[9] Art. 80-1 *C. proc. pén*.
[10] Art. 181 al. 1 *C. proc. pén.*
[11] Art. 179 *C. proc. pén*.
[12] Art. 178 *C. proc. pén.*
[13] V. sur l'accumulation des présomptions à charge : J. Descamps, Thèse préc. , p. 220.

défendre sur les faits qui lui sont reprochés en s'exprimant et en livrant tous les éléments qui vont à l'encontre de l'accusation.

La parole de la personne mise en cause s'exprime généralement au travers de ce que l'on appelle l'interrogatoire. Cet acte peut être analysé comme un moyen de défense et donc de preuve contraire en ce qu'il doit permettre de progresser sur la voie de la vérité et donc de l'innocence de la personne qui n'a pas commis d'infraction. La finalité de l'interrogatoire au fond est en effet d'aboutir « *soit à des explications satisfaisantes qui, contrôlées, démontrent l'innocence (justification) ; soit à des aveux sur le crime ou sur les événements qui lui sont liés (confession) ; soit à un système de défense mensonger d'où pourra s'induire la culpabilité (enferrement)* »[14]. Comme le disait Jérémy Bentham, « *chaque détail de l'interrogatoire est un anneau de la chaîne des preuves qui établit son innocence* »[15]. L'importance de l'interrogatoire au fond dans la recherche de la vérité et donc potentiellement dans la preuve de l'innocence de la personne poursuivie, a conduit la Cour de cassation à en faire un élément de validité de la procédure[16].

Un certain nombre de dispositions permettent de garantir à la personne mise en cause qu'elle aura la possibilité de s'expliquer avant toute prise de décision et au-delà, qu'elle pourra le faire lorsqu'elle le jugera opportun.

Ainsi, devant le juge d'instruction, la mise en examen ne pourra intervenir qu'après avoir entendu les observations de la personne et de son avocat ou de les avoir mis en mesure de faire ces observations[17]. Il est d'ailleurs spécifié que lors de l'interrogatoire de première comparution, la personne mise en examen a la possibilité de faire des déclarations et d'être interrogée[18]. Afin d'apprécier les évolutions opérées par la loi du 15 juin 2000 dans ce domaine, il convient de rappeler qu'auparavant, la mise en examen pouvait résulter de l'envoi d'une lettre recommandée ou d'une notification par un officier de police judiciaire ce qui avait pour conséquence de repousser la rencontre entre la personne poursuivie et le juge qu'après que ce dernier ait pris sa décision. Dans le nouveau schéma, la rencontre avec le juge doit permettre à la personne mise en cause non seulement d'obtenir une information sur ses droits, mais également d'apporter tout élément qui puisse influer sur le choix du juge de

[14] P. Mimin, *L'interrogatoire par le juge d'instruction* ; Paris, L. Tenin, 1926, p. 45, cité par J. Pradel, *L'instruction préparatoire,* préc. , n° 404, p. 429.
[15] Expression de J. Bentham cité par F. Hélie, *Traité de l'instruction criminelle,* t. 4, livre IV, chap. XIII, préc., p. 565, n° 1919.
[16] Cass. crim. 16 déc. 1849 ; *Bull. crim*. n° 303 ; Cass. crim. 22 déc. 1910; *S.* 1913, 1, 169 ; Cass. Crim. 12 oct. 1970 ; *Bull. crim*. n° 286.
[17] Art. 80-1 *C. proc. pén*.
[18] Art. 116 *C. proc. pén.*

procéder à une mise en examen ou de lui faire bénéficier du statut de témoin assisté[19]. La mise en examen est ainsi devenue une décision pour laquelle la personne mise en cause a le droit d'être entendue[20].

Dans la suite de la procédure d'instruction, le juge peut bien évidemment prendre l'initiative de l'interrogatoire de la personne mise en examen, mais la demande d'interrogatoire ou d'audition peut également émaner de la défense. Cette demande doit prendre la forme d'une déclaration écrite et motivée qui doit être enregistrée au greffe du juge d'instruction ou être adressée à ce dernier par lettre recommandée avec accusé de réception si l'avocat ou la personne mise en examen ne réside pas dans le ressort du tribunal[21]. Le juge doit alors convoquer la personne et procéder à son interrogatoire ou recueillir les éléments qu'elle souhaitait lui communiquer. Dans le cas contraire, le juge doit rendre une ordonnance motivée de refus d'audition qui peut faire l'objet d'un appel dans le délai d'un mois à compter du dépôt de la demande. Néanmoins, s'agissant d'un véritable droit à être entendu, le juge d'instruction sera tenu de procéder à l'interrogatoire ou à l'audition de la personne mise en examen dans les trente jours de la demande si le dernier interrogatoire date de plus de quatre mois. Cette disposition permet d'assurer à la personne mise en examen qu'elle aura la possibilité, à intervalle régulier, de faire entendre ses arguments auprès du juge d'instruction. A l'issue de la procédure d'instruction, la défense peut solliciter à nouveau l'interrogatoire de la personne mise en examen dans le délai d'un mois à compter de l'avis prévu à l'article 175 du Code de procédure pénale si elle est détenue et de trois mois si elle ne l'est pas.

Devant la chambre de l'instruction le droit de s'exprimer personnellement n'existe réellement que lorsqu'elle statue en matière de détention provisoire. Hormis ce cas, les personnes concernées par l'affaire sont absentes de l'audience et leur argumentation se fait alors exclusivement par l'intermédiaire de leur avocat.

Le statut de témoin assisté au stade de l'instruction préparatoire est moins favorable à la liberté d'expression de la personne mise en cause. En effet, il ne dispose pas du droit à être auditionné personnellement par le juge d'instruction. Néanmoins, il peut, à tout moment de la

---

[19] V. J. Pradel, « Les personnes suspectes ou poursuivies après la loi du 15 juin 2000. Evolution ou révolution ? », *D.* 2001, p.1117 ; C. Samet, « La présomption d'innocence » ; *Rev. pén. et de dr. pén*., 2001, p. 17 s.

[20] Certains auteurs ont parlé de décision devenue « *dialogale* » entre le juge et la défense : B. Bouloc, « De quelques transformations de l'instruction préparatoire » ; *Rev. pénit. et de dr. pén*., 2000, p. 44.

[21] Art. 82-1 et 81 al.10 *C. proc. pén.*

procédure, demander au juge d'instruction d'être mis en examen et ainsi de pouvoir bénéficier de l'ensemble des droits afférents à cette qualité[22].

Le Code de procédure pénale prévoit également l'interrogatoire de l'accusé ou du prévenu devant toutes les juridictions répressives[23]. La valeur du droit de s'exprimer comme moyen de défense et la possibilité ultime de faire valoir des éléments de preuve contraires à l'accusation se retrouvent également dans le fait que le prévenu ou l'accusé ainsi que leur avocat auront toujours la parole les derniers[24]. Cette disposition, prévue initialement pour la clôture des débats et l'ordonnancement du réquisitoire et des plaidoiries, a été étendue par la jurisprudence qui en fait « *une règle générale qui domine tous les débats et ne s'applique pas seulement une fois l'instruction terminée, mais également lors de tout incident contentieux, intéressant la défense, qui est réglé par un arrêt* »[25]. L'ignorance de cette règle constituerait une atteinte aux droits de la défense[26].

Il est à noter que cette liberté d'expression octroyée à la personne mise en cause lui permet de s'exprimer dans sa langue habituelle, avec l'aide d'un interprète lorsque elle ne connaît pas ou maîtrise mal la langue française, ou bien encore qu'elle est atteinte d'une infirmité ne lui permettant pas de faire connaître normalement ses réponses ou ses arguments[27].

La liberté pour l'accusé ou le prévenu de s'exprimer induit également la possibilité de faire valoir ses arguments sans craindre par exemple une action en diffamation, outrage ou injure. La loi a ainsi prévu qu'aucune action en diffamation, outrage ou injure ne pourra être intentée à raison de propos tenus devant les tribunaux[28]. Il en va de même du délit de discrédit jeté sur une décision de justice qui ne peut s'appliquer aux « *actes, paroles, écrits ou images*

---

[22] Art. *113-6 C. proc. pén*.
[23] Art. 328 *C. proc. pén*. devant la cour d'assises, art. 442 *C. proc. pén.* devant les tribunaux correctionnels, art. 536 *C. proc. pén.* devant les tribunaux de police et les juridictions de proximité. Cette disposition serait reprise de façon générale dans le projet de réforme de la procédure pénale (art. 112-7 de l'avant-projet).
[24] Art. 346 *C. proc. pén.* devant la cour d'assises, art. 460 *C. proc. pén.* devant les tribunaux correctionnels, art. 536 *C. proc. pén.* devant les tribunaux de police et les juridictions de proximité et l'art. 513 *C. proc. pén*. devant la chambre des appels correctionnels.
[25] Cass. crim. 21 mars 1913; *Bull. crim*. n° 153 ; Cass. crim. 17 fév. 1983; *Bull. crim*. n° 62 ; Cass. crim. 12 oct. 1983; *Bull. crim*. n° 243. Ce dernier arrêt pose également l'exigence pour chaque arrêt incident, à peine de nullité, de constater que l'accusé ou son défenseur a eu la parole le dernier.
[26] Cass. crim. 11 déc. 1990, *Bull. crim*. n° 425.
[27] Cette faculté est octroyée à tous les stades de la procédure, de la garde à vue (art. 63-1 al. 4 *C. proc. pén*.) à l'audience de jugement (art. 272 al. 4, 344 et 345 *C. proc. pén*. devant la cour d'assises, art. 407 et 408 *C. proc. pén*. devant le tribunal correctionnel, art. 536 *C. proc. pén*. devant le tribunal de police et la juridiction de proximité) en passant par la procédure d'instruction (art. 121 al. 2 *C. proc. pén*.).
[28] Art 41al. 3, 4 et 5 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse.

*de toute nature tendant à la réformation, la cassation ou la révision d'une décision* »[29]. La jurisprudence a par ailleurs confirmé que ces dispositions avaient pour finalité de garantir la libre expression et par voie de conséquence le libre exercice du droit de se défendre[30]. En d'autre termes, il s'agit ni plus ni moins que de garantir le libre exercice du droit à la preuve contraire[31].

Si une personne mise en cause peut utiliser comme moyen de preuve contraire des éléments qui pourraient faire l'objet d'une action en diffamation, outrage ou injure, il faut préciser que les déclarations qu'elle peut faire peuvent aller bien au-delà. En effet, une personne mise en cause, qu'elle soit mise en examen, témoin assisté, prévenue ou accusée est dispensée du serment c'est-à-dire qu'elle a tout loisir d'utiliser le mensonge comme moyen de défense et donc comme moyen de preuve contraire, contrairement aux législations anglo-saxonnes qui incriminent le parjure[32]. Le mensonge ainsi utilisé peut consister tout simplement à nier les faits reprochés de manière plus ou moins élaborée (simple négation de propos tenus, d'actes ou invention d'un alibi…). Il faut clairement dire que cette stratégie de défense, si elle va à l'encontre de tout principe moral, peut être efficace, en particulier dans le cas d'infractions qui reposent essentiellement sur le témoignage de la victime. Le procès qui en découlera laissera en effet la place essentiellement à l'affrontement de deux paroles. Le mensonge de la personne poursuivie ayant pour finalité d'introduire un doute profitable dans l'esprit du juge. Ce moyen de preuve contraire est d'utilisation fréquente et, s'il peut être efficace, il se retournera inévitablement contre son auteur s'il vient à être démasqué. Néanmoins, contrairement à d'autres législations, la seule conséquence du mensonge de la personne mise en cause dans notre procédure pénale tient au risque accru de condamnation pour les faits principaux reprochés. Le mensonge découvert ne constituera pas une incrimination autonome qui s'ajoutera à l'infraction initiale.

La liberté d'expression de la personne mise en cause dans l'exercice du droit à la preuve contraire ne s'arrête pas à la prise de parole. La défense peut en effet faire valoir son argumentation par voie de conclusions écrites déposées devant le tribunal qui est alors

[29] Art. 434-25 al. 2 *C. pén*.
[30] Cass. crim. 8 juin 1999 ; *Bull. crim*. n° 127.
[31] Il convient néanmoins de préciser que les propos utilisés doivent avoir un lien avec l'affaire en cause si l'on veut pouvoir bénéficier de cette immunité. En effet, l'utilisation du terme « fasciste » à l'endroit du président de la juridiction n'apparaît pas comme un moyen de défense ayant un rapport avec le fond de l'affaire et constitue alors un outrage. De même, les propos étrangers à l'instance peuvent faire l'objet d'une action en diffamation : art. 41 al. 5 de la loi du 29 juillet 1881. Pour une application, v. Cass. crim. 15 juin 2000 ; *Bull. crim*. n° 231.
[32] F. Saint-Pierre, « L'avocat et le mensonge » ; *AJ Pénal*, mars 2008, p. 116 s.

contraint d'y répondre dans le jugement ou dans l'arrêt. Ces conclusions qui doivent être datées et signées par leur auteur[33] peuvent porter sur une exception de procédure ou sur le fond de la prévention. Lorsqu'elles traitent d'une exception de procédure, elles doivent tout naturellement être déposées avant tout débat au fond, c'est-à-dire dès l'ouverture de l'audience. Quand elles traitent du fond de la prévention, elles doivent être déposées avant la clôture de l'instruction définitive, c'est-à-dire avant les plaidoiries et le réquisitoire du ministère public.

Au-delà de la faculté pour la personne mise en cause de s'exprimer librement et des divers mécanismes lui permettant de bénéficier des facilités et du temps nécessaires afin de présenter ses arguments, le défenseur pénal doit se voir reconnaître un véritable droit à la contradiction, c'est-à-dire un droit de présenter ses observations face aux actes d'enquête et d'instruction ou face aux éléments présentés au stade du jugement.

### 2. Le droit de contradiction comme garantie de l'efficacité du droit de s'exprimer

Le droit de contradiction, c'est-à-dire le droit de prendre connaissance et de discuter les éléments de preuve apportés contre une personne mise en cause[34] constitue un pilier fondamental de notre procédure et la garantie de l'efficacité du droit de s'exprimer en ce qu'il constitue une garantie de transparence de la procédure[35]. Nous étudierons successivement l'exercice de ce droit de contradiction comme garantie du droit de s'exprimer au cours de l'instruction préparatoire (a) puis au stade du jugement (b).

#### a. Le droit de contradiction au cours de l'instruction préparatoire

Le fait même d'utiliser le terme de contradiction au stade de l'instruction préparatoire peut paraître surprenant. En effet, le concept de contradiction, de tradition civiliste, implique la libre discussion entre les parties au procès afin que chacune d'elles puisse à la fois faire

[33] Art. 459 *C. proc. pén*.
[34] V. infra p. 83 s..
[35] F. Defferrard, *Le suspect dans le procès pénal* ; Paris, LGDJ, 2005, p. 150 s.

valoir ses arguments et combattre ceux de la partie adverse. En cela, il peut sembler être à l'opposé de la procédure d'instruction préparatoire de tradition inquisitoire, secrète et non contradictoire. Cette conception ancienne de l'instruction a considérablement évolué avec le mouvement d'accusatoire qui a inspiré ses réformes successives.

Le droit de contradiction au cours de l'instruction préparatoire va reposer pour une grande part sur la faculté, pour la défense, de présenter des observations au cours des interrogatoires, des confrontations et des différentes mesures mises en œuvres par le juge d'instruction. Le droit de contradiction comme garantie de l'efficacité du droit de s'exprimer va donc s'appuyer essentiellement sur l'accès au dossier afin de déterminer les éléments contre lesquels il faudra lutter, et sur la possibilité pour la personne mise en examen d'interroger ou d'être confronté aux témoins à charge.

S'agissant de l'accès au dossier, il est primordial dans l'exercice du droit à la preuve contraire et plus précisément dans l'exercice du droit de contradiction au stade de l'instruction préparatoire. En effet, il est impossible de concevoir un droit à la preuve contraire sans que l'on puisse avoir une information sur les éléments contre lesquels on doit lutter. Le législateur a prévu que la personne mise en examen puisse prendre connaissance des éléments du dossier soit par l'intermédiaire de son avocat, soit directement pour certains actes d'instruction.

La loi confère à l'avocat de la personne mise en examen ou du témoin assisté un droit d'accès direct au dossier d'instruction en lui mettant à disposition la procédure quatre jours ouvrables au plus tard avant le premier interrogatoire de la personne mise en examen ou la première audition du témoin assisté. Par la suite, l'ensemble du dossier d'instruction est laissé à tout moment à la disposition de l'avocat qui peut se faire délivrer à ses frais[36], copie de tout ou partie des pièces du dossier[37]. Cette connaissance du dossier est primordiale dans l'organisation de la défense pénale et l'exercice du droit à la preuve contraire. Ainsi, l'absence d'une pièce déterminante pour la mise en examen dans le dossier consulté par l'avocat avant l'interrogatoire de première comparution peut constituer une cause de nullité de

[36] La délivrance de la première reproduction de chaque acte est gratuite mais les copies supplémentaires sont payantes au prix de 0,46 euro par page ou 5 euro par support numérique : art. R-165 *C. proc. pén*.

[37] Art. 113-3, 114 et 114-1 *C. proc. pén*. : le libre accès de l'avocat au dossier d'instruction se fait néanmoins sous réserve des exigences du bon fonctionnement du cabinet d'instruction. Le Conseil constitutionnel n'a validé cette réserve introduite par la loi du 24 août 1993 que dans la mesure où un refus de communication ne peut être justifié que par des « délais ou des conditions objectives » : Cons. Constit. 11 août 1993, déc. n° 93-326 DC. Cela peut par exemple être le cas lorsque le juge d'instruction est en train de procéder à une audition dans le cadre de la procédure en question.

la procédure[38] dans la mesure où le caractère incomplet du dossier a été relevé au cours de l'interrogatoire litigieux[39]. La personne mise en examen et le témoin assisté peuvent dès lors avoir connaissance des éléments du dossier de manière indirecte par l'intermédiaire de leur avocat. Ce dernier peut leur transmettre une copie de la procédure ou de certaines des pièces du dossier sous réserve que l'avocat en avertisse le juge d'instruction et qu'il ne s'y oppose pas[40]. Par ailleurs, le client de l'avocat doit attester par écrit que seules les copies des rapports d'expertise peuvent par la suite être transmises à des tiers pour les besoins de la défense et que toute diffusion à un tiers de la reproduction des autres pièces ou actes de la procédure est constitutif d'une infraction pénale[41].

La personne mise en examen et le témoin assisté peuvent de plus prendre connaissance directement des nouvelles pièces qui seraient versées au dossier dans le délai de quatre jours précédant un interrogatoire si le juge souhaite les interroger sur leur contenu. Ils se voient également notifier directement les conclusions d'expertise[42] et ils ont connaissance bien évidemment des éléments tenant aux interrogatoires, aux confrontations auxquelles ils participent ainsi qu'aux perquisitions opérées à leur domicile[43].

L'accès de l'avocat au dossier est également prévu devant la chambre de l'instruction dans un délai de cinq jours précédant l'audience, délai ramené à quarante-huit heures en matière de détention provisoire[44].

Le droit de contradiction au stade de l'instruction préparatoire va également permettre à la personne mise en cause d'interroger ou d'être confrontée au(x) témoin(s) à charge[45]. Le droit à l'interrogatoire des témoins est expressément prévu à l'article 6§3 d. de la Convention européenne des droits de l'Homme qui dispose que « *Tout accusé a droit notamment à interroger ou faire interroger les témoins à charge ».* Cette disposition, émanation du droit au procès équitable, semble aller plus loin que les dispositions de droit interne qui permettent à la

[38] Cass. crim. 29 janv. 2003; *Bull. crim*. n° 22.
[39] Cass. crim. 30 oct. 2001; *Bull. crim*. n° 223.
[40] Les causes de refus de communication sont limitativement énumérées à l'art. 114 a.8 *C. proc. pén.* et touchent à des risques de pression sur les victimes, les mis en examen, leurs avocats, les témoins, les enquêteurs, les experts ou toute autre personne concourant à la procédure.
[41] Art. 114 al. 5 *C. proc. pén*.
[42] Art. 167 *C. proc. pén*.
[43] Cette connaissance vient bien sûr du fait qu'ils assistent à ces différents actes de procédure : V. J. Pradel, *Procédure pénale,* préc., n° 715 s. , p. 669 s.
[44] Art. 197, 208 et 209 *C. proc. pén*.
[45] Le témoin à charge est défini comme la personne citée par le ministère public ou la partie civile pour convaincre le juge de la réalité de l'infraction et de la culpabilité de la personne poursuivie ; G. Cornu, *Vocabulaire juridique*; Paris, PUF, 8ème éd., 2000, V. Témoin.

personne mise en examen de « *saisir le juge d'instruction d'une demande écrite et motivée tendant à ce qu'il soit procédé* […] *à l'audition d'un témoin* [ou] *à une confrontation* […]. *Le juge d'instruction doit, s'il n'entend pas y faire droit, rendre une ordonnance motivée* […] »[46]. Néanmoins, l'interprétation de la Cour européenne des droits de l'Homme ne conduit pas à faire de cette disposition conventionnelle un droit absolu. La juridiction européenne a ainsi pu préciser que l'article 6§3 d. de la Convention tendait à accorder *« une occasion adéquate et suffisante de contester un témoignage à charge et d'en interroger l'auteur »*[47]. Cette interprétation se rapproche de l'application interne du droit de contradiction face aux témoins à charge et permet au juge de ne pas faire droit à la demande d'audition ou de confrontation dans la mesure où cela n'aurait aucun intérêt dans le cadre de l'instruction de l'affaire. Le juge devra néanmoins justifier minutieusement les causes rendant impossible ou superflue l'audition demandée[48]. La force du droit à la contradiction face au témoin à charge conduit néanmoins à ce que le juge ordonne de droit cette audition ou cette confrontation sauf s'il la juge inopportune. Ce mouvement s'est accentué avec la loi du 5 mars 2007 qui confère à la personne mise en examen et au témoin assisté un véritable droit à être confronté individuellement à chaque témoin à charge. Ce nouveau texte précise en effet que « *le refus d'une demande de confrontation individuelle ne peut être motivé par la seule raison qu'une confrontation collective est organisée* »[49].

Ce droit à l'audition des témoins à charge ou à la confrontation avec ces derniers peut néanmoins se heurter à la possibilité exceptionnelle pour une personne d'être entendue sous le statut de l'anonymat[50]. Ce témoignage anonyme limite la faculté de contradiction et au-delà la possibilité d'apporter des éléments de preuve contraire au témoignage puisque la personne mise en cause se voit privée de la possibilité de mettre en doute sa fiabilité. Cette atteinte grave à un élément du droit à la preuve contraire doit par conséquent faire l'objet de garanties. Trois éléments permettent de limiter cette atteinte. Le premier tient à ce que la personne mise en cause peut contester l'audition sous anonymat « *si, au regard des circonstances dans lesquelles l'infraction a été commise, ou de la personnalité du témoin, la connaissance de*

---

[46] Art. 82-1 *C. proc. pén.*
[47] CEDH, 24 nov. 1986, Unterpertinger c/ Autriche ; Série A, n° 110.
[48] J. Pradel, *Procédure pénale*, préc. , n° 722, p. 674.
[49] Art. 120-1 *C. proc. pén*.
[50] Art. 706-58 à 706-62, R. 53-25 et R. 53-27 s. *C. proc. pén*. Cette procédure est ouverte aux personnes à l'encontre desquelles il n'existe aucune raison de soupçonner qu'elle ont commis ou tenté de commettre un infraction et dont l'audition pourrait « *mettre gravement en danger la vie ou l'intégrité physique de cette personne, des membres de sa famille ou de ses proches* ». Dans ce cas, le procès-verbal est versé au dossier, mais sans qu'il mentionne l'identité ou l'adresse du témoin. Ces éléments sont inscrits dans un autre procès-verbal versé dans un autre dossier auquel la défense n'a par conséquent pas accès.

*l'identité de la personne est indispensable à l'exercice des droits de la défense* »[51]. Le deuxième élément tient à ce que la personne mise en cause peut tout de même demander à être confrontée avec le témoin anonyme par l'intermédiaire d'un dispositif technique permettant son audition à distance[52]. La confrontation se déroule alors comme tout autre acte de ce type. Néanmoins, la personne mise en cause ne pourra toujours pas mettre en doute efficacement la fiabilité de ce témoignage sans en connaître l'auteur. C'est pourquoi la troisième limite tient à ce qu'aucune condamnation ne puisse reposer exclusivement sur les déclarations d'un témoin anonyme[53]. La législation semble ainsi opérer un équilibre entre la protection d'un témoin qui peut se sentir légitimement menacé et la nécessité de maintenir un droit à la preuve contraire à la personne mise en cause.

En cette matière, la législation témoigne de certaines évolutions en faveur d'un droit de contradiction plus important et plus efficace. Les dispositions relatives aux interrogatoires et aux confrontations ne prévoient plus que l'avocat d'une partie ne peut prendre la parole qu'après y avoir été autorisé par le juge d'instruction[54]. Ce rôle plus actif des avocats des parties est confirmé encore par le fait qu'ils ne se limitent plus à la simple possibilité de pouvoir poser des questions. Ils peuvent désormais « *poser des questions ou présenter de brèves observations* »[55]. Cette extension ne relève pas de l'anecdote car elle renforce la possibilité de dialogue avec le juge d'instruction, dialogue qui va permettre à l'avocat d'insister sur les éléments favorables à son client et défavorables à l'accusation.

Le droit de contradiction a été également consacré au stade de l'ordonnance de règlement de l'instruction préparatoire. Les parties privées, et au premier rang le défenseur, peuvent désormais faire part, à ce stade, de leurs observations, formuler de nouvelles demandes d'actes et contester les réquisitions du Parquet[56]. Le juge d'instruction devra motiver son ordonnance de règlement « *au regard des réquisitions du ministère public et des observations des parties qui* [lui ont] *ont été adressées* […] *en précisant les éléments à charge et à décharge* »[57].

---

[51] Art. 706-60 al. 1 *C. proc. pén.*
[52] Art. 706-61 *C. proc. pén*.
[53] Art. 706-62 *C. proc. pén*.
[54] Modification de l'art. 120 *C. proc. pén*. par la loi du 15 juin 2000 ; disposition applicable à compter du 1er janvier 2001.
[55] Art. 120 *C. proc. pén*. ; V. circ. 20 déc. 2000, art 1.2.4.
[56] Art. 175 *C. proc. pén*. issu de la loi du 5 mars 2007.
[57] Art. 184 *C. proc. pén.* , disposition issue de la loi du 5 mars 2007.

### b. Le droit de contradiction au stade du jugement

La contradiction au stade du jugement apparaît également comme une garantie de l'effectivité du droit à la preuve contraire en permettant à la partie poursuivie de contester le bien fondé de l'accusation et des éléments présentés à charge et en garantissant ainsi l'objectivité dans l'évaluation des charges par la juridiction saisie. La personne mise en cause a alors la possibilité de faire valoir oralement et publiquement ses contre-arguments.

Comme nous l'avons vu pour l'instruction préparatoire, la connaissance du dossier et des éléments à charge est un préalable nécessaire à l'effectivité du droit à la preuve contraire. Devant la cour d'assises, les accusés et leurs avocats ont un accès direct au dossier de la procédure[58]. Devant les juridictions correctionnelles, les avocats ont également un droit d'accès au dossier reconnu par la pratique judiciaire en l'absence de fondement textuel précis. Il n'y a en effet que dans le cadre de la comparution immédiate[59] et de la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité[60] que la loi prévoit la consultation du dossier par l'avocat du prévenu.

Au-delà de la simple connaissance des éléments du dossier, un débat contradictoire est imposé par les articles 427, 512 et 536 du Code de procédure pénale en matière correctionnelle, contraventionnelle, devant la cour d'appel et est également admis, en l'absence de textes spécifiques, devant la cour d'assises[61]. Il impose au juge de ne pouvoir fonder sa décision « *que sur des preuves qui lui sont apportées au cours des débats et contradictoirement discutées devant lui* ». Ce principe doit permettre au prévenu ou à l'accusé de disposer de la possibilité effective de discuter et contredire tous les éléments à charge qui pourraient être présentés au cours des débats, qu'ils émanent de constatations, de pièces versées au dossier ou de témoignages. L'application d'un principe dit « d'immédiateté » doit conduire à ce que la totalité des preuves soit évoquée en audience publique. Ce droit à un débat contradictoire a également été affirmé par la Cour européenne des droits de l'Homme

[58] L'avocat peut prendre communication de toutes les pièces du dossier au greffe de la cour d'assises en vertu de l'art. 278 al. 2 *C. proc. pén*. et les accusés ou leurs avocats peuvent prendre ou faire prendre, à leurs frais, copie de toutes pièces de la procédure en application de l'art. 280 *C. proc. pén*. Il est à noter également que l'art. 279 prévoit qu'il est délivré gratuitement à chacun des accusés une copie des procès-verbaux constatant l'infraction, des déclarations écrites des témoins et des rapports d'expertise.
[59] Art. 393 al. 3, 394 al. 2 et 706-106 *C. proc. pén*.
[60] Art. 495-8 al. 5 *C. proc. pén*.
[61] P. Nicolopoulos, « La procédure devant les juridictions répressives et le principe du contradictoire » ; *Rev. Sc. crim*. 1989, p. 4.

qui retient que *« les éléments de preuve doivent en principe être produits devant l'accusé en audience publique, en vue d'un débat contradictoire* »[62].

L'exercice du droit de contradiction au stade de l'audience pénale a fait l'objet d'évolutions majeures qui nous confortent dans l'affirmation et la reconnaissance d'un véritable droit à la preuve contraire fondé sur l'exigence du procès équitable. Avant la réforme de la loi du 15 juin 2000, le droit de contestation au cours de la procédure orale des audiences pénales ne pouvait être exercé de façon autonome. Le défenseur pénal et les autres parties au procès (parties civiles et ministère public) ne pouvaient poser de question que par l'intermédiaire du président. Les observations orales de la défense étaient ainsi soumises au pouvoir discrétionnaire des magistrats. Une restriction aussi importante à la liberté de parole à l'audience, même si elle était également applicable à l'accusation, devenait intenable tant elle s'opérait au détriment d'une contradiction effective pouvant faire émerger la vérité de manière impartiale[63]. Depuis le 1er janvier 2001, les avocats des parties et le ministère public ont la faculté de « *poser directement des questions à l'accusé, à la partie civile, aux témoins et à toutes les personnes appelées à la barre* »[64]. La mise en place de ce procédé de *cross examination* connu par nombre de législations étrangères[65] constitue une véritable révolution permettant à l'avocat de l'accusé ou du prévenu d'agir directement, et par conséquent avec plus d'efficacité, en utilisant des procédés éprouvés de contre-interrogatoire afin de présenter une autre vérité crédible contraire à celle présentée par l'accusation[66]. L'importance fondamentale de cette réforme conduit à ce que l'avocat de la défense, pour ce qui nous concerne, ait un dialogue direct avec son interlocuteur. Cette position permet de créer un climat de dialogue et de préparer une stratégie dans l'échange verbal seul à même de pousser un raisonnement, contrairement à l'échange indirect qui passe par le prisme du président d'audience.

Une question se pose néanmoins. En effet, lorsque l'on parle de liberté de parole de la personne mise en cause, n'est-ce pas contradictoire de fournir les éléments de dialogue à son

---

[62] CEDH Kostovski c. Pays Bas, 20 nov. 1989 ; Série A, n° 166.
[63] Il est à noter à ce titre que les atteintes à la liberté d'expression fondées sur le pouvoir discrétionnaire des magistrats ne sont pas autorisées formellement par l'art. 10§2 de la Conv. EDH. Seules des dispositions préservant le bon déroulement des débats et le respect de l'ordre public peuvent trouver à s'appliquer : V. P. Hennion, *Preuve pénale et droits de l'Homme*, Thèse préc. , n° 184 s.
[64] Art. 312, 442-1 et 454 *C. proc. pén.*
[65] Citons par ex. l'Italie, l'Espagne, le Canada, l'Angleterre et bien sûr les Etats-Unis.
[66] Sur la technique de *Cross examination*, V. C. Ayela, J. Mestre et V. Péronnet, *Vérités croisées : Cross examination, une petite révolution procédurale* ; Paris, Litec, 2005.

défenseur et non à elle-même ? A notre sens, la personne mise en cause et son conseil sont indissociables dans la conception du défenseur pénal. Si le droit à la preuve contraire implique une participation active de la personne mise en cause et la possibilité de s'exprimer personnellement sur les faits qui lui sont reprochés, la globalité de la défense doit également permettre à son défenseur d'user de moyens utiles et pertinents dans la tâche qui lui est assignée. La mise en avant du professionnel du droit dans l'audition des témoins tient certainement à deux éléments. Le premier relève d'une recherche d'efficacité, de préparation et d'expérience de ce type de procédure. Il ne faut pas perdre de vue que cette *Cross examination* est une technique de défense, qu'elle implique, au pénal de connaître la procédure, le déroulement d'une enquête, la mission des experts, d'avoir des notions des domaines techniques touchant à la constatation d'infraction et bien sûr des bases de psychologie dans la construction de l'échange. Le second élément tient à ce que la personne mise en cause peut être déstabilisée par l'appareil judiciaire, son décorum et ses usages, et qu'elle peut par ailleurs se laisser emporter par des sentiments nécessairement forts du fait de la suspicion qui pèse sur elle. L'interrogatoire croisé implique une concentration vers l'objectif qui est d'obtenir de son interlocuteur des éléments de preuve contraire à l'accusation ou de nature à faire naître un doute sur la culpabilité. Son objectif n'est pas d'aboutir à un affrontement stérile qui est le risque encouru lors d'un dialogue direct entre les protagonistes d'une affaire.

Les restrictions qui subsistent dans l'exercice de cette contradiction directe au stade de l'audience sont de deux ordres. La première tient au contenu de l'interrogatoire. En effet, le président à qui revient la police de l'audience et la direction des débats, peut rejeter tout ce qui pourrait compromettre leur dignité ou les prolonger inutilement[67]. La mise en place de l'interrogatoire croisé a par conséquent atténué l'arbitraire de la décision de poser ou non une question à un témoin, choix qui lui revenait en exclusivité antérieurement à la réforme[68].

Le second vient d'une jurisprudence de la Cour de cassation selon laquelle il peut ne pas être fait droit à la demande de contre-interroger un témoin à charge notamment si une confrontation a déjà eu lieu lors de la phase préparatoire au jugement[69]. Cette position est validée par la Cour européenne des droits de l'Homme pour qui l'audition des témoins doit

[67] Art. 309 *C. proc. pén*.
[68] Le refus du président de poser une question ne pouvait alors qu'être attaqué en saisissant la Cour : Cass. crim. 26 juill. 1993; *Bull. crim.* n° 251.
[69] V. Cass. crim. 22 mars 1989; *Bull. crim.* n° 144 ; Cass. crim. 8 fév. 1990 ; *Bull. crim.* n° 70 ; Cass. crim 3 fév. 1993 ; *JCP* 1994, II, 22197, note P. Chambon ; Cass. crim. 19 juin 1997 ; *Bull. crim*. n° 250.

être réalisée en principe à l'audience, à moins que l'accusé n'ait eu l'occasion d'interroger ou de faire interroger les témoins lors de l'enquête ou de l'instruction préparatoire[70].

Il subsiste néanmoins encore une limite importante à l'exercice de la contradiction à l'audience, il s'agit de l'existence de procédures simplifiées sans audience.

Dans le cadre du système de l'ordonnance pénale, certains délits[71] et contraventions[72] peuvent être jugés sans débat contradictoire et donner lieu soit à une relaxe soit à une condamnation à une peine d'amende et à des peines complémentaires. En effet, dans ce cas, le prévenu n'aura été entendu que par les services d'enquête et ne sera pas mis en mesure de s'exprimer devant un juge ou un tribunal et ne pourra pas davantage se faire représenter par un avocat. La loi dispose en effet que le président de la juridiction statue sans débat préalable, ce qui explique que la seule voie de contestation pour les parties consiste à former une opposition. Pour ce faire, le ministère public dispose d'un délai de dix jours et le prévenu de trente jours en matière contraventionnelle et quarante-cinq jours en matière délictuelle. Cette opposition permet de revenir à la procédure traditionnelle devant la juridiction de jugement avec un débat contradictoire et la possibilité de se faire assister par un avocat. Il semble donc que cette atteinte à la contradiction et donc au droit à la preuve contraire, ne soit pas irréversible. Cette procédure permet, dans les cas les plus simples et pour des infractions de faible gravité n'entrainant pas de lourde peine, de ne pas surcharger le fonctionnement de la justice par le formalisme de l'audience.

Si le cas des procédures simplifiées n'est pas irréversible, il est encore un élément qui met en cause sérieusement le droit de contradiction et le droit à la preuve contraire au stade du jugement. Il s'agit de la communication au tribunal ou à la cour d'une enquête de personnalité qui a pour objet de recueillir des éléments sur la situation matérielle, sociale, familiale, médico-psychologique de la personne mise en cause[73]. Cette enquête de personnalité, obligatoire en matière criminelle et facultative en matière délictuelle, vise à permettre à la juridiction saisie de déterminer en cas de culpabilité la juste peine qui correspond au profil de l'individu. Les textes précisent à cet effet, que ce dossier « *ne saurait avoir pour but la*

[70] V. CEDH, 24 nov. 1986, *Unterpertinger* c/ Autriche ; Série A n°110 ; V. Berger, préc., n° 116, p. 318.
[71] La procédure de l'ordonnance pénale a été étendue aux délits par la loi d'orientation et de programmation pour la justice du 9 sept. 2002 : Art. 495 s. *C. proc. pén*.
[72] Art.524 s. *C. proc. pén.*
[73] Art. 41, 81 al. 6 et D. 16 *C. proc. pén*.

*recherche des preuves de la culpabilité* »[74]. Or, les éléments recueillis au cours de cette enquête sont communiqués aux juges avant qu'ils n'aient à se prononcer sur la culpabilité de la personne déférée et peuvent dès lors servir à renforcer l'intuition de culpabilité en mettant en lumière des mobiles potentiels[75]. Dans quelle mesure la personne poursuivie peut-elle lutter contre ces éléments de sa vie, de son passé qui peuvent indéniablement peser sur l'appréciation des faits par la juridiction de jugement, qui plus est lorsque celle-ci est composée de jurés populaires. Cette connaissance du dossier de personnalité préalable au prononcé de la culpabilité pose question. L'utilité de cette enquête de personnalité n'est pas contestée, mais seulement le moment où elle est mise à disposition des juges. D'autres législations ont fait le choix de n'aborder l'enquête de personnalité qu'au stade d'une audience destinée à déterminer la peine postérieurement à la déclaration de culpabilité[76]. Cette position nous semble plus protectrice de l'objectivité de la décision rendue et, par-delà, plus équitable.

La liberté dans l'exercice du droit à la preuve contraire passe donc par la libre expression de la personne poursuivie et par le respect de la contradiction. Elle doit en outre, pour constituer une véritable licence, permettre à la personne mise en cause de produire librement tout élément de preuve de nature à établir son innocence.

### B. La liberté de production des moyens de preuve contraire

L'affirmation de l'existence d'un droit à la preuve contraire induit la possibilité pour toute personne mise en cause de maîtriser sa défense et de pouvoir produire la preuve contraire. En droit processuel, la production de la preuve s'entend par le fait de verser au débat ou au dossier tous les éléments de preuve contraires à l'accusation qu'ils aient été en sa possession ou qu'il les ait recueillis. Cette recherche active d'éléments de preuve par la partie poursuivie ne va pas de soi et a été la cible de nombreuses objections. Nous verrons dans un premier temps que cette intervention directe de la personne mise en cause dans la recherche de la preuve a été consacrée par la Cour de cassation en l'absence d'éléments législatifs clairs

[74] Art. D. 16 *C. proc. pén*. dernier al.
[75] J. Gödöny, « La preuve des causes et des conditions de l'infraction » ; *RIDP* 1992, p. 70 ; C. Szekeres, « La psychologie judiciaire et l'intime conviction du juge » ; *RIDP* 1975, p. 155 ; P. Hennion, *Preuve pénale et droits de l'Homme*, Thèse préc., n° 422 s. , p. 402 s.
[76] Il s'agit principalement de la tradition juridique anglo-saxonne.

(1) pour ensuite analyser la valeur des moyens de preuve ainsi produit et leur impact sur la conviction des magistrats en tant qu'éléments de preuve contraire (2).

### 1. La consécration jurisprudentielle de la liberté de la preuve appliquée à l'accusé

Le législateur n'aborde dans aucune disposition ce qui devrait être l'une des composantes essentielles du droit à la preuve contraire, c'est-à-dire la faculté pour une personne mise en cause de rechercher par elle-même et produire en justice les éléments de preuve tendant à faire apparaître son innocence. Cette lacune ne vise pas que la personne poursuivie, mais peut plus généralement être étendue à l'ensemble des parties privées au procès pénal. En effet, à l'exception de l'article 86 alinéa 3 du Code de procédure pénale qui donne la possibilité au juge d'instruction, d'office ou à la demande du procureur de la République, « *d'entendre la partie civile et, le cas échéant, d'inviter cette dernière à produire toute pièce utile à l'appui de sa plainte* », aucune disposition n'évoque réellement la possibilité, pour les parties privées, de rechercher et recueillir des éléments de preuve.

C'est en réalité une construction jurisprudentielle qui a consacré le principe du libre recueil des preuves par les parties privées et en conséquence le libre recueil des éléments de preuve contraire par la partie mise en cause. La jurisprudence est intervenue sur deux aspects de la liberté de la preuve contraire. Le premier tient à la reconnaissance du principe de la liberté des moyens de défense et le second pousse le principe de la liberté de la preuve apportée par le défenseur pénal jusqu'à admettre la preuve déloyale ou illicite.

Le principe général de la liberté de la preuve contraire en matière pénale a été consacré par la Cour de cassation dans un arrêt du 2 octobre 1981 dans lequel le juge suprême expose que « *les dispositions de l'article 427 du Code de procédure pénale* […] *concernent non seulement la preuve des infractions mais aussi les moyens de défense, hors les cas où la loi en dispose autrement* »[77]. Cette solution consacre la faculté pour la personne mise en cause de faire valoir en justice tous les éléments utiles à la reconnaissance de son innocence et a été utilement complété par la reconnaissance de la possibilité de faire valoir des éléments recueillis de manière déloyale, voire à l'aide de la commission d'une infraction.

[77] Cass. crim. 2 oct. 1981 ; *Bull. crim*. n° 256.

Cette faculté a d'abord été reconnue à la partie civile avec une tolérance particulièrement affirmée puisque la Cour de cassation a déclaré recevable la preuve obtenue par la partie civile aux moyens de procédés déloyaux ou illicites tels que l'enregistrement par magnétophone ou procédé vidéo réalisé à l'insu de la personne concernée. Tel était le cas de l'enregistrement par magnétophone de propos tenus par une personne poursuivie pour tentative d'avortement[78], ou encore traditionnellement de l'enregistrement d'appels malveillants par la victime de persécutions téléphoniques[79]. Franchissant une étape supplémentaire dans l'affirmation de la liberté de recueil des preuves par les parties privées, la Cour de cassation a admis la production d'une preuve recueillie au moyen de la commission d'une infraction pénale[80]. Dans cette espèce, une épouse s'est rendue coupable du délit d'atteinte à l'intimité de la vie privée en enregistrant secrètement des conversations qu'elle avait eues avec son époux et au cours desquelles ce dernier reconnaissait être l'auteur du meurtre de leur fils. La haute juridiction a validé le recours à ce moyen de preuve.

Confirmant cette brèche ouverte en 1993 à l'égard de la partie civile, la Cour de cassation, par un arrêt du 30 mars 1999[81], a étendu cette jurisprudence pour en faire bénéficier la partie poursuivie. Dans cette affaire, une personne mise en examen pour escroquerie, faux et usage de faux à l'égard de son employeur, avait remis au juge d'instruction des documents obtenus frauduleusement qui constituaient des éléments à charges du co-mis en examen et le dégageait corrélativement de sa responsabilité. Le caractère frauduleux de l'obtention des documents ne pouvait être ignoré des magistrats de la Cour de cassation puisqu'il avait fait l'objet d'une condamnation. L'argumentation de la Cour précise même que « *La circonstance que des documents ou des enregistrements remis par une partie ou un témoin aient été obtenus par des procédés déloyaux ne permet pas au juge d'instruction de refuser de les joindre à la procédure, dès lors qu'ils ne constituent que des moyens de preuve qui peuvent être discutés contradictoirement*.» De la même façon il a été jugé qu'un journaliste poursuivi pour diffamation pouvait légitimement produire pour sa défense des éléments d'une procédure d'instruction judiciaire en cours sans pouvoir être inquiété pour le délit de recel de violation du secret de l'instruction[82]. La loi du 4 janvier 2010 est venue parachever cette

[78] Cass. crim. 16 mars 1961; *Bull. crim.* n° 172 ; *JCP* 1961, II, 12157, note J. Larguier.
[79] Cass. Crim. 17 juillet 1984 ; *Bull. crim.* n° 259 ; Cass. crim. 13 mai 1992 ; *Dr. pén*. 1993 chr. 8, obs. A. Maron ; Cass. crim. 25 janvier 1994 ; *Dr. pén.* 1994, comm. 63, obs. A. Maron ; Cass. crim. 13 juin 2001 ; *Procédures* 2001, comm. 202, obs. J. Buisson.
[80] Cass. crim. 6 avril 1993 ; *JCP* 1993, II, 22144, note M.-L. Rassat ; J. Pradel et A. Varinard, *Les grands arrêts de la procédure pénale* ; Paris, Dalloz, 6ème édition, 2009, n° 16, p. 193.
[81] Cass. crim. 30 mars 1999, pourvoi n° 97-83464 ; *Bull. crim.* n° 59
[82] Cass. Crim. 11 juin 2002 ; *Bull. crim*. n° 132; Cass. crim. 11 fév. 2003 ; *Bull. crim.* n° 29.;

construction en disposant que « *Le prévenu peut produire pour les nécesités de sa défense, sans que cette production puisse donner lieu à des poursuites pour recel, des éléments provenant d'une violation du secret de l'enquête ou de l'instruction ou de tout autre secret professionnel s'ils sont de nature à établir sa bonne foi ou la vérité des faits diffamatoires* »[83].

Cette construction jurisprudentielle consacre clairement la liberté qui est donnée à une personne mise en cause d'entreprendre elle-même des recherches et de verser au dossier tous les éléments qu'elle aura recueillis quand bien même ils auraient été obtenus de façon déloyale ou même illégale. L'initiative probatoire des parties privées, et plus particulièrement de la partie poursuivie pour ce qui nous concerne, entre alors directement en concurrence avec l'enquête et les investigations menées par les autorités publiques. Si la recherche privée de la preuve n'est pas consacrée en tant que telle, si la Cour de cassation ne reconnaît pas le droit de recours à un détective privé comme droit fondamental de la partie poursuivie, force est de constater que ces éléments sont admis. Cette tolérance repose sur la finalité de la procédure pénale qui est tournée vers la recherche de la vérité matérielle et ne peut donc exclure les éléments rassemblés par les parties privées. Elle participe de plus à l'affirmation du droit à la preuve contraire en permettant à la personne mise en cause de ne pas se reposer exclusivement sur l'activité du juge d'instruction ou des autorités publiques en règle générale. Le droit à la preuve contraire doit conduire à dépasser le simple « droit de proposer de faire » et doit s'exprimer dans un véritable « droit de faire directement ». Cela a conduit les parties privées à rechercher de manière plus assidue des éléments de preuve contraire en allant jusqu'à recourir à des enquêtes privées. L'émission de la preuve contraire peut alors s'enrichir par des constats de temps de trajet, des transcriptions d'enregistrements, ou d'autres pièces[84].

Néanmoins, la recherche directe de la preuve par la personne mise en cause n'est pas le système de recherche de preuve privilégié par notre législation pénale. S'il ne s'agit en effet que d'une possibilité, la partie poursuivie devra pouvoir obtenir des diligences probatoires de la part de l'autorité chargée de l'enquête afin de maintenir une égalité de traitement entre les justiciables, et ne pas encourir un risque pénal supplémentaire (violation de la vie privée, du secret des correspondances, violation de domicile, infractions relatives à l'accès aux fichiers informatiques…). Le recours systématique à l'enquête privée a été écarté par différentes

[83] Art. 35 dernier al. de la loi du 29 juill. 1881 sur la liberté de la presse.
[84] P. Vouland, « La défense d'une des parties peut-elle influencer la direction de l'enquête » ; *AJ Pén*. 2008, p. 450 s.

études[85] afin de ne pas créer une justice à deux vitesses pénalisant les plus démunis qui ne peuvent assumer la rétribution d'enquêteurs privés.

Si l'action directe des parties privées, et particulièrement du défenseur pénal pour ce qui nous concerne, est permise, encore faut-il s'interroger sur la valeur des moyens de preuve ainsi produits.

### 2. La valeur des moyens de preuve contraire produits par l'accusé

Le fait d'autoriser la partie poursuivie à rechercher et à produire ses propres preuves conduit nécessairement à se poser la question de la valeur accordée à ces éléments du fait d'un parti pris qui, s'il est légitime, n'en est pas moins réel. En effet, l'effort probatoire d'une partie privée au cours du procès pénal ne peut qu'être orienté vers la défense de ses intérêts. On peut alors suspecter quelque manipulation ou détournement afin de détruire les éléments de l'accusation d'autant plus que ces preuves sont dispensées du respect des garanties formelles édictées par le Code de procédure pénale et applicables au recueil des preuves par les autorités publiques (services d'enquête, ministère public et magistrats instructeurs).

Afin de justifier cette différence de traitement dans la recherche des preuves, et d'écarter la possibilité d'annuler les éléments produits par les parties privées, la Cour de cassation a considéré qu'ils ne constituaient pas des « actes de procédure » ou « des actes de l'information ». Il n'en demeure pas moins que les moyens de preuve contraires à l'accusation utilisés par le défenseur sont versés aux débats et doivent être pris en compte par le juge afin de former son intime conviction. Le droit français, basé sur le principe général de la liberté de la preuve et l'appréciation en vertu de l'intime conviction du juge, conduit à ce que tous les éléments présentés puissent avoir une incidence sur la décision finale. Si le juge conserve, par ses pouvoirs d'instruction, la possibilité de prescrire tout acte de nature à vérifier la réalité, la véracité et les conditions de recueil des éléments présentés par les parties privées, il n'en demeure pas moins que la loi n'opère pas de distinction entre les éléments de preuve versés au dossier qui participent tous à la détermination de l'intime conviction du juge. Il apparaît dès

[85] V. Commission justice pénale et droits de l'homme, préc., p. 99 : « *de façon presque unanime, l'hypothèse d'un droit pour la défense à faire appel à des enquêteurs privés est refusé.* […] *Ce serait s'exposer à de graves abus et à des inégalités accrues* ».

lors surprenant que la Cour de cassation utilise l'expression d' « indices de preuve »[86] pour se référer aux éléments apportés par les parties privées. Par l'utilisation de ce vocable, la haute juridiction semble opérer une différenciation dans la valeur des preuves produites selon qu'elles proviennent des parties privées ou des autorités judicaires. Or, cette hiérarchisation n'a non seulement aucun fondement textuel, mais va de plus à l'encontre de notre système de procédure pénale fondé sur le principe général de la liberté de la preuve et de son égale valeur face à l'intime conviction du juge[87]. Il en ressort que les éléments de preuve produits par le défenseur pénal, comme les autres parties privées, ont la même valeur que les éléments produits par l'accusation et sont laissés à l'appréciation souveraine des juges du fond sous réserve qu'ils aient été soumis à un débat contradictoire[88]. On peut tenter de trouver une justification à cette analyse présentée par la haute juridiction. Il peut en effet s'agir de justifier la réception de ces éléments de preuve alors que ceux relevés par les autorités d'enquête, de poursuite ou d'instruction et qui ont été recueillis par des procédés déloyaux ou illicites seront touchés par la nullité. Il nous semble néanmoins que d'autres justifications étaient possibles et plus conformes à la philosophie du droit à la preuve contraire. La Cour de cassation pouvait tout d'abord rester sur l'affirmation que ces éléments apportés par les parties privées ne constituaient pas des « actes de procédure » ou des « actes de l'information » avec le formalisme qui les accompagne sans pour autant opérer de distinction quant à leur valeur. Une autre possibilité était de s'appuyer sur le droit à la preuve contraire et entendu plus largement, le droit à la preuve des parties privées, qui tire ses fondements de l'égalité des armes non pas conçue comme une égalité arithmétique mais comme « *l'obligation d'offrir à chaque partie une possibilité raisonnable de présenter sa cause, y compris ses preuves dans des conditions qui ne la placent pas dans une situation de net désavantage par rapport à son adversaire* »[89]. Or, l'égalité des armes peut apparaître comme un moyen de neutraliser le rapport d'inégalité né de l'accusation et des moyens coercitifs et d'enquête mis à disposition de la partie poursuivante. Il peut dès lors apparaître comme conforme à ce principe le fait d'alléger le formalisme d'administration de la preuve par les parties privées. Cette position peut être confortée par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme qui

[86] Cass. crim. 23 juill. 1992 et Cass. crim. 11 fév. 1992 ; *Dr. pén*. 1992, comm. n° 299, obs. A. Maron.
[87] M.-L. Rassat, note sous Cass. crim. 6 avril 1993 ; *JCP* 1993, II, n° 22144 : « *Bien que la chambre criminelle paraisse vouloir le faire croire en employant à leur propos la formule dénuée de sens d' « indice de preuve », nous savons bien qu'il n'en est rien, notre procédure pénale pratiquant, sauf quelques rares exceptions, le principe général de la liberté de la preuve et l'égalité de valeur de tous les modes de preuve* ».
[88] Art. 427 et 428 *C. proc. pén*.
[89] CEDH Dombo Beheer BV c. Pays Bas, 27 oct. 1993, *préc*. , §33.

retient que la recevabilité d'une preuve « *ne saurait exclure par principe in abstracto l'admission d'une preuve recueillie de manière illégale* »[90] sous réserve du respect du principe de l'égalité des armes et des droits de la défense.

Le principe selon lequel le droit à la preuve contraire constitue une véritable licence impose donc que la preuve contraire rapportée par la partie poursuivie soit d'égale valeur avec les autres éléments de preuve versés aux débats. Il impose également la double faculté pour la personne mise en cause de rapporter elle-même des éléments de preuve contraire ou de demander à l'autorité judiciaire de mettre ses prérogatives à la disposition de la défense dans la recherche d'éléments de preuve contraires à l'accusation. La personne mise en cause pourra ainsi avoir une action indirecte dans l'émission de la preuve contraire.

### §2. L'action indirecte de l'accusé dans l'émission de la preuve contraire : le droit de demander l'accomplissement de certains actes

Devant la juridiction de jugement, et spécialement lorsqu'il n'y a pas eu instruction, le principe est que chaque partie présente directement les éléments de preuve qu'elle souhaite produire à l'appui de son argumentation. Ainsi, le défenseur pénal pourra faire comparaître des témoins, présenter toute pièce ou document de nature à rapporter la preuve contraire à l'accusation.

Le droit à la preuve contraire ne peut s'entendre exclusivement du droit pour le défenseur pénal d'apporter directement la preuve contraire à l'accusation. La mise en état des affaires pénales à travers l'instruction préparatoire confiée à un juge spécialisé ouvre la possibilité pour la personne mise en cause non plus d'apporter directement la preuve, mais de solliciter l'accomplissement d'actes d'instructions qui permettront de recueillir des éléments de preuve contraire. L'action indirecte de la personne mise en cause dans l'émission de la preuve contraire relève alors d'un droit d'initiative dans l'accomplissement de diligences probatoires (A). Ce droit d'initiative, outre le fait qu'il soit prépondérant dans la recherche d'éléments de preuve de l'innocence de la personne mise en cause, est également facteur de célérité de la procédure et permet au défenseur pénal d'avoir une prise supplémentaire sur le temps de la procédure (B).

[90] CEDH Schenck c. Suisse, 12 juil. 1988 ; Série A, n° 140, §46 et 47.

### A. Le droit d'initiative reconnu à l'accusé dans l'accomplissement de diligences probatoires

L'action indirecte dans la recherche probatoire se révèle bien sûr principalement au stade de la mise en état des affaires pénales par la montée en puissance du droit de proposition au cours de l'instruction préparatoire (1), mais elle peut s'exprimer également au cours de l'audience de jugement (2).

#### 1. La montée en puissance du droit de proposition au cours de l'instruction préparatoire.

Le caractère traditionnellement inquisitoire de l'instruction préparatoire et le double rôle joué par le juge d'instruction font de cet acteur un élément clé dans la recherche probatoire et donc dans l'émission de la preuve contraire[91]. Néanmoins, un vaste mouvement d'affirmation du droit à la preuve contraire a conduit à la reconnaissance d'un véritable droit d'initiative de la personne mise en cause dans l'accomplissement de diligences probatoires au cours de l'instruction préparatoire. Le fondement du droit à la preuve contraire reposant sur le principe du droit au procès équitable et de l'égalité des armes[92], ce mouvement d'affirmation d'un droit d'initiative s'applique aussi bien à la partie poursuivie qu'à la partie civile poursuivante. Alors que le droit antérieur ne laissait à l'inculpé que la possibilité de suggérer des actes d'instruction face au droit de réquisition général dont disposait le ministère public, la personne mise en examen bénéficie aujourd'hui d'un droit de sollicitation beaucoup plus efficace[93].

Dans le cadre de ce droit de proposition, le défenseur peut formuler des demandes d'actes de nature à faire apparaître des éléments de preuve contraires à l'accusation. Il peut ainsi demander l'accomplissement d'un examen médical, d'un examen psychologique, de « *toute autre mesure utile* » relatives à l'analyse de sa personnalité[94] ou bien encore formuler

---

[91] V. infra p. 239 s.
[92] V. supra p. 103 s.
[93] J. Pradel, *L'insctruction préparatoire*, préc. , p. 95, n° 87 ; B. Bouloc, *Procédure pénale*, préc. , p. 523, n° 532 ; J. Pradel, *Procédure pénale*, préc., n° 722 s. , p. 674 s.; P. Conte et P. Maistre du Chambon, *Procédure pénale*, préc., p. 253, n° 384 s.; F. Fourment, *Procédure pénale*, préc., n° 492 s. ; C. Ambroise-Castérot, *La procédure pénale, préc*., p. 314, n° 409.
[94] Art. 80 al. 9 *C. proc. pén.* V. également sur l'interprétation de « toute autre mesure utile » art. C. 81 Circ. Du 1er mars 1993et point 3.2.6 Circ. Du 24 août 1993. Il est à noter, avant l'intervention de la loi du 15 juin 2000,

des demandes d'audition de la partie civile, de témoins, des demandes d'interrogatoire, de confrontation, de transport sur les lieux ou de production de pièces par l'une des parties[95]. De manière plus générale, la loi relative à la présomption d'innocence et au droit des victimes a étendu le droit d'initiative des parties, et donc de la défense, à la demande d'accomplissement de « *tous autres actes qui leur paraissent nécessaires à la manifestation de la vérité* »[96]. Avec cette évolution législative, les parties privées peuvent désormais demander l'accomplissement de tous les actes auxquels le juge d'instruction peut procéder en vertu de l'article 81 du Code de procédure pénale et disposent donc des mêmes prérogatives que le procureur de la République tire de l'article 82. Cette volonté d'élargir le droit de requête des parties privées à l'ensemble des investigations utiles à la recherche de la vérité marque la prise en compte d'un véritable droit à la preuve contraire en permettant à la personne mise en cause de conduire le magistrat instructeur à réaliser des actes d'investigation susceptibles de faire apparaître des éléments de preuve contraire à l'accusation.

Les parties privées peuvent dorénavant solliciter la mise en examen d'une personne, le recours à des écoutes téléphoniques, la réalisation d'une perquisition, l'audition d'un témoin, une confrontation ou la production de pièces par une partie. Lorsqu'il est saisi par une demande d'acte émanant des parties privées, et en cas de refus, le juge d'instruction doit rendre une ordonnance motivée dans le délai d'un mois. Dans le cas d'un refus d'accomplir l'acte demandé, l'ordonnance peut être contestée devant la chambre de l'instruction par la voie de l'appel[97]. Ce formalisme imposé au juge d'instruction est une garantie de la juste réception de la demande d'acte. Alors qu'avant 1993 la décision de réaliser un acte d'instruction était parfaitement discrétionnaire, les évolutions législatives ont apporté la garantie de l'ordonnance motivée en cas de refus de procéder à un acte. Non seulement le juge est tenu de répondre à la sollicitation dans le délai d'un mois, mais il doit en outre exposer les motifs éventuels qui le conduisent à rejeter la demande. Dans le cas où le juge d'instruction ne répondrait pas dans le délai qui lui est imparti, la personne mise en examen peut saisir directement le président de la chambre de l'instruction de l'incident et ce dernier disposera alors de huit jours pour décider de saisir la chambre de l'instruction.

---

que la jurisprudence avait donné un sens général à cette expression alors qu'elle ne se référait au départ qu'aux examens relatifs à la personnalité du mis en cause : Cass. crim. 6 déc. 1994 ; *Bull. crim*. n° 394 ; *D*. 1994, somm. comm. n° 147, obs. J. Pradel ; *Dr. pén.* mars 1995, n° 74, obs. A. Maron.

[95] Art. 82-1 *C. proc. pén.*

[96] Art. 82-1 *C. proc. pén.*

[97] Art. 81 al. 10 *C. proc. pén.* V. infra, p. 213 s.

Le droit d'initiative des parties dans la recherche et la présentation de la preuve contraire à l'accusation permet également de faire entendre des témoins à décharge[98]. Au stade de l'instruction préparatoire, la personne mise en cause peut saisir le juge d'instruction d'une demande motivée tendant soit à l'audition d'un témoin, en précisant son identité, soit à la confrontation avec une ou plusieurs personnes[99]. La demande d'audition d'un témoin à décharge ainsi que le refus d'y procéder suivent les mêmes règles que la demande de confrontation avec un témoin à charge[100].

S'agissant du témoin assisté, il ne dispose pas du droit de demander l'audition de témoins, il ne peut que solliciter une confrontation avec les personnes qui le mettent en cause[101].

La possibilité pour la partie poursuivie d'influer sur la recherche de la preuve contraire à l'accusation par des demandes d'acte ne s'arrête pas avec la clôture de l'instruction. Le fait que 95% des infractions pénales ne bénéficient pas d'une instruction préparatoire a également conduit à ce qu'un réel droit de proposition soit également affirmé au cours de l'audience de jugement.

### 2. Le droit de proposition au cours de l'audience de jugement

Une procédure d'instruction dite définitive se déroule au cours de l'audience de jugement. Dans cette phase du procès, il peut s'avérer nécessaire de compléter les résultats de l'instruction préparatoire. De plus, l'instruction préparatoire n'étant que facultative en matière délictuelle et contraventionnelle, il peut s'avérer nécessaire de compléter l'enquête de police et de donner la possibilité au défenseur pénal d'être entendu efficacement dans la mise en état de son affaire. Cette exigence est une nécessité éthique par « *le fait que l'instruction définitive à l'audience constitue l'ultime chance soit de parvenir à la vérité, soit de parfaire la preuve déjà acquise à la procédure et justifie de longue date qu'elle puisse donner lieu à de nouvelles investigations. Parce qu'il relève de l'intérêt bien compris de la collectivité*

[98] Le témoin à décharge s'entend de celui qui dépose à l'appui de la défense, dont la déposition est favorable au prévenu à raison des éléments qu'il apporte sur les faits : G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, préc. , V. Témoin.
[99] Art. 82-1 al. 1 et 2 *C. proc. pén*. devant le juge d'instruction et art. 201 al. 1 *C. proc. pén*. devant la chambre de l'instruction.
[100] Art. 82-1 *C. proc. pén.*
[101] Art. *113-3 C. proc. pén*.

*d'offrir à la personne poursuivie la possibilité d'obtenir des preuves supplémentaires du juge avant qu'il ne prononce contre elle une éventuelle condamnation, la loi prévoit fort heureusement que cette phase procédurale puisse donner lieu à un effort probatoire renouvelé* […] »[102].

Le prévenu ou l'accusé peut ainsi, au même titre que les autres parties au procès, saisir la juridiction d'une demande d'expertise[103], de transport sur les lieux[104] ou de tout autre acte d'instruction, par le dépôt de conclusions auxquelles le tribunal est tenu de répondre[105]. Les parties peuvent également solliciter de manière générale un supplément d'information[106]. Ce droit d'initiative dans la recherche de la preuve contraire au stade du jugement apparaît même dans le cadre de la procédure de comparution immédiate en matière correctionnelle[107]. Au cours de cette procédure simplifiée, le droit d'initiative du prévenu a même été renforcé en lui permettant, lorsque l'affaire est renvoyée à sa demande ou parce que le juge considère qu'elle n'est pas en état d'être jugée, de demander l'accomplissement de « *tout acte d'information qu'il estime nécessaire à la manifestation de la vérité relatif aux faits reprochés ou à la personnalité de l'intéressé* »[108].

Devant la cour d'assises, l'accusé peut également demander l'accomplissement d'actes de recherche de preuve par voie de conclusions. Il a en outre la possibilité de recourir au pouvoir discrétionnaire du président afin qu'il soit procédé à certains actes d'investigation sollicités par l'accusé[109].

Le droit d'initiative de la personne mise en cause devant la juridiction de jugement doit également lui donner la possibilité d'interroger ou faire interroger les témoins dont l'audition peut servir ses intérêts. La demande d'auditions de témoins revêt une importance fondamentale pour la défense dans la recherche de la preuve contraire en lui permettant de pouvoir, à l'audience, mener une véritable « contre-enquête »[110]. Devant le tribunal correctionnel et la cour d'assises, le prévenu et, de manière générale, les parties, peuvent citer

---

[102] E. Molina, *La liberté de la preuve des infractions en droit français contemporain*, préc. , n° 92, p. 112.
[103] Art. 156, 434 et 536 *C. proc. pén*.
[104] Art. 456 et 536 *C. proc. pén*.
[105] Art. 459 *C. proc. pén*. devant le tribunal correctionnel et art. 536 *C. proc. pén*. devant le tribunal de police et la juridiction de proximité.
[106] Art. 283, 463 et 538 *C. proc. pén*.
[107] Art. 397-2 *C. proc. pén.*
[108] Art. 397-1 al. 3 *C. proc. pén*. introduit par la loi du 9 mars 2004.
[109] S'agissant d'une mesure d'expertise : Cass. crim. 12 mai 1970 ; *D.* 1970, p. 515 ; Cass. crim. 26 juill. 1971 ; *Bull. crim*. n° 271.
[110] C. Ayela et D. Dassa-Le Deist, « Le développement de la cross examination dans le procès pénal français » ; *JCP* 2006, I, p. 186.

les témoins de leur choix sans limitation de nombre[111]. En matière correctionnelle, contrairement à la procédure suivie devant la cour d'assises, le Code de procédure pénale ne prévoit pas que ces citations fassent l'objet d'une dénonciation aux autres parties avant l'audience, néanmoins, cette formalité est systématiquement effectuée dans la pratique. La procédure de comparution immédiate prévoit que le prévenu ou son avocat peut demander au tribunal tout acte d'information qu'il estime nécessaire à la manifestation de la vérité et que les témoins peuvent être cités sans délai et par tout moyen[112].

À l'image du droit de faire interroger les témoins à charge, et du droit à l'audition de témoins à décharge au stade de l'instruction préparatoire, la demande d'audition des témoins à charge ou à décharge est de droit sauf si le juge précise les motifs qui conduisent à un refus. Les juges encourent alors la censure en cas d'absence de motivation[113] ou de motivation lacunaire[114]. La jurisprudence est venue préciser les contours du refus valable pour une juridiction de procéder à l'audition de témoins sollicitée par la défense. Les éléments qui peuvent entrer en considération touchent alors à des « *circonstances particulières qui établissent l'inutilité de l'audition* » ou qui sont « *de nature à la priver de toute valeur probante* »[115]. Cette interprétation fait écho à l'analyse de la Cour européenne des droits de l'Homme qui impose seulement d'accorder à l'accusé « *une occasion adéquate et suffisante* » d'interroger un témoin[116]. Cette position implique qu'une demande tendant à ce qu'il soit procédé à une nouvelle audition est superflue dans le cas ou un interrogatoire a déjà eu lieu[117], et que cette audition « *ne soit plus de droit dès lors qu'elle n'apparaît pas adéquate au regard des spécificités de l'espèce* ». La demande d'auditions de témoins devant la juridiction de jugement, expression du droit à la preuve contraire, ne serait alors de droit que pour les

---

[111] Art. 435 et 281 *C. proc. pén*. Les poursuites pour diffamation font l'objet d'une particularité puisque le prévenu qui souhaite rapporter la preuve contraire par la vérité des faits diffamatoires doit faire signifier sa liste de témoin dans les dix jours de sa propre citation au ministère public ou à la partie civile qui agit par citation directe : art. 55 de la loi du 29 juill 1881 sur la liberté de la presse.

[112] Art. 397-1 al. 3 et 397-5 *C. proc. pén*.

[113] Cass. crim. 4 juin 1998 ; *Bull. crim*. n° 184 : « *sauf impossibilité dont il leur appartient de préciser les causes, les juges d'appel sont tenus, lorsqu'ils en sont légalement requis, d'ordonner l'audition contradictoire des témoins* » et ils s'exposent à la censure lorsqu'ils ne s'expliquent pas sur « *les raisons de leur refus* ».

[114] Cass. crim. 29 mars 2006 ; *Bull. crim* n° 93 ; *Procédures*, août-sept. 2006, comm. n° 191, obs. J. Buisson ; Cass. crim. 6 mars 1991 ; *Bull. crim*. n° 115 : la motivation selon laquelle l'audition demandée *« n'apparaît pas utile à la manifestation de la vérité »* n'est pas suffisante et il revient au juge de caractériser l'impossibilité d'assurer la comparution du témoin.

[115] Cass. crim. 21 janv. 1991; *Bull. crim*. n° 32.

[116] CEDH, 19 déc. 1990, Delta c/ France, préc.

[117] CEDH, 12 fév. 2004, Morel c/ France : Cette interprétation est utilisée également par les juridictions internes : Cass. crim. 12 janv. 1989 ; *Bull. crim.* n° 13 : Dans cette décision, la Cour de cassation estime que l'audition contradictoire des témoins doit être de droit lorsqu'ils n'ont « *à aucun stade de la procédure, été confrontés à avec le prévenu* ».

témoins essentiels que l'accusé n'aurait pas eu l'opportunité d'interroger au cours d'une autre phase de la procédure.

La montée en puissance du droit d'initiative des parties au cours de l'instance pénale leur permet également de peser de manière plus importante sur le temps du procès et peut apparaître alors comme un facteur de célérité de la procédure.

### B. Le droit d'initiative, facteur de célérité de la procédure

L'exigence de célérité constitue un principe directeur qui vise à donner au processus pénal un rythme aussi rapide que possible[118]. Le droit d'initiative ou droit de proposition permet au défenseur d'agir directement sur le déroulement de l'information judiciaire. Si certaines demandes d'actes peuvent conduire à un allongement des délais, d'autres mécanismes permettent de pousser le juge d'instruction à accélérer le traitement du dossier d'instruction et, surtout, lorsque la personne mise en cause fait l'objet d'un placement en détention provisoire, de ne pas être oubliée[119]. Cette volonté de maîtriser les délais des procédures d'instruction vise un juste équilibre entre les droits fondamentaux de la personne poursuivie et la prise en considération de la complexité des affaires pénales et de la difficulté de la recherche des preuves. L'exigence de célérité a pour corollaire la recherche d'une durée « adéquate » de la procédure, en fonction des exigences de la cause, qui permet de préserver cet équilibre entre exigences contradictoires. Cette observation n'est pas anodine lorsque l'on constate l'augmentation substantielle de la durée moyenne de l'instruction des affaires pénales en France qui est passée de 5,94 mois en 1968 à 12,4 mois en 1993, à 16,7 mois en 1999 et à 18,2 mois en 2003[120].

Dans cet objectif d'accélérer le traitement de l'instruction, le législateur a institué un cadre temporel dans lequel le droit d'initiative et de proposition de la personne mise en examen apparaît comme un garde fou permettant de lutter contre l'inertie d'un magistrat instructeur. Outre l'exigence du délai raisonnable imposé par l'article préliminaire du Code de procédure pénale pour qu'il soit définitivement statué sur l'accusation dont une personne fait

[118] J. Pradel, « La rapidité de l'instance pénale, Aspects de droit comparé » ; *Rev. pén. dr. pén.* 1995, p. 213 s.
[119] C. Ambroise-Castérot, préc. , n° 409, p. 273.
[120] Source : *annuaire statistique de la justice 2005* ; Paris, La documentation française, 2005, p. 115.

l'objet[121], le législateur a déterminé la durée maximum de l'instruction à un an en matière correctionnelle et dix-huit mois en matière criminelle. A l'issue de ce délai, la personne mise en examen pourra demander la clôture de la procédure. Si le juge d'instruction estime que le délai raisonnable d'instruction sera inférieur à ce cadre général, il doit en informer la personne mise en examen au cours de l'interrogatoire de première comparution, et à l'issue dudit délai, il pourra dans les mêmes conditions, demander la clôture de l'instruction[122]. Si le juge ne s'exécute pas dans le délai d'un mois, ou déclare par ordonnance motivée qu'il y a lieu de poursuivre l'instruction, la personne mise en examen peut saisir le président de la chambre de l'instruction qui doit décider dans les huit jours par ordonnance non susceptible de voie de recours s'il saisit la chambre de l'instruction[123].

Par ailleurs, dans le cas où aucun acte d'instruction n'a été réalisé dans un délai de quatre mois, ou deux mois si la personne mise en examen est détenue, cette dernière peut saisir la chambre de l'instruction en s'adressant à son président qui décidera sous huit jours et par ordonnance motivée de l'opportunité de réunir l'instance collégiale[124]. Dans le cas où elle serait saisie, elle peut renvoyer le dossier au juge initialement saisi, à un autre magistrat instructeur pour que l'information soit poursuivie, ou bien encore évoquer l'affaire et user de ses propres prérogatives afin de décider de mesures d'instruction[125]. Si l'inaction du juge initialement saisi se prolonge, elle doit aboutir automatiquement à son dessaisissement[126].

Le lien entre le droit d'initiative de la personne poursuivie et la célérité de la procédure ne va pas de soi, mais les évolutions législatives en la matière démontrent la complémentarité entre les intérêts de la personne mise en cause et ceux de la société qui l'accuse. C'est en effet par la montée en puissance de la participation de la personne mise en examen à la recherche de la vérité que le législateur a entendu garantir l'exigence de célérité consacré par le délai raisonnable de la procédure[127].

---

[121] Disposition reprise à l'art. 175-2 al.1 qui dispose que l'instruction « ne peut excéder un délai raisonnable au regard de la gravité des faits reprochés à la personne mise en examen, de la complexité des investigations nécessaires à la manifestation de la vérité et de l'exercice des droits de la défense ».
[122] Art. 116 al. 8 *C. proc. pén*. issu de la loi du 15 juin 2000.
[123] Art. 175-1 et 207-1 *C. proc. pén*.
[124] Art. 221-2 al. 1 et 2 *C. proc. pén*.
[125] Art. 221-2 al.3 *C. proc. pén*.
[126] Art. 221-2 al. 5 *C. proc. pén*. V. également J. Pradel, *Procédure pénale*, préc., p. 722, n° 768 ; P. Chambon, *Le juge d'instruction, Théorie et pratique de la procédure*, préc. , p. 59, n° 82-2.
[127] B. Perreira, *L'amélioration des droits du mis en examen* ; Thèse, Nice Sophia-Antipolis, 2002, n° 149, p. 177.

La montée en puissance des droits de la personne mise en cause dans la recherche probatoire apparaît comme une réelle reconnaissance d'un droit à la preuve contraire. Que ce soit directement en renforçant le droit d'être entendu et de présenter des éléments de preuve ou bien indirectement en augmentant le droit de proposition, les évolutions législatives donnent une dynamique à notre procédure pénale. Ce mouvement conduit à une participation active du défenseur pénal dans l'administration de la preuve et peut s'inscrire dans la logique d'une reconnaissance d'un droit à la preuve contraire[128].

L'exercice du droit à la preuve contraire ne se limite pas à la liberté de rechercher et d'émettre des éléments de preuve contraire à l'accusation, mais prend également toute sa place dans l'affirmation d'un droit de critique généralisé.

## Section 2 : L'affirmation d'un droit de critique généralisé

Le droit de critique, ou droit de contester les actes de l'enquête ou les décisions des juridictions d'instruction et de jugement fait également partie intégrante d'un droit à la preuve contraire. Nous avons vu que le droit à la preuve contraire était un droit actif d'intervention et que son terrain d'application peut être indifféremment celui de la production d'éléments de preuve établissant l'innocence ou celle d'éléments de preuves détruisant les arguments à charge produits par l'accusation. S'agissant du droit de contestation, il se positionne parfaitement dans un droit actif à la preuve contraire. En effet, par l'exercice d'un recours, la personne mise en cause ne reste pas passive face à l'accusation. En cela, il ne s'agit pas d'un droit de la défense qui serait relevé par d'autres acteurs au procès sans que le défendeur n'intervienne activement. Le droit de recours recouvre plusieurs acceptions. Pour notre étude nous nous arrêterons à sa composante de droit individuel de recours et non à celle du droit général de recours, principe protecteur des droits de l'Homme qui tend à permettre à tout individu d'introduire un recours contre toute atteinte à ses droits humains. L'affirmation de ce droit de contestation a fait l'objet d'une lente évolution et repose en grande partie sur des

[128] J. Pradel, *La montée des droits du délinquant au cours de son procès. Essai d'un bilan*, préc. , p. 231.

instruments internationaux protecteurs des droits de l'Homme. Ce moyen actif de défense s'analysera en deux temps. Nous étudierons tout d'abord le recours contre les actes de poursuite et d'investigation (§1) avant de nous pencher sur ce qui compose de prime abord la plus importante partie du droit de recours, à savoir le recours contre les déclarations de culpabilité (§2).

## §1. Le recours contre les actes de poursuite et d'investigation

Le recours contre les actes de poursuite et d'investigation apparaît comme une composante du droit à la preuve contraire en ce qu'il permet au défenseur pénal de remettre en cause des actes qui peuvent faire peser sur lui un sentiment de culpabilité. L'exercice de ce recours contre les actes de poursuite et d'investigation passe par la possibilité de demander la nullité d'actes de procédure, de recourir à l'appel contre les décisions du juge d'instruction (A), ou bien encore d'utiliser des voies de contestation spécifiques à l'instruction préparatoire comme la révision du statut de la personne mise en examen, la contestation de la nécessité du placement en détention provisoire et la remise en cause de la qualification juridique retenue (B).

### A. Le recours aux nullités de procédure et à l'appel contre les décisions du juge d'instruction

Le droit de critique relatif aux actes de poursuite et d'investigation peut s'opérer de deux façons. La première relève de la mise en cause de la régularité de ces mesures par l'intermédiaire de droits processuels accordés au défendeur pénal, il s'agit des recours en nullité contre les actes d'enquête et d'instruction (1). La seconde tend à remettre en cause le bien fondé des actes juridictionnels et doit cette fois revêtir la forme de l'appel (2).

### 1. Les nullités des actes d'enquête et d'instruction

Les actes d'enquête et d'instruction sont des actes de recherche des preuves effectués soit par les services qui réalisent l'enquête de police en ce qu'ils sont intégrés à la procédure d'instruction[129], soit par la police judiciaire sur délégation du juge d'instruction, soit directement par le juge d'instruction. Ils se différencient des actes juridictionnels accomplis par le magistrat instructeur qui peuvent se définir comme des décisions écrites prises par ce magistrat et qui correspondent à un choix entre divers partis[130]. La théorie des nullités ne s'appliquera qu'aux actes d'enquête et d'instruction alors que les actes juridictionnels seront susceptibles d'appel[131].

Il ressort de la combinaison des articles 802, 170 à 174-1 du Code de procédure pénale que l'on peut opérer une distinction entre les nullités textuelles et les nullités substantielles[132].

Les nullités textuelles sont celles qui sont expressément prévues par le Code de procédure pénale. Elles sont très rares[133]. Nous pouvons néanmoins relever dans cette catégorie les règles relatives aux perquisitions et aux saisies opérées dans le cadre d'une enquête sur infraction flagrante[134], les formalités prévues dans le cadre de la rétention pour vérification d'identité[135], ou bien encore les règles relatives à la mise en examen ou les formalités relatives aux écoutes des lignes téléphoniques professionnelles ou privées d'un parlementaire, d'un avocat ou d'un magistrat[136]. Nous pouvons également citer au titre des nullités textuelles, l'article 50 de la loi sur la presse du 29 juillet 1881 qui exige, à peine de nullité du réquisitoire introductif, que celui-ci articule et qualifie les provocations, outrages, diffamations et injures à raison desquelles la poursuite est intentée, avec indication des textes dont l'application est demandée[137].

---

[129] Cass. crim. 30 juin 1987 ; *Bull. crim*. n° 276 ; *D*. 1988, somm. 193, obs. J. Pradel.
[130] B. Perreira, Thèse préc., p. 192, n° 154 et p. 187, n° 156 ; sur la différence entre les actes d'instruction et les actes juridictionnels, voir également B. Bouloc, *Procédure pénale*, préc. , n° 770 s. p. 741 s. et n° 787 s. p. 706 ; F. Fourment*, Procédure pénale,* préc., n° 519 s., p. 262 s. ; B. Bouloc, *L'acte d'instruction* ; Paris, LGDJ, 1965, n° 254 s., p. 168.
[131] Art. 173 al. 4 *C. proc. pén*.
[132] V. J. Danet, « Brèves remarques sur la typologie et la mise en œuvre des nullités » ; *AJ Pénal* 2005, p. 133 s.
[133] La loi du 4 janvier 1993 dressait à l'article 170 *C. proc. pén*. une liste importante et qui se voulait exhaustive des nullités textuelles. Mais cette initiative législative a été supprimée par la loi du 24 août 1993.
[134] Art 59 al.2 *C. proc. pén* se référant aux art. 56, 56-1 et 57 du même code.
[135] Art. 78-3 *C.proc. pén*.
[136] Art. 100-7 C. proc. pén qui prévoit l'information soit du président de l'assemblée auquel appartient le parlementaire concerné, le bâtonnier lorsqu'il s'agit d'un avocat ou encore le premier président ou procureur général lorsque la mesure concerne un magistrat.
[137] Pour une application, V. Cass. crim. 23 juin 1987 ; *Bull. crim*. n° 260.

Les nullités substantielles, à la différence des nullités textuelles, ne sont pas expressément prévues par la loi. Comme les nullités textuelles sont particulièrement rares, il en ressort que la très grande majorité des dispositions prescrivant un certain nombre de formalités ne sont pas prescrites à peine de nullité. Elles sont en conséquence relevées par le juge comme sanction d'une grave irrégularité de procédure. L'article 171 du Code de procédure pénale dispose à ce titre qu' « *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.*[138]» La difficulté vient du fait que cette notion de formalité substantielle n'est définie ni par la loi ni par la jurisprudence. Seront donc considérées comme substantielles, les prescriptions que la Cour de cassation reconnaît comme telles[139]. Parmi les dispositions de Code de procédure pénale, on peut citer par exemple les garanties de la garde à vue et en dehors des dispositions de ce code, nous pouvons prendre l'exemple la violation du principe général de loyauté dans la recherche des preuves[140] ou bien encore la méconnaissance des dispositions du Code des douanes sur les visites domiciliaires[141].

La liberté pour la personne mise en cause de recourir aux nullités de procédures est une avancée récente de notre législation pénale. Réclamée par la doctrine[142], ce sont les lois du 4 janvier et du 24 août 1993 qui ont conféré la possibilité aux parties privées le droit de demander à la chambre de l'instruction l'annulation des actes ou des pièces de la procédure préalables au jugement[143]. Cette faculté n'était auparavant conférée qu'au juge d'instruction et au procureur de la République.

La loi vise la nullité d'un acte ou d'une pièce de la procédure[144] sans pour autant donner de définition précise de ces termes.

---

[138] Cette règle est rappelée à l'art. 802 *C. proc. pén*. qui est de portée générale et qui dispose que « *En cas de violation des formes prescrites par la loi à peine de nullité ou d'inobservation des formalités substantielles, 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 quand celle-ci a eu pour effet de porter atteinte aux intérêts de la partie qu'elle concerne.* »

[139] J. Dumont, « Nullités de l'information » ; *J.-Cl. Proc. pén*., Art. 170 à 174-1, fasc. 20.

[140] Cass. crim. 27 fév. 1996 ; *Bull. crim*. n° 93.

[141] Cass. crim. 2 juin 1986 ; *Bull. crim*. n° 185.

[142] V. par ex. F. Boulan, « La réforme de l'instruction », in : *Mélanges en l'honneur d'André Vitu* ; Paris, Cujas, 1989, p. 56.

[143] Art. 170 *C. proc. pén*.

[144] Art. 170 C. *proc. pén.*

La nullité emporte des conséquences définitives. Si le Code d'instruction criminelle ne prévoyait pas de supprimer les pièces annulées de la procédure et demandait seulement aux juges de ne pas en tenir compte[145], le Code de procédure pénale tire toutes les conséquences du prononcé des nullités. Les pièces ou actes annulés doivent être retirés du dossier d'information et être classés au greffe de la cour d'appel. Lorsque la nullité ne concerne qu'une partie des actes ou des pièces, la loi du 24 août 1993 a introduit la procédure de cancellation, c'est-à-dire la seule suppression des quelques lignes litigieuses de l'acte. En tout état de cause, il est strictement interdit de tirer quelque information que ce soit des actes ou pièces annulés à peine de poursuites judiciaires pour les magistrats ou avocats[146]. L'annulation est indivisible et opposable à toutes les parties et les procès-verbaux nuls et non avenus doivent en conséquence être purement et simplement retirés de la procédure.

La mise en place du système des nullités correspond à une avancée dans l'affirmation d'un droit à la preuve contraire au service de la partie mise en cause et de la recherche de la vérité en la rendant plus objective et en permettant à la personne mise en examen d'exercer un droit de recours effectif.

### 2. L'appel contre les décisions juridictionnelles du juge d'instruction

Contrairement aux actes d'instruction et d'enquête qui participent à la recherche de la vérité, le juge d'instruction est également amené à prendre des actes juridictionnels. Il constitue en effet une véritable juridiction du premier degré et en tant que tel, il est amené à prendre des décisions à l'occasion des incidents contentieux qui peuvent se produire et doit juger s'il existe ou non contre la personne mise en examen, des charges suffisantes pour la renvoyer devant une juridiction de jugement.

Contrairement au ministère public qui dispose d'un droit d'appel qualifié de « général et absolu » qui lui permet de contester devant la chambre de l'instruction « toute ordonnance du juge d'instruction ou du juge des libertés et de la détention »[147] quand bien même elle

[145] Cass. crim. 22 juin 1905; *Bull. crim.* n° 302 ; *S.* 1908, I, 205, obs. Le Poittevin ; *D.* 1909, I, p. 431.
[146] Cette interdiction s'étend à tout procédé ou artifice dont l'objet serait de reconstituer la substance des actes annulés. Ainsi, la réouverture d'une information pour les mêmes faits contre les mêmes personnes est sanctionnée (Cass. crim. 30 juin 1981 ; *Bull. crim*. n° 224 ; Cass. crim. 23 janv. 1990 ; *Bull. crim*. n° 42 ; *Gaz. pal*. 1990, 2, somm. 520), tout comme l'audition par le parquet de l'officier de police judiciaire ayant pratiqué un acte annulé et qui viserait à reconstituer l'acte inexistant (Cass. crim. 23 janv. 1990, préc.).
[147] Art. 185 *C. proc. pén.*

aurait été rendue conformément à ses réquisitions[148], les parties privées disposent d'un droit d'appel strictement réglementé même s'il a fait l'objet d'extensions régulières ces dernières années afin de réduire les disparités avec le ministère public[149].

La faculté de faire appel est octroyée à la personne mise en examen afin de contester le bien fondé des ordonnances du juge d'instruction ou du juge des libertés et de la détention relatives à la mise en examen, à la constitution de partie civile, au placement en détention ou sous contrôle judiciaire ainsi que le refus de mainlevée de ces mesures ou bien encore aux ordonnances de renvoi ou de mise en accusation[150].

Dans des conditions différentes, les parties privées, et par conséquent le défenseur pénal, peuvent interjeter appel des ordonnances de rejet de demandes d'examen médical ou psychologique, de demandes d'audition, d'interrogatoire, de confrontation, de transport sur les lieux, de demandes relatives à la prescription de l'action publique, aux expertises et au rejet d'une demande de contre-expertise[151]. Cet élément est particulièrement important pour l'étude qui nous concerne car il touche à la possibilité de recours contre le refus de l'offre de preuve contraire proposée par l'accusé. Il s'agit simplement de la contestation de la mise en échec du droit d'initiative de la personne mise en examen dans l'exercice de son droit à la preuve contraire. Cette faculté fondée sur l'article 186-1 du Code de procédure pénale est d'une mise en œuvre plus limitée que l'appel ouvert sur le fondement de l'article 186. En effet, l'appel ne sera pas dans ce cas automatiquement examiné par la chambre de l'instruction. Le président de cette instance fera office de filtre et pourra décider, par une ordonnance non motivée et qui n'est pas susceptible de voie de recours, s'il y a lieu, ou non, de saisir la chambre de l'instruction de cet appel. La faculté d'appel peut ici être mise en échec par la seule décision du président de la chambre de l'instruction.

Néanmoins, l'élargissement du droit de contestation par la voie de l'appel s'agissant des décisions juridictionnelles du juge d'instruction témoigne d'une volonté affirmée de rechercher la vérité et de permettre à la personne mise en examen à la fois de rechercher des éléments de preuve contraire et de pousser l'administration de la justice à les prendre en considération.

---

[148] Cass. crim. 15 nov. 1956 ; *Bull. crim*. n° 753.
[149] Il faut se rappeler que sous l'empire du Code d'instruction criminelle de 1808, l'appel n'était ouvert qu'en matière de compétence et de mise en liberté : V. B. Perreira, *L'amélioration des droits du mis en examen*, Thèse préc., n° 152 s., p. 180 s.
[150] Art. 186 *C. proc. pén.*
[151] Art. 186-1 *C. proc. pén.*

La procédure d'instruction laisse apparaître quelques spécificités qui jouent sur le sentiment de culpabilité de la personne poursuivie et il convient dès lors de s'arrêter sur l'exercice du droit à la preuve contraire face à ces particularismes.

### B. Le droit à la révision du statut de personne mise en examen et l'exercice du droit à la preuve contraire face à la nécessité du placement en détention

L'étude de l'exercice d'un droit à la preuve contraire nous conduit à nous interroger sur deux spécificités de l'instruction préparatoire. Il s'agit dans un premier temps de l'instauration d'un droit à révision du statut de personne mise en examen qui, au-delà des voies de droit existant contre la mise en examen, ouvre une nouvelle possibilité d'apporter la preuve contraire au maintien sous ce statut (1). Nous envisagerons ensuite l'exercice du droit à la preuve contraire face à la nécessité du placement en détention (2).

#### 1. Le droit à révision du statut de personne mise en examen

La mise en examen constitue un acte fondamental de la procédure d'instruction préparatoire puisqu'elle crée un défendeur à l'instance[152]. Elle ne peut être prononcée qu'à l'encontre des personnes contre lesquelles « *il existe des indices graves ou concordants rendant vraisemblable qu'elles aient pu participer, comme auteur ou comme complice, à la commission des infractions dont* [le juge] *est saisi*»[153]. On peut légitimement s'interroger sur la possibilité de rapporter la preuve contraire à la nécessité de la mise en examen.

Au-delà de la possibilité laissée à la personne mise en cause de s'exprimer lors de l'interrogatoire de première comparution et d'influer ainsi sur la décision du juge d'instruction[154], il peut introduire un recours contre cette décision par le dépôt d'une requête

[152] R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel*, t. II, Procédure pénale ; Paris, Cujas, 2001, n° 449.
[153] Art. 80-1 *C. proc. pén*.
[154] V. supra, p. 196.

en annulation devant la chambre de l'instruction selon les modalités fixées par l'article 173-1 du Code de procédure pénale[155].

Parallèlement à cette procédure, le législateur a introduit un nouveau recours permettant à une personne mise en examen de demander cette fois-ci au juge d'instruction de revenir sur son statut, d'alléger le poids de la suspicion pesant sur lui et de le faire bénéficier du statut de témoin assisté[156]. C'est ainsi que le nouvel article 80-1-1 alinéas 2 et 3 du Code de procédure pénale permet à la personne mise en examen de déposer une demande en révision de son statut dans un délai de six mois après la mise en examen puis à chaque nouvelle échéance de six mois ou encore dans un délai de dix jours après la notification du résultat d'un acte d'enquête (expertise, interrogatoire, déclarations d'une partie civile, d'un témoin, d'un témoin assisté ou d'un autre mis en examen). Après avoir pris les réquisitions du procureur de la République, le juge d'instruction se doit soit de faire droit à la demande du requérant et de le faire bénéficier du statut de témoin assisté entraînant de plein droit sa mise en liberté s'il était détenu, soit de la rejeter par une ordonnance motivée. Cette décision de rejet ouvrant droit à un appel non filtré par le président de la chambre de l'instruction[157]. Cette nouvelle procédure permet de prendre en compte à la fois de nouvelles investigations qui tendent à effacer ou à atténuer la force des indices qui ont conduit à la mise en examen, ou à reconnaître que les investigations menées ne confirment pas les intuitions de culpabilité premières et conduisent à alléger la procédure pesant sur la personne mise en cause.

Si la mise en examen apparaît comme l'un des premiers actes traumatisant de la procédure d'instruction, ce caractère est accentué par la décision de placement en détention provisoire.

### 2. La preuve contraire à la nécessité du placement en détention

Le placement en détention avant jugement est connu de toutes les législations et répond bien évidemment à un impératif d'ordre public. On peut en effet craindre que la personne mise en cause tente d'échapper à la justice en prenant la fuite, de détruire les indices permettant de le relier à l'acte infractionnel, fasse pression sur les témoins ou continue son

[155] La chambre de l'instruction est tenue de prononcer la nullité de la mise en examen lorsque de tels indices ne sont pas réunis : Cass. crim. 1er oct. 2003; *Bull. crim*. n° 177; *D.* 2004, somm. p. 672, obs. J. Pradel.
[156] Art. 17 de la loi n°2007-291 du 5 mars 2007 tendant à renforcer l'équilibre de la procédure pénale, *JO* 6 mars 2007, p. 4206 ; J. Buisson, « La nouvelle réforme de la procédure pénale » ; *Procédures*, mai 2007, comm. n° 118, p. 23.
[157] Art. 186 nouveau *C. proc. pén* issu de l'art. 17-III de la loi du 5 mars 2007.

activité criminelle[158]. Ce dispositif peut également être un moyen de protéger la personne mise en cause contre des réactions de vengeance. Mais cette mesure de coercition doit laisser toute sa place à l'exercice d'un droit à la preuve contraire. Parce qu'il est profondément traumatisant et stigmatisant, et parce que la liberté doit rester le principe, la personne mise en cause doit pouvoir rapporter la preuve contraire à la nécessité de son placement en détention, c'est-à-dire, principalement, de rapporter la preuve contraires aux indices graves et concordants de culpabilité exigés par la loi pour le placement en détention provisoire.

L'exercice d'un droit à la preuve contraire face à la nécessité du placement en détention a fait l'objet d'avancées significatives. La première fut de la confier à un magistrat dégagé de l'instruction matérielle du dossier, témoignant ainsi de plus d'objectivité dans cette décision et représentant une garantie supplémentaire de juste réception de la preuve contraire[159], qui doit se prononcer par une ordonnance motivée. Il a également été rendu plus efficace en limitant le recours à l'arbitraire du juge dans son appréciation des conditions de placement en détention, en interdisant même le recours au motif de l'atteinte à l'ordre public en matière délictuelle et en augmentant les possibilités de recours et de réexamen des conditions de prononcé de cette mesure.

La loi a prévu des cas limitatifs justifiant le placement en détention provisoire qui constituent en conséquence les éléments contre lesquels il faudra lutter. Ainsi, l'article 144 du Code de procédure pénale prévoit que « *La détention provisoire ne peut être ordonnée ou prolongée que s'il est démontré, au regard des éléments précis et circonstanciés résultant de la procédure, qu'elle constitue l'unique moyen de parvenir à l'un ou plusieurs des objectifs suivants et que ceux-ci ne sauraient être atteints en cas de placement sous contrôle judicaire : 1° Conserver les preuves ou les indices matériels qui sont nécessaires à la manifestation de la vérité ; 2° Empêcher une pression sur les témoins ou les victimes ainsi que sur leur famille ; 3° Empêcher une concertation entre la personne mise en examen et ses coauteurs ou complices ; 4° Protéger la personne mise en examen ; 5° Garantir le maintien de la personne mise en examen à la disposition de la justice ; 6° Mettre fin à l'infraction ou prévenir son renouvellement ; 7° Mettre fin au trouble exceptionnel et persistant à l'ordre public provoqué par la gravité de l'infraction, les circonstances de sa commission ou l'importance du préjudice qu'elle a causé. Ce trouble ne peut résulter du seul retentissement médiatique de*

[158] J. Pradel, *Procédure pénale,* préc., n° 732 s., p. 689 s.
[159] Art. 143-1 à 148-8 *C. proc. pén.* qui définissent le rôle du juge des libertés et de la détention.

*l'affaire. Toutefois, le présent alinéa n'est pas applicable en matière correctionnelle.* » La rédaction de cet article, issue de la loi du 5 mars 2007, tend à limiter l'arbitraire dans le prononcé de cette mesure et permettre à la personne mise en examen d'identifier les éléments précis qu'elle doit combattre afin de démontrer son inutilité. En effet, il avait été constaté trop souvent que les placements en détention provisoire ou prolongations étaient motivés de manière stéréotypée par un simple renvoi à l'une des conditions fixées par la loi. Par ailleurs, le caractère subsidiaire du placement en détention a été réaffirmé en imposant au juge des libertés et de la détention de justifier, en s'appuyant sur des éléments du dossier, que le placement sous contrôle judiciaire serait insuffisant[160]. Enfin, ce texte tend à préciser le critère tiré du trouble à l'ordre public, dont l'imprécision est sujette à des interprétations variées susceptibles de conduire à un certain arbitraire des juges[161]. Il est à noter qu'en matière délictuelle, le recours à l'ordre public pour justifier le placement en détention provisoire a été purement et simplement supprimé sur proposition de la commission des lois du Sénat[162].

Postérieurement à la décision de placement en détention, le droit de recours s'exprime également dans la possibilité de demander la mise en liberté lorsque la mesure privative de liberté est devenue inutile. Ce recours prend la forme d'une requête présentée au juge d'instruction qui doit alors communiquer immédiatement le dossier au procureur de la République aux fins de réquisitions. S'il ne donne pas de suite favorable à la demande, le juge d'instruction doit alors, dans les cinq jours suivant la communication au procureur de la République, transmettre son avis motivé au juge des libertés et de la détention qui statuera dans les trois jours sur la demande par ordonnance motivée. La personne mise en examen peut faire appel de la décision de refus de demande de mise en liberté devant la chambre de l'instruction.

La loi du 5 mars 2007 a institué un nouveau rendez-vous pour évoquer les nécessités du maintien en détention de la personne mise en examen. Lorsqu'un délai de trois mois s'est

---

[160] Une chambre de l'instruction méconnaît ces dispositions en ne précisant pas expressément que les objectifs fixés ne pouvaient pas être atteints par un placement sous contrôle judiciaire : Cass. crim. 26 fév. 2008 ; *Bull. crim.* n° 50 ; *Procédures* 2008, comm. n° 155, obs. J. Buisson. Nous pouvons malheureusement douter de l'efficacité de cette exigence qui à notre sens conduit simplement les juges à s'interroger sur cette possibilité mais n'opérera pas de contrôle effectif de cette motivation au-delà de la référence expresse à l'impossibilité de recourir au contrôle judiciaire. La jurisprudence postérieure à l'entrée en vigueur de ce texte démontre que la simple référence au caractère insuffisant ou inopérant du contrôle judiciaire pour se prémunir de la réitération des faits ou des autres motifs de l'art. 144 satisfait aux exigences légales : Cass. crim. 9 déc. 2008 ; *Bull. crim*. n° 248 ; Cass. crim. 7 oct. 2008 ; *Bull. crim*. n° 203.

[161] Constat que M. le Professeur Philippe Malaurie avait synthétisé par une définition restée célèbre de l'ordre public : « *L'ordre public varie avec la longueur des pieds des magistrats* » : Note sous Cass. soc. 18 mars 1955 ; *D*. 1956, p. 517.

[162] Rapport du Sénat n°177 de M. François Zocchetto, fait au nom de la commission des lois, déposé le 24 janvier 2007.

écoulé depuis le placement en détention provisoire, la personne mise en examen et le ministère public peuvent saisir le président de la chambre de l'instruction afin qu'il demande à cette dernière un examen de l'ensemble de la procédure et qu'elle se prononce sur les nécessités du maintien en détention[163].

### §2. Le recours contre les déclarations de culpabilité, élément du droit à la preuve contraire

Nous pouvons légitimement nous interroger sur le devenir du droit à la preuve contraire et du droit de contestation lorsque la formation de jugement, après avoir effectué un examen attentif des actes et de la procédure accomplis précédemment et des faits de la cause, rend son verdict. L'autorité de chose jugée conférée aux décisions de justice n'anéantit pas la possibilité pour la personne mise en cause de contester encore pendant un certain laps de temps la conclusion du procès. La remise en cause de la décision solennelle réputée équitable est une exigence imposée par le fait que la justice reste une œuvre humaine et qu'à ce titre, elle n'est pas infaillible. L'existence de ces voies de recours peut également s'analyser comme la volonté de rendre possible une véritable efficacité du droit à la preuve contraire. En effet, par cette remise en cause, le défendeur va se donner la possibilité, à l'issue d'un procès, soit de revenir à la phase de recherche de la vérité et pourra tenter d'anéantir la décision de culpabilité en faisant valoir de nouveaux éléments de preuve contraires, soit de démontrer que les éléments précédemment relevés n'ont pas été entendus à leur juste valeur. L'exercice des voies de recours contre des décisions de justice apparaît dès lors comme une véritable composante du droit à la preuve contraire.

Le droit de recours contre les déclarations de culpabilité revêt des réalités différentes selon qu'il touche des décisions non définitives (A) ou des décisions revêtues de la force de chose jugée et qui sont alors normalement considérées comme définitives (B).

[163] Art. 221-3 *C. proc. pén*.

## A. Le droit à un recours suite à une décision non définitive

Le droit à un recours face à une décision non définitive vise une procédure permettant de critiquer la décision de justice rendue afin de lui en substituer une nouvelle, présumée meilleure[164]. Il permet à la fois de faire contrôler la régularité formelle d'une décision mais va également bien au-delà en permettant de remettre en cause le bien jugé au fond du procès et l'intime conviction du juge. Avant de nous arrêter sur les différentes voies de recours contre une déclaration de culpabilité non définitive (2), nous allons retracer le mouvement qui a conduit à l'émergence d'un droit au double degré de juridiction (1).

### 1. L'émergence d'un droit au double degré de juridiction

« *En général, il est bon de ménager aux parties deux degrés de juridiction : là est leur sûreté* »[165]. Cette affirmation ne s'est pas toujours vérifiée, principalement en matière pénale. Si notre ancien droit prévoyait de multiples voies de recours contre les décisions juridictionnelles rendues par les seigneurs féodaux, elles marquaient plus la volonté d'affirmer la suprématie de l'échelon supérieur que de garantir une meilleure justice. Ainsi, le système judiciaire de l'Ancien droit posait la base de la subordination de la justice seigneuriale à la justice royale. Les officiers ou cours royales avaient la possibilité d'infirmer les décisions des officiers de justice locaux. La Révolution française a remis en cause cette organisation en prenant souvent le contre-pied. S'agissant de l'appel, il a même été question de le supprimer purement et simplement au motif qu'il n'était pas prouvé que le second jugement serait meilleur que le premier. Il fut maintenu en matière civile, mais en matière pénale, avec le recours au jury populaire, l'appel a été exclu comme remettant en cause la souveraineté populaire. La possibilité d'un recours en matière pénale a été réintroduite à la période napoléonienne. Le Code d'instruction criminelle de 1808 institua le double degré de juridiction, comme en matière civile, en imposant le recours à une juridiction supérieure soit parce que les magistrats sont plus nombreux, soit qu'ils sont plus expérimentés et donc plus élevés dans la hiérarchie judiciaire.

---

[164] J. Pradel, *Procédure pénale*, préc. , n° 936, p. 879.

[165] Propos tenus par J.-J. R. de Cambacérès à la séance du Conseil d'Etat du 2 juillet 1808, cité par le Baron J.G. Locre in : *Législation civile, commerciale et criminelle* , t. 13 ; Bruxelles, éd. Tarlier, 1836, p. 435.

Le Code de procédure civile a depuis longtemps consacré le droit au double degré de juridiction alors que le Code de procédure pénale est resté silencieux sur ce point jusqu'à l'introduction d'un article préliminaire qui dispose que « *Toute personne condamnée a le droit de faire examiner sa condamnation par une autre juridiction*»[166]. Cette disposition a été insérée dans notre Code de procédure pénale en même temps que l'instauration de l'appel des arrêts de cours d'assises[167]. Cette consécration, que l'on peut juger tardive, a fait l'objet d'une lente maturation. En effet, le droit au double degré de juridiction est explicitement affirmé dans l'article 14-5 du pacte international relatif aux droits civils et politiques, entré en vigueur le 23 mars 1976, qui dispose que « *Toute personne déclarée coupable d'une infraction a le droit de faire examiner par une juridiction supérieure la déclaration de culpabilité et la condamnation, conformément à la loi* ». L'article 2 du protocole n°7 à la Convention Européenne des Droits de l'Homme a repris les mêmes termes en énonçant que « *toute personne déclarée coupable d'une infraction pénale par un tribunal a le droit de faire examiner par une juridiction supérieure la déclaration de culpabilité ou la condamnation. L'exercice de ce droit, y compris les motifs pour lesquels il peut être exercé, sont régis par la loi »*[168]. Le contenu même de ces différentes déclarations, quelles soient internes ou internationales, instituant un droit au double degré de juridiction suscite néanmoins des interrogations tant leur rédaction prête à confusion. En effet, il n'est à aucun moment fait mention de la nature du réexamen et en particulier qu'il puisse toucher à la fois la forme et le fond de l'affaire. La protection de ce principe par le droit positif interne témoigne également de ces limites. En effet, le droit au double degré de juridiction n'a pas de réelle valeur constitutionnelle[169] même si le Conseil constitutionnel lui accorde néanmoins une protection médiate fondée sur le principe d'égalité[170]. Une protection minimum est également assurée par la Cour de cassation qui en fait un droit d'ordre public[171], la chambre criminelle parlant même de principe directeur du procès pénal, et par le Conseil d'Etat qui lui attribue le statut de principe général du droit processuel à valeur infra législative[172].

---

[166] Art. préliminaire III dernier al. *C. proc. pén*. issu de la loi du 15 juin 2000.
[167] Art. 380-1 *C. proc. pén* issu de la loi du 15 juin 2000.
[168] Protocole publié par décret du 24 janvier 1989. Il est à noter que la France n'avait pas encore ouvert le droit d'appel en matière criminelle et avait émis une réserve d'interprétation sur ce principe en précisant que l'examen par une juridiction supérieure pouvait se limiter à un contrôle de l'application de la loi tel que le recours en cassation : *JORF* 27 janv. 1989, p. 1233.
[169] Cons. Constit. 19-20 janv. 1981 ; *D*. 1981, p. 101, obs. J. Pradel ; *RDP* 1981, p. 659, obs. L. Philip ; Cons. Const. 20 janv. 1993 ; *RFDC* 1993, p. 375, obs. L. Favoreu.
[170] N. Molfessis, « La protection constitutionnelle », in : *Justice et double degré de juridiction* ; *Justice*, n°4, juill.-déc. 1996, p. 25 ; P. Hennion, Thèse préc., p. 438 s.
[171] Cass. crim 4 nov. 1992 ; *JCP* 1992, IV, p. 488.

En matière pénale, le droit au double degré de juridiction s'applique aussi bien aux décisions des juridictions d'instruction qu'aux décisions des juridictions de jugement. La faculté d'appel contre les décisions juridictionnelles du juge d'instruction ayant déjà fait l'objet de développements, nous allons nous arrêter sur les différentes voies de recours qui existent contre une déclaration de culpabilité non définitive.

### 2. Les différentes voies de recours contre une déclaration de culpabilité non définitive

Les voies de recours contre une déclaration de culpabilité non définitive, c'est-à-dire le pouvoir de contestation d'une décision de justice reconnaissant la culpabilité de la personne mise en cause, apparaissent comme une des dernières possibilités de faire valoir des arguments établissant son innocence. Nous étudierons donc successivement l'exercice du droit à la preuve contraire face aux différentes voies de recours que sont l'appel (a), l'opposition (b) et le pourvoi en cassation (c), qui s'il ne porte pas par essence sur la contestation des éléments de fait, mérite néanmoins une analyse au regard du droit à la preuve contraire.

#### a. L'appel et l'exercice du droit à la preuve contraire

L'appel consacre le principe du double degré de juridiction. L'exigence morale, éthique, de l'appel a été parfaitement bien exposée par Jérémy Bentham qui faisait l'éloge des cours d'appel et de leur haute mission en ces termes : « *réformer des décisions injustes, soit que l'injustice ait été involontaire, soit qu'elle ait eu pour cause l'ignorance ou l'erreur ; prévenir des jugements volontairement iniques, en ôtant l'espérance de les voir jamais exécutés. Considérer une cour d'appel comme simplement utile, ce n'est point s'en faire une assez haute idée, elle est d'une nécessité absolue*»[173].

---

[172] CE 4 fév. 1944 ; *RDP* 1944, p. 176, obs. G. Jèze. Il convient néanmoins de signaler qu'un arrêt CE du 17 déc. 2003, n° 258253, a retenu que « *la règle* [du double degré de juridiction] *ne constitue pas un principe général du droit qui interdirait au pouvoir réglementaire de prévoir, dans l'exercice de sa compétence, des cas dans lesquels les jugements sont rendus en premier et dernier ressort* ».

[173] J. Bentham, *Organisation judiciaire* ; Paris, 1828, p. 135, cité par Y. Strickler lors de la conférence prononcée le vendredi 12 octobre 2007 à Nancy, à l'occasion du XX$^{e}$ anniversaire des cours administratives d'appel.

L'appel constitue une voie de réformation. Cela signifie que la décision critiquée, sans limitation de cas d'ouverture, sera portée devant une juridiction supérieure afin que celle-ci rejuge entièrement l'affaire. C'est en cela une voie de recours qualifiée d'ordinaire par opposition aux voies de recours extraordinaires qui ne sont ouvertes que dans des cas limitativement énumérés par la loi et lorsque les voies de recours ordinaires ne sont plus accessibles.

Chaque partie au procès pénal a la possibilité de faire appel de la décision rendue. Cette faculté peut dès lors être utilisée en matières criminelle et correctionnelle[174] par l'accusé ou le prévenu, par la partie civile et la personne civilement responsable quant à leurs intérêts civils, au ministère public (procureur général en matière criminelle[175], procureur de la république et procureur général en matière correctionnelle) et aux administrations publiques lorsqu'elles ont exercé l'action publique (uniquement en cas d'appel du ministère public en matière criminelle). La matière contraventionnelle témoigne de quelques spécificités relatives à la faculté d'appel. Le droit d'appel appartient au prévenu, au ministère public (officier du ministère public près le tribunal de police et la juridiction de proximité, procureur de la République et procureur général près la cour d'appel), à la personne civilement responsable lorsque des dommages et intérêts ont été alloués et à la partie civile quant à ses intérêts civils[176]. Néanmoins, l'appel en matière contraventionnelle fait l'objet de limitations particulières. Ainsi, l'appel n'est ouvert que contre les jugements des tribunaux de police et des juridictions de proximité lorsque l'amende encourue est celle prévue pour les contraventions de cinquième classe[177], que l'amende effectivement prononcée est supérieure à celle prévue pour les contravention de deuxième classe[178] ou bien encore qu'il a été prononcé la peine de suspension du permis de conduire.

La faculté de faire appel a toute sa place dans l'exercice du droit à la preuve contraire puisque cette voie de droit va permettre à la personne mise en cause qui a été condamnée en

---

[174] Art. 380-2 et 497 *C. proc. pén*.
[175] La loi du 15 juin 2000 n'avait ouvert l'appel du procureur général en matière criminelle qu'en cas de condamnation et en excluant par la même l'appel des arrêts d'acquittement. L'exigence du respect de l'égalité des armes a conduit le législateur à introduire cette possibilité dans la loi du 4 mars 2002 instituant le dernier alinéa de l'article 380-2 *C. proc. pén*.
[176] Art. 547 *C. proc. pén*.
[177] 1500 euro en application de l'art. 131-13 *C. pén*. Il est à noter que dans le cas où la juridiction est saisie de plusieurs contraventions, il convient de faire le total des peines encourues pour déterminer si le seuil d'appel est atteint : Cass. crim 5 mai 1949 ; *D.* 1949, p. 421, note R. Vouin ; Cass. crim. 20 mars 1984 ; *Bull. crim*. n° 115 ; Cass. crim 8 fév. 2000 ; *Bull. crim*. n° 57 ; Cass. crim. 30 avr. 2002 ; *Bull. crim*. n° 90.
[178] 150 euro en application de l'art. 131-13 *C. pén*.

première instance de faire valoir à nouveau les éléments de preuve. En cela, l'appel est complet et permettra à la fois d'agir sur la réception de la preuve contraire par le juge en soumettant les éléments du dossier à de nouveaux magistrats qui pourront être plus sensibles aux arguments de la défense, et sur l'émission de la preuve contraire puisque la défense pourra produire tous les éléments de preuve contraire qu'elle souhaite, même s'ils sont nouveaux, et solliciter l'accomplissement de nouvelles diligences probatoires. La contestation de la décision rendue donne au défenseur la possibilité de revenir sur le terrain probatoire et d'influer sur l'intime conviction des nouveaux juges qui seront appelés à se prononcer. Il s'agit bien d'une voie de réformation qui va conduire à rejuger une affaire dans sa plénitude. La seule limite à cette affirmation tient à ce que la mise en état ne sera pas reprise au commencement. Le nouvel examen ne touchera que l'audience de jugement qui comporte également la phase d'instruction dite définitive.

Tout comme l'appel, l'opposition préserve une très large opportunité de rapporter la preuve contraire à l'accusation.

### b. L'opposition et l'exercice du droit à la preuve contraire

L'opposition est une voie de recours ordinaire et de rétractation contre une décision rendue par défaut. Le prévenu pourra user de cette possibilité dans deux cas (limitativement énumérés). Tout d'abord lorsqu'il a eu connaissance de la citation mais qu'il n'a pas pu comparaître à cause d'une excuse considérée comme légitime par le tribunal. En second lieu, lorsque le prévenu n'a pas eu une connaissance effective de la citation à comparaître.

Les décisions susceptibles de faire l'objet d'une opposition sont les jugements des tribunaux de police et correctionnels[179], les arrêts des chambres des appels correctionnels[180], les ordonnances pénales en matière correctionnelle et contraventionnelle[181] et même les arrêts de cassation[182].

S'agissant d'une voie de rétractation, ce recours est porté devant la même juridiction que celle saisie initialement à qui l'on va demander de statuer de nouveau et cette fois contradictoirement. Cette procédure se justifie par l'idée qu'une personne ne peut être condamnée sans avoir été entendue personnellement, ce qui pourrait en réalité conduire à lui

[179] Art. 487, 489 et 545 *C. proc. pén.*
[180] Art. 512 *C. proc. pén*. par un renvoi explicite aux art. 487 et s. *C. proc. pén*.
[181] Art. 495-3 et 527 *C. proc. pén.*
[182] Art. 579 *C. proc. pén.*

faire perdre un degré de juridiction. Ce concept révèle également toute la place que réserve notre droit au poids de la parole de la personne mise en cause au cours de l'instance et par conséquent de la force de preuve contraire que peut représenter le droit pour le défenseur de s'exprimer.

L'intérêt de cette voie de recours dans l'étude d'un droit à la preuve contraire est double. Elle permet tout d'abord le réexamen plein et entier de l'affaire et laisse donc la possibilité à la défense de rapporter tous les éléments de preuve contraires à l'accusation, qu'ils aient été évoqués au cours du premier examen ou non. L'opposition produit un effet extinctif qui anéantit le jugement rendu par défaut. Ce caractère extinctif se justifie par le caractère non fautif de l'absence du prévenu et pour garantir ainsi l'effectivité des autres voies de recours[183]. L'existence même de cette procédure témoigne en second lieu de la reconnaissance de la place de la personne mise en cause dans son procès et du caractère actif qu'elle peut avoir dans sa défense. Son absence étant alors considérée comme une limite à la possibilité de rapporter la preuve contraire en ce qu'il ne peut être entendu sur les faits qui lui sont reprochés. Lorsque cette absence n'est pas fautive (fuite…), l'affaire doit être réexaminée en permettant au prévenu d'exercer utilement son droit à la preuve contraire sans utiliser une autre voie de recours qui limiterait les possibilités de remises en cause ultérieures de la décision rendue.

Une mention particulière doit être faite à la procédure de défaut criminel introduite par la loi du 9 mars 2004[184] en remplacement de la procédure de contumace. La purge du défaut criminel ne constitue pas à proprement parler une voie de recours en ce que l'arrêt de la cour d'assises tombe de lui-même, est non avenu, si l'accusé condamné par défaut se constitue prisonnier ou est arrêté avant que la peine soit éteinte par la prescription. La juridiction qui a initialement statué est alors à nouveau saisie afin de réexaminer l'affaire. Si la purge du défaut criminel ne nécessite pas de demande particulière, elle relève néanmoins de la même préoccupation que la procédure d'opposition en matière contraventionnelle et délictuelle mis à part qu'elle est applicable également à l'absence fautive de la personne mise en cause. Cette procédure vise à permettre à l'accusé absent de retrouver une possibilité effective de se défendre devant ses juges et d'apporter des éléments de preuve contraires à l'accusation. La

[183] Preuve en est que dans le cas où le prévenu est à nouveau absent non fautif (il n'a pas été averti de la nouvelle audience et n'a pu ainsi comparaître), la juridiction saisie pourra à nouveau rendre une décision de défaut susceptible d'une nouvelle opposition : Cass. crim. 8 juin 1989 ; *JCP* 1990, n° 21512, note Y. Picod ; Cass. crim. 28 avril 1993 ; *Bull. crim*. n° 159 ; Cass. crim. 26 mars 2008 ; *AJ pén.* 2008, p. 287, obs. M. Nord-Wagner.
[184] Art. 379-2 s. *C. proc. pén*.

procédure de défaut criminel est plus protectrice du droit au procès équitable et du droit à la preuve contraire que ne l'était la procédure de contumace en ce que l'accusé absent peut dorénavant être représenté par un avocat au cours de l'audience à laquelle il ne peut assister[185].

### c. Le pourvoi en cassation, voie de recours extraordinaire dans l'exercice d'un droit à la preuve contraire

Le pourvoi en cassation est une voie de recours qualifiée d'extraordinaire en ce qu'il ne peut être exercé que dans des cas déterminés[186]. Par ailleurs, il ne permet pas de contester l'interprétation des faits ou les erreurs de fait des juridictions de dernier degré, mais d'apprécier la légalité de la décision attaquée et donner une certaine unité à la jurisprudence dans l'interprétation de la loi. Le pourvoi est porté devant la Cour de cassation dont la mission sera par conséquent de sanctionner les éventuelles erreurs de droit commises par les juridictions inférieures. Cette particularité va bien évidemment influer sur la nature de la preuve contraire à rapporter dans le cadre de cette instance. Face à une voie de recours ordinaire, la preuve contraire touchera essentiellement les éléments de fait qui conduisent à la mise en cause, mais s'agissant du pourvoi en cassation, la preuve contraire à l'accusation devra nécessairement mettre en cause la légalité de la décision attaquée par des moyens de droit et non plus par des moyens de fait. Si cette voie de recours semble plus éloignée de l'exercice réel et efficace du droit à la preuve contraire, il mérite néanmoins une brève étude à ce stade car la recherche d'un moyen de droit pour obtenir la cassation d'une décision de fond peut réellement permettre à une personne mise en cause de retrouver la possibilité d'emporter l'intime conviction des juges du fond devant une juridiction de renvoi.

Il apparaît néanmoins clairement que l'exercice du droit à la preuve contraire devant la Cour de cassation sera limité par les cas d'ouverture du pourvoi.

---

[185] Cette disposition a été introduite à la suite de condamnations de la France par la Cour européenne des droits de l'Homme pour atteinte au droit au procès équitable : CEDH Krombach c. France, 13 fév. 2001, req. n° 29731/96 ; *Rev sc. crim*. 2001, p. 429, note F. Massias.

[186] B. Bouloc, *Procédure pénale,* préc, n° 937 s., p. 902 s. ; J. Pradel, *Procédure pénale*, préc., n° 878 s., p. 909 s. ; F. Fourment, *Procédure pénale,* préc., n° 644 s., p. 317 s. ; C. Ambroise-Castérot, *Procédure pénale,* préc., n° 494, p. 320.

Il peut s'agir tout d'abord de la constitution irrégulière de la juridiction[187]. Dans ce cas, la décision est attaquée pour défaut de respect du formalisme procédural qui est édicté pour assurer l'impartialité de la justice et le respect des droits de la défense. Une décision pourra être cassée lorsqu'elle n'a pas été rendue par le nombre de juges prescrit[188] ou lorsque les juges n'ont pas assisté à toutes les audiences de la cause[189].

La loi prévoit également expressément la cassation dans le cas d'un défaut de publicité des débats ou du prononcé de la décision attaquée[190], si le ministère public n'a pas été entendu[191], pour défaut de réponse à conclusions[192], en matière criminelle si l'arrêt prononce une peine autre que celle prévue pas la loi[193] ou bien encore dans toutes les matières, pour défaut et insuffisance de motifs[194].

En dehors de ces cas explicitement prévus par la loi, la jurisprudence a relevé des cas d'ouverture déduits de la notion de « violation de la loi » prévue par les articles 567 et 591 du Code de procédure pénale. Il s'agit de l'incompétence de la juridiction qui s'est prononcée, de l'excès de pouvoir…

Le pourvoi en cassation dans l'intérêt de la loi relève d'une particularité qui l'exclut du débat sur l'exercice du droit à la preuve contraire. Cette voie de recours ne peut être exercée que par le procureur général près la Cour de cassation et le procureur général près une cour d'appel contre un arrêt d'acquittement prononcé par une cour d'assises[195]. Le pourvoi dans l'intérêt de la loi n'a pas d'incidence sur le droit à la preuve contraire car il ne concerne pas les intérêts privés et la cassation éventuelle ne peut emporter aucune conséquence sur la situation des parties. Nous n'évoquerons donc pas plus cette voie de recours pour étudier la place du droit à la preuve contraire face à la force irrévocable de chose jugée, c'est-à-dire face à des décisions définitives.

---

[187] Art. 592 al. 1 *C. proc. pén.*
[188] Cass. crim. 30 oct. 1973; *Bull. crim*. n°391; Cass. crim. 15 nov. 1973 ; *Bull. crim*. n° 420.
[189] Cass. crim. 5 juin 1989 ; *Bull. crim*. n° 235 : Dans cette espèce l'arrêt a été lu et signé par un juge absent lors des débats et du délibéré ; Cass. crim. 20 oct. 1999 ; *Bull. crim*. n° 224.
[190] Art. 592 al. 3 *C. proc. pén*.
[191] Art. 592 al. 2 *C. proc. pén*
[192] Art. 593 al.2 *C. proc. pén.*
[193] Art. 596 *C. proc. pén*.
[194] Art. 593 al. 1 *C. prc. pén*. ; V. infra, p. 264 s.
[195] Art. 572, 620 et s. *C. proc. pén*.

### B. Le droit à un recours contre les décisions définitives ou le droit à la preuve contraire face à la force irrévocable de chose jugée

Si le droit de recours est essentiel pour assurer la légitimité de la manifestation de la vérité, il n'est pas absolu. Le droit de faire réexaminer sa cause devant un tribunal indépendant et impartial ne doit pas permettre la remise en cause perpétuelle des décisions et ainsi retarder de manière dilatoire l'application de la sanction. Le jugement doit à un moment ou à un autre devenir définitif, c'est-à-dire passer en force de chose jugée et devenir la vérité judiciaire[196].

La volonté de lutter le plus efficacement possible contre l'erreur judiciaire a néanmoins conduit le législateur à prévoir des mécanismes, certes restrictifs, qui permettent, alors que la condamnation est passée en force de chose jugée et peut être considérée comme définitive, de laisser une ultime chance de rapporter la preuve contraire à la culpabilité.

Ce recours de la dernière chance peut prendre la forme du recours en révision devant les juridictions nationales (1) ou du recours en réexamen à la suite d'une décision rendue par la Cour européenne des droits de l'Homme remettant en cause la décision d'une juridiction nationale (2).

#### 1. Le recours en révision comme application ultime du droit à la preuve contraire

Par l'institution du recours en révision, la justice tend à démontrer sa finalité, c'est-à-dire la recherche de la vérité et la condamnation des coupables. Lorsqu'un doute apparaît postérieurement à la déclaration de culpabilité, la légitimité des décisions de justice commande le réexamen de la condamnation[197]. L'évolution du recours en révision, c'est-à-dire de la réparation de l'erreur de fait *in defavorem*[198], a été pour le moins chaotique[199]. Si cette voie de recours est reconnue en France depuis le XVI$^{e}$ siècle, elle a été remise en cause à

[196] L'art.6 *C. proc. pén.* dispose que l'autorité de chose jugée éteint définitivement l'action publique.
[197] J. A. Romeiro, « La révision comme facteur d'ennoblissement de la justice » ; *Rev. sc. crim*. 1970, p. 629.
[198] Certaines législations anciennes de l'Europe de l'Est admettaient la révision *in defavorem* et *in favorem* ce qui rendait possible d'arrêter et de juger à nouveau l'individu acquitté par erreur. Ces dispositions ont disparu aujourd'hui sauf en Allemagne qui connaît encore ce mécanisme contraire au principe *non bis in idem* : V. J. Pradel, « La révision pour erreur judiciaire, prolégomènes » ; *RPDP*, décembre 2001, n° 4, p. 667.
[199] V. P. Hennion, *Preuve pénale et droits de l'homme* ; Thèse, Nice-Sophia Antipolis, Villeneuve d'Ascq, Presses Universitaires du Septentrion, 2001, n° 469 s., p. 456 s.

de multiples reprises[200] pour être ensuite consacrée par le Code d'instruction criminelle[201] puis dans le Code de procédure pénale[202].

La procédure de révision permet de rejuger une affaire qui, pourtant, avait été définitivement jugée, faisant ainsi exception à l'autorité de chose jugée qui rend la décision de justice irrévocable. Cette possibilité devant rester exceptionnelle, cette voie de recours est qualifiée d'extraordinaire afin de souligner son caractère dérogatoire et l'ultime possibilité de faire reconnaître l'erreur de fait qui a conduit à une condamnation infondée[203]. En d'autres termes, cette voie de recours extraordinaire s'analyse comme l'ultime possibilité de faire valoir la preuve contraire à la culpabilité alors que la condamnation est définitive. Elle a pour conséquence, lorsqu'elle aboutit, de faire réexaminer l'affaire par une juridiction de même degré et de même nature que celle qui a prononcé la décision attaquée. Cette faculté participe à l'affirmation d'un réel droit à la preuve contraire qui doit permettre en tout état de cause de rapporter des éléments de preuve de nature à démontrer l'innocence de la personne concernée. Si le fait qu'une condamnation définitive soit intervenue n'est pas sans conséquences et limite l'exercice de ce droit, cela ne veut pas dire que le droit à la preuve contraire disparaît purement et simplement.

La demande en révision peut être introduite sans aucune condition de délai par le ministre de la Justice ou par le condamné ou son représentant légal (s'il est décédé ou déclaré absent, la demande peut tout de même être introduite par son conjoint, sa famille ou tous autres légataires universels). La requête est adressée à la Commission de révision des condamnations qui dispose de pleins pouvoirs d'investigation et de la possibilité de suspendre l'exécution de la condamnation. Cette commission, véritable juridiction d'instruction, agit comme une sorte de filtre et ne transmettra la requête à la Chambre criminelle qui statuera en Cour de révision que si la demande lui paraît devoir être admise[204]. Les éléments de preuve contraire du requérant doivent être recueillis par la Commission qui rend par la suite une décision motivée mais non susceptible de recours. La Cour de révision dispose des mêmes

---

[200] Durant la Révolution française, la croyance dans l'infaillibilité du jury populaire a conduit la Constituante à supprimer le recours en révision par un décret du 17 août 1792 avant de le rétablir le 15 mai 1793 dans le cas restrictif de la condamnation de deux personnes différentes pour les mêmes faits. Cette voie de recours a été à nouveau supprimée de l'arsenal juridique par le Code des délits et des peines du 3 brumaire de l'an IV (25 octobre 1795) pour être réadmise par la Cour de cassation dans une décision Cass. crim. 9 vendémière de l'an IX (octobre 1800).

[201] Art. 443 CIC

[202] Art. 622 s. *C. proc. pén*.

[203] L. Leturmy, « La révision pour erreur judiciaire, Le droit français » ; *RPDP*, décembre 2001, n° 4, p. 669.

[204] P. Couvrat, « La loi du 23 juin 1989 relative à la révision des condamnations pénales », in : *chronique pénitentiaire et de l'exécution des peines* ; *Rev. sc. crim*. 1989, p.782.

pouvoirs d'instruction et de suspension de la condamnation que la Commission. Lorsque l'affaire est en état d'être évoquée, elle se réunit en audience publique. Après avoir entendu les observations de toutes les parties, elle peut soit rejeter la demande soit, si elle l'estime fondée, annuler la condamnation en cause. Dans ce cas, elle apprécie la nécessité de renvoyer l'affaire devant une juridiction du même ordre et du même degré différente de celle qui a rendu la décision attaquée[205].

La demande en révision, de par son caractère exceptionnel, est soumise à des conditions strictes tenant aussi bien aux caractères des décisions susceptibles d'être attaquées (a) qu'aux cas d'ouverture du pourvoi en révision (b).

a. Le caractère des décisions susceptibles d'un recours en révision

La possibilité de rapporter la preuve contraire suite à une décision passée en force de chose jugée implique que cette décision soit irrévocable, c'est-à-dire qu'aucune autre voie de recours ne soit ouverte[206]. Le recours en révision revêt bien alors le caractère d'ultime possibilité de rapporter la preuve de son innocence. La décision mise en cause doit en outre comporter une déclaration de culpabilité[207] et concerner un crime ou un délit[208]. Cette dernière disposition exclut par conséquent la matière contraventionnelle du recours en révision[209]. Cette limitation du droit ultime à la preuve contraire s'explique néanmoins par le fait qu'il touche les infractions les moins graves qui ne sont pas considérées comme

[205] Dans le cas où il n'est plus possible de procéder à de nouveaux débats contradictoires, du fait par exemple du décès du condamné, la Cour annule les condamnations injustifiées et selon la formule consacrée « décharge la mémoire des morts » : art. 625 *C. proc. pén.*

[206] Art. 622 al. 1 *C. proc. pén*.

[207] L'art. 622 al.1 C. proc. pén. énonce explicitement que le recours en révision s'applique à toute personne « reconnue coupable ». Cette disposition confirme que ne sont visées par la loi française que les erreurs de fait *in defavorem*. Cette procédure s'applique donc à toute décision de reconnaissance de culpabilité, même sans condamnation à une peine (par exemple en cas de dispense de peine). La Cour de cassation va même jusqu'à autoriser le recours à cette procédure contre un arrêt se prononçant sur les seuls intérêts civils alors que la décision de relaxe de l'infraction de violences volontaires prononcée en première instance était devenue définitive considérant que « *bien que non condamné pénalement, l'individu est reconnu auteur d'un délit* » (Cass. crim. 27 avr. 1989 ; *Bull. crim.* n° 172). Mais cette jurisprudence semble isolée et le législateur, dans la réforme de 1989 a entendu ne viser que les décisions ayant un caractère pénal et ayant par essence un aspect infamant.

[208] Le *Code d'instruction criminelle* de 1808 ne prévoyait d'ouverture à révision qu'en matière criminelle et c'est une loi du 29 juin 1867 qui l'a étendue à la matière délictuelle.

[209] V. Comm. révis. 7 fév. 2005 ; *Bull*. n° 1: « *La demande de révision d'une condamnation pour contravention n'entre pas dans les prévisions de l'art. 622 C.pr.pén*. ». Hormis le cas de l'indivisibilité des contraventions avec un crime ou un délit : V. Cass. crim. 5 nov. 1987 ; *Bull. crim.* n°392. Il s'agissait dans cette espèce d'une contravention de violences légères indivisible des délits de vol et de refus d'obtempérer.

déshonorantes[210]. Si le cas peut sembler exceptionnel, il semblerait néanmoins souhaitable de permettre à tout individu injustement condamné d'être rétabli dans son innocence qui plus est lorsque les auteurs réels des infractions reprochées ont été confondus.

### b. Les cas d'ouverture de la demande en révision

La loi prévoit quatre cas d'ouverture à révision qui peuvent se diviser en trois cas spéciaux ou déterminés et un cas général[211].

Les trois premiers cas d'ouverture sont historiquement les plus anciens et étaient déjà prévu quasiment dans leur forme actuelle par le Code d'instruction criminelle de 1808. Le premier vise l'inexistence de l'homicide pour lequel la personne a été condamnée[212]. Il s'agit du cas dans lequel on découvre après condamnation des éléments permettant de supposer que la prétendue victime de cet homicide est encore vivante. Le deuxième cas concerne la contrariété de jugements[213] dans la mesure où, après une condamnation pour un crime ou un délit, un autre arrêt ou jugement a condamné un autre individu à raison des mêmes faits. Cette contrariété de jugement induit nécessairement l'innocence de l'un ou de l'autre. Enfin le troisième cas vise la condamnation de l'un des témoins pour faux témoignage contre l'accusé ou le prévenu[214].

Le quatrième et dernier cas d'ouverture à révision est général et tend à s'appliquer lorsque *« Après une condamnation, vient à se produire ou à se révéler un fait nouveau ou un élément inconnu de la juridiction au jour du procès, de nature à faire naître un doute sur la culpabilité du condamné. [215]»* Ce dernier cas d'ouverture nous intéresse au premier chef pour tenter de dessiner les contours de la preuve contraire à rapporter afin de permettre le réexamen d'une décision définitive. La rédaction de cet article du Code de procédure pénale a évolué avec la loi du 23 juin 1989. Cette disposition visait déjà antérieurement la possibilité de demander la révision d'une condamnation pénale « *si un fait venait à se produire ou à se*

---

[210] V. J. Pradel, *Procédure pénale*, préc., n° 1012, p. 930. Il est à noter également que l'art. 131-12 C. pénal exclue dorénavant les peines privatives de liberté des peines contraventionnelles.
[211] V. F. Fourment, *Procédure pénale*, préc., n° 669 ; H. Angevin, « La réforme de la révision des condamnations pénales » ; *JCP* 1989, doctr. n°3416 ; C. Garcin, « Commentaire de la loi du 23 juin 1989 relative à la révision des condamnations pénales » ; *Gaz. pal.* 1991, doctr. p. 36 ;
[212] Art. 622 1° *C. proc. pén*.
[213] Art. 622 2° *C. proc. pén*. ; V. par ex. Comm. révis. 14 mai 2002 ; *Bull.* n° 2, *JCP* 2002, IV, p. 2010 ; *Dr. pén*. 2002, comm. n° 117, obs. A. Maron.
[214] Art. 622 3° *C. proc. pén*. ; V. par ex. Cass. crim. 27 avr. 1989; *Bull*. *crim*. n° 172.
[215] Art. 622 4° *C. proc. pén*.

*révéler, ou lorsque des pièces inconnues lors des débats étaient présentées, de nature à établir l'innocence du condamné* ». La loi nouvelle a modifié la rédaction de cet article pour permettre la révision lorsque « *après une condamnation, vient à se produire ou à se révéler un fait nouveau ou un élément inconnu de la juridiction au jour du procès, de nature à faire naître un doute sur la culpabilité du condamné* ».

Ce fait nouveau relève bien d'une preuve contraire à la culpabilité. La particularité de la procédure de révision veut que cette preuve contraire soit révélée postérieurement au jugement définitif, mais qu'elle puisse tout de même emporter des conséquences pour la personne mise en cause (condamnée) en permettant la réouverture de son procès. Les textes ne nous éclairent que peu sur les contours de cette preuve contraire et la jurisprudence de la Cour de cassation est primordiale en la matière. La constante est que cette preuve contraire doit être nouvelle. La demande en révision n'est pas l'occasion de présenter à nouveau des éléments de preuve déjà portés au débat et qui n'ont pas été retenus ou qui n'ont pas été prépondérants dans la décision finale[216]. La nouvelle rédaction tend néanmoins à donner une plus grande souplesse puisque le fait nouveau n'a plus formellement à établir l'innocence, mais simplement à faire surgir un doute sur la culpabilité[217], doute qui par définition n'existait pas au jour du jugement.

La preuve contraire susceptible d'entraîner l'ouverture d'une révision peut dès lors être très diverse[218]. Il peut s'agir du désistement d'un témoin dont la déposition constituait une charge essentielle, des révélations d'un prévenu condamné dans une autre affaire[219], de

[216] V. par ex. Comm. révis. 22 mai 2008, n°06-80525 ; *Bull.* n° 1, *JurisData* n° 2008-044291 : Deux prévenus avaient été condamnés par le tribunal correctionnel, l'un pour faux, usage de faux et abus de biens sociaux à six mois d'emprisonnement avec sursis et 8000 euros d'amende, le second, pour faux, usage de faux et complicité d'abus de biens sociaux, à trois mois de prison avec sursis et 3000 euros d'amende. Seul le second avait fait appel de la décision et a été relaxé. Le premier a estimé que cette relaxe constituait un fait nouveau de nature à faire naître un doute sur sa culpabilité. Tel n'a pas été l'analyse de la Commission qui précise qu'aucun fait nouveau inconnu du tribunal correctionnel au jour du procès n'a été révélé par la cour d'appel et qu'en conséquence, la requête en révision ne pouvait aboutir.

[217] Dans le texte du projet de loi initial, il était précisé que le doute devait être « sérieux », mais cet adjectif a été supprimé au cours des débats devant le Sénat dans la mesure où il est apparu inutile étant donné que le doute doit déboucher sur l'innocence : travaux préparatoires sur les propositions de loi n°264 et 355 (1988-1989), rapports n° 404 et 630 de M. P. Marchand au nom de la commission des lois de l'Assemblée Nationale et rapports n°220 et 324 de M. Rudloff au nom de la commission des lois du Sénat et JO déb. Sénat, séance du 11 avril 1989, p.152. En cela, la loi na fait que reprendre une jurisprudence libérale de la Cour de cassation qui admettait que le fait nouveau crée un simple doute sur la culpabilité (Cass. crim. 14 mai 1927 ; *Bull. crim.* n° 114 ; Cass. crim. 9 nov. 1955 ; *Bull. crim.* n° 474), et exceptionnellement, un doute « sérieux » sur la culpabilité (Cass. crim. 27 fév. 1957; *Bull. crim.* n° 206 ; Cass. crim. 29 mars 1984; *Bull. crim.* n° 133 ; *D.* 1984, IR 378).

[218] L. Leturmy, *préc.*, p. 675.

[219] Cass. crim. 22 avr. 1898 ; *D.P.* 1900, I, 13.

nouvelles découvertes scientifiques[220] ou bien encore la production pour la première fois d'un certificat d'hospitalisation prouvant que le condamné ne pouvait se trouver sur les lieux du crime[221].

La demande en révision permet, même après condamnation définitive, c'est-à-dire ayant acquis l'autorité de chose jugée, de faire valoir des éléments de preuve contraire. Bien que cette possibilité soit réduite par les qualités de la preuve contraire qui doit être rapportée, exigence rendue nécessaire par la force de la déclaration de culpabilité attaquée, ce mécanisme laisse apparaître une ultime possibilité de faire valoir des preuves de l'innocence de la personne condamnée. La demande en révision n'est pas la seule possibilité de rapporter des preuves contraires à la culpabilité postérieurement à la condamnation définitive. Le contentieux porté devant la Cour européenne des droits de l'Homme permet dorénavant un réexamen de l'affaire au fond.

### 2. La place du recours en réexamen dans l'exercice d'un droit à la preuve contraire

Le recours en réexamen d'une décision pénale consécutif au prononcé d'un arrêt de la Cour européenne des droits de l'Homme est une nouvelle voie de recours extraordinaire introduite par la loi du 15 juin 2000[222]. Cette nouvelle voie de recours mérite d'être soulignée car elle donne un contenu particulier à la notion de preuve contraire. Devant, la Cour européenne des droits de l'Homme, le justiciable va tenter de démontrer qu'il n'a pas été « bien » jugé et qu'il convient donc à l'ordre juridique national d'en tirer toutes les conséquences. Cette démarche n'est pas anodine et n'allait pas de soi puisque les décisions définitives rendues par les juridictions nationales au « au nom du peuple français » peuvent

[220] Cass. crim. 28 déc. 1923, affaire Danval ; *D.P.* 1924, I, 66. Dans cette espèce, l'explication médicale de la présence d'arsenic dans le corps de la victime a été démontrée scientifiquement postérieurement au jugement de condamnation pour empoisonnement et relevait simplement d'une insuffisance surrénale aigüe de la victime ce qui permettait d'écarter le crime d'empoisonnement.

[221] Affaire Rida Daalouche qui a obtenu l'annulation de sa condamnation le 4 oct. 1998 et son acquittement le 8 mai 1999 par la Cour d'assises de l'Hérault. Dans cette espèce, aussi surprenant que cela puisse paraître les juges n'avaient pas approfondi une vague justification présentée par l'accusé selon laquelle il aurait été hospitalisé durant le printemps pendant lequel s'étaient déroulés les faits. Il avait été condamné en 1994 à 14 ans de réclusion pour coups mortels sur un jeune homme. C'est la famille de l'accusé qui a découvert cette hospitalisation de plusieurs jours dans une institution psychiatrique pour un sevrage alors qu'elle avait toujours prétendu qu'ils avaient passé la soirée du crime en famille à regarder la télévision, mais cet alibi n'avait pas convaincu les juges. V. H. Romanet de Valicourt, *L'erreur judiciaire* ; Paris, l'Harmattan, 2005, p. 219.

[222] Art. 89 de la loi 2000-516 du 15 juin 2000 issu d'un amendement parlementaire du député J. Lang et repris dans les art. 626-1 à 626-7 *C. proc. pén*.

désormais être remises en cause si elles sont jugées non conformes aux exigences de la Convention européenne selon l'appréciation du juge européen[223]. Mais à ce stade, il convient de préciser qu'il s'agit d'une demande en réexamen et non en révision. La requête en révision est basée sur des éléments de fait (particulièrement la connaissance de faits nouveaux) alors que la demande en réexamen s'appuie sur des raisons de droit, à savoir la violation de dispositions de la Convention européenne des droits de l'Homme[224]. L'objet de la preuve contraire dans le cadre de ce nouveau recours est par conséquent singulier puisqu'il ne touchera ni aux faits de la cause ni à une mauvaise appréciation des textes, mais à la violation des dispositions conventionnelles protectrices des droits de l'homme. Ce constat peut intéresser la matière qui nous occupe puisqu'une telle violation peut laisser planer une suspicion sur l'ensemble de l'instance et laisser penser que la personne mise en cause n'a pas bénéficié de toutes les garanties pour rapporter la preuve contraire à l'accusation ou pour que cette preuve contraire soit légitimement et équitablement entendue. En cela, le recours en réexamen peut permettre à la personne mise en cause de revenir au réexamen du pourvoi en cassation[225] ou même de réexaminer l'affaire dans son ensemble devant une juridiction de même degré que celle qui a rendu la décision litigieuse[226] auquel cas la personne mise en cause retrouve l'exercice plein et entier de son droit à la preuve contraire et de son droit de recours ultérieur dans une procédure comparable à la révision des condamnations pénales.

Pour qu'une décision pénale de condamnation puisse faire l'objet d'un recours en réexamen, il faut qu'elle émane d'une juridiction française, qu'elle ne soit plus susceptible de recours interne et qu'elle ait donné lieu à condamnation de la France par la Cour européenne

---

[223] J.-F. Renucci, « Le réexamen d'une décision de justice définitive dans l'intérêt des droits de l'Homme », *D.* 2000, chr. p. 655. Il est à noter que la France était l'un des derniers pays à ne pas avoir prévu cette possibilité : J. Pradel, préc., n° 1023 s., p. 916 s. ; D. N. Commaret, « La procédure de réexamen » ; *Rev. sc. crim.* 2002, p. 348.

[224] Contrairement à ce que prévoyait l'amendement à l'origine de cette disposition qui en faisait un cinquième cas d'ouverture en révision : V. F. Fourment, préc., n° 716, p. 305.

[225] Art. 626-4 *C. proc. pén*. : ce réexamen est confié à l'assemblée plénière dans le cas où il est de nature à remédier à la violation constatée par la juridiction européenne. Il en est ainsi dans le cas de la violation de l'art. 6§1 Conv. EDH résultant de la communication au seul avocat général de l'intégralité du rapport du conseiller rapporteur devant la Cour de cassation et de l'absence de communication au condamné des conclusions de l'avocat général (CRD pén. 30 mai 2002 ; *Bull. CRD pén.* n° 3) ; ou bien encore de l'irrecevabilité du recours devant la Cour de cassation pour défaut de mise en état qui constitue une entrave excessive au droit au procès équitable et doit conduire au réexamen du pourvoi (CRD pén. 14 mars 2002 ; *Bull. CRD pén.* n° 2 ; CRD pén. 26 fév. 2004 ; *Bull. CRD pén.* n°2).

[226] Art. 626-4 *C. proc. pén*. : il en est par exemple ainsi de la constatation de la violation de l'art. 6§1 Conv. EDH pour défaut d'impartialité de la cour d'assises qui entraînera le renvoi devant une autre cour d'assises : CRD pén. 6 déc. 2001 *; Bull. crim.* n° 255 ; *Dr. pén*. 2002 chr. n° 16 ; ou bien encore lorsque la condamnation est intervenue en violation des art. 6§1 et 6§3 Conv. EDH en raison de la privation de l'assistance d'un défenseur au prévenu non comparant devant la cour d'appel qui doit entraîner le réexamen de la décision par une autre cour d'appel : CRD pén. 24 janv. 2002 ; *Bull. crim*. n° 1 ; *Dr. pén*. 2002 chr. n°16.

des droits de l'Homme pour violation d'une disposition de la Convention ou de l'un de ses protocoles additionnels. De plus, une condition restrictive a été instaurée par le législateur dans la mise en œuvre de cette nouvelle voie de contestation. En effet, le réexamen n'est ouvert que dans la mesure où « *la violation constatée entraîne pour le condamné des conséquences dommageables auxquelles la satisfaction équitable allouée sur le fondement de l'article 41 de la Convention ne pourrait mettre un terme*»[227]. Cette condition suppose une gravité telle de la violation que le préjudice subi ne peut être réparé ou n'a pas été réparé par la satisfaction équitable prévue à l'article 41 de la Convention.

Cette analyse sur le droit de contestation confirme que la possibilité offerte à la personne mise en cause de contester l'accusation devenue culpabilité après jugement va très loin, jusqu'à permettre la réouverture d'un procès après jugement qualifié de définitif si un nouvel élément de preuve contraire vient à être soulevé. Au-delà de cette bienveillance procédurale, il convient de souligner la montée en puissance des possibilités d'intervention de la personne poursuivie au cours de l'instruction préparatoire par le biais des demandes d'actes et de la liberté dans la production de la preuve consacrée par la jurisprudence. Ce mouvement qui place la personne mise en cause au cœur de sa défense n'écarte pas pour autant l'importance du rôle du juge dans l'exercice du droit à la preuve contraire. En vertu du principe de l'intime conviction, le juge apprécie librement les éléments de preuve qu'ils soient favorables ou défavorables à l'accusation. Son rôle doit néanmoins s'adapter et se coordonner, principalement au stade de l'instruction préparatoire, à la montée en puissance des droits de l'accusé.

[227] Art. 626-1 *C. proc. pén.*

# Chapitre 2 : La liberté de la preuve contraire et le juge

L'histoire de la justice criminelle en France a été régulièrement marquée par la condamnation à tort d'innocents. D'Alfred Dreyfus qui passa douze ans de détention en Guyane avant d'être réhabilité, à Patrick Dils, resté quinze années en prison avant que son innocence ne soit établie, en passant par l'affaire d'Outreau qui permit de dénoncer des mises en causes et des placements en détention provisoire d'innocents pendant plusieurs années[228]. Sans parler des nombreuses affaires dans lesquelles le doute sur la culpabilité est tellement fort qu'il efface l'absence de réelle réhabilitation judiciaire[229]. Au cœur de ces affaires, c'est souvent le rôle du juge qui a été mis en cause, soit parce qu'il avait insuffisamment instrumenté, soit parce que son attitude avait été marquée par une conviction de culpabilité trop affirmée pour entendre les éléments qui pouvaient induire l'innocence de la personne poursuivie. On a alors dénoncé tour à tour la lenteur de la procédure, l'abus de la détention provisoire, la solitude et l'omnipotence du juge d'instruction, l'insuffisance des garanties offertes à la défense. En cela, le rôle du juge, rouage décisionnel de notre procédure pénale, ne peut être écarté d'une réflexion sur le droit à la preuve contraire.

Après avoir envisagé la dualité du rôle du juge, à la fois émetteur et récepteur de la preuve contraire (Section 1), nous analyserons les mouvements actuels de notre procédure pénale sur le positionnement du juge, plus particulièrement du juge d'instruction, et la nécessité de s'orienter vers un juge arbitre qui serait le système le plus efficace pour garantir l'exercice réel et efficace d'un droit à la preuve contraire (Section 2).

---

[228] Le nombre de demandes d'indemnisation d'une détention provisoire « abusive » a augmenté de plus de 23% entre 2004 et 2005 : Rep. min. n°118386, *JOAN* 1er mai 2007, p. 4156.

[229] Citons pour exemple l'affaire Guillaume Seznec, l'affaire dite du pull-over rouge qui a vu l'exécution de Christian Ranucci, l'un des derniers condamnés à mort de France, ou bien encore l'affaire Omar Raddad. Sur les erreurs judiciaires, voir : L. Dibos, D. Durand et autres, *Les grandes erreurs judiciaires* ; Issy les Moulineaux, éd. Prat, 2006.

## Section 1 : La dualité du rôle du juge

L'essence même de la fonction de juger induit naturellement l'écoute et la réception des éléments de preuve. Le magistrat forgera alors son intime conviction en confrontant les preuves qui sont en faveur de l'accusation aux preuves qui sont contraires à celle-ci. Mais ce rôle qui est à titre exclusif celui du juge civil qui se prononce sur les éléments apportés au débat par les parties, n'est pas l'unique posture adoptée par le juge pénal. Le juge répressif est alors à la fois récepteur *in fine* de la preuve contraire (§2), et émetteur de celle-ci, en ce qu'il a également un devoir d'investigation (§1).

### §1. Le juge émetteur de la preuve contraire

La commission d'une infraction pénale touche à l'ordre social dont l'Etat doit être le garant[230]. En conséquence, tous les moyens doivent être mis en œuvre pour découvrir les éléments de preuve permettant de sanctionner ces atteintes. Dans cet objectif, le juge pénal, à la différence de son homologue en matière civile, s'est vu octroyer d'importants pouvoirs dans la recherche des preuves. Là où le juge civil se contentera d'une vérité formelle, telle qu'elle est conçue et limitée par les parties, le juge pénal devra baser sa décision sur la vérité matérielle. Son action sera alors tournée vers la recherche de cette vérité matérielle en utilisant d'importants moyens d'investigation qui vont lui permettre de dépasser les simples éléments fournis par les parties et leur éventuelle négligence dans la recherche probatoire. Cette fonction paraît évidente au stade de la mise en état des affaires pénales par les juges d'instruction (A), mais elle est également développée par les juridictions de jugement (B).

#### A. Le cas particulier du juge d'instruction

Le juge d'instruction est un magistrat à part dans notre procédure pénale issue d'une tradition inquisitoriale. Inspiré par le fonctionnement des juridictions ecclésiastiques et leur

[230] E. Desmons, « La preuve des faits dans la philosophie moderne » ; *Droits* n° 23, 1996, p. 13.

orientation vers la recherche de preuves, François 1[er] institua en 1522 le lieutenant criminel[231], ancêtre du juge d'instruction, chargé de rechercher et rassembler les preuves des infractions sans pouvoir participer à leur jugement[232]. La grande ordonnance criminelle de 1670 met sur les fonds baptismaux l'instruction préparatoire, phase de mise en état des affaires pénales, officiellement confiée au lieutenant criminel. La période révolutionnaire mettra en cause momentanément le fonctionnement de l'instruction préparatoire et les pouvoirs importants confiés à celui qui la dirige. Mais le retour de cette phase de la procédure pénale est inscrit dans le Code d'instruction criminelle[233] qui la confie cette fois à un juge unique et professionnel, même si l'appellation de « juge » ne reflète pas la réalité de la mission qui lui était confiée. En effet, l'activité de ce magistrat[234] n'était que fort peu juridictionnelle et relevait essentiellement du travail d'enquête à une époque où la police judiciaire n'était qu'à ses balbutiements[235]. La compétence juridictionnelle était confiée à la chambre du conseil du tribunal correctionnel qui suivait le développement de l'instruction, décidait des mesures privatives de liberté, réglait la procédure et procédait à la mise en accusation. Les réformes qui ont suivi ont été dans le sens d'une affirmation du rôle juridictionnel du juge d'instruction et d'un affaiblissement de son rôle d'enquêteur mêlé d'une délégation faite à l'administration de la police qui a pris toute son importance. Le Code de procédure pénale consacre encore ce double rôle à la fois juridictionnel et d'enquête confié au juge d'instruction même si le déséquilibre penche dorénavant en faveur des missions juridictionnelles. La charge de l'instruction fait donc du magistrat qui l'accomplit un des principaux émetteurs de la preuve contraire en ce qu'elle requiert qu'il rassemble aussi bien les éléments *in favorem* que les éléments *in defavorem* à l'égard de la personne mise en cause (1). Nous pourrons voir à cet égard que les prérogatives liées à la recherche de la vérité et donc potentiellement à la découverte de la preuve contraire sont extrêmement développées (2).

---

[231] Déclaration de François 1[er] du 14 janvier 1522, à rapprocher des Edits d'Henry II de mai 1552 et novembre 1554 qui ont précisés les attributions du lieutenant criminel.

[232] Sur les références historiques, V. F. Hélie, préc., n° 1567 s.; J. Pradel, *L'instruction préparatoire*, Paris, Cujas, 1990, p.

[233] Art. 55 à 136 du Code d'instruction criminelle entré en vigueur le 1[er] janvier 1811.

[234] A l'époque l'officier de police judiciaire était subordonné au parquet qui le désignait et procédait à sa notation.

[235] Il est d'ailleurs à noter que le rôle du juge d'instruction était développé dans le livre 1[er] du Code d'instruction criminelle intitulé « *De la police* ».

1. Le juge d'instruction, émetteur de la preuve contraire ou le devoir d'instruire à charge et à décharge

Le qualificatif de « *Janus* »[236] appliqué au juge d'instruction tend généralement à expliquer de manière imagée la dualité de fonction du magistrat instructeur : à la fois juge et enquêteur[237]. Mais ce qualificatif peut également s'attacher à définir la « schizophrénie » d'un juge d'instruction qui se trouve être à la fois un accusateur et un défenseur de part son obligation de recueillir les renseignements nécessaires à son instruction aussi bien à charge qu'à décharge. François Duverger, en 1862, a parfaitement exprimé les contours de cette obligation : *« Dégagé de toute préoccupation autre que celle de parvenir à la manifestation de la vérité, soigneux de ne pas compromettre ni la vindicte publique ni le sort des prévenus, il relèvera avec une sollicitude égale les armes de l'accusation et les instruments de la défense ; en un mot, faisant ses premiers devoirs de l'impartialité et de l'amour de la justice, il instruira toujours scrupuleusement à charge et à décharge »*[238].

L'objet de l'instruction est la recherche de la vérité quelle qu'elle soit[239]. En cela, le juge d'instruction n'est pas l'adversaire de l'accusé, il est l'adversaire du coupable. Cette nuance, sur laquelle repose l'obligation d'instruire à charge et à décharge justifie le fait que ce magistrat ne soit pas en théorie l'image de l'accusateur implacable, mais plutôt celle du référent vers lequel l'innocent objet de poursuite devrait pouvoir se tourner. Sans aller jusqu'à ces images quelque peu caricaturales, le juge d'instruction se doit d'être cet arbitre impartial dont la conduite ne peut être dictée par l'une ou l'autre des parties. Ce constat s'appuie bien évidemment sur sa position de magistrat du siège. En se référant aux propos de Muyart de Vouglans : « *L'information n'est autre chose qu'une exacte perquisition de la vérité des faits, pour bien y procéder, il est du devoir d'un bon juge de ne rien négliger de tout ce qui peut tendre à la découverte de cette vérité, et par conséquent de n'omettre dans la rédaction des dépositions aucune des circonstances qui peuvent servir à faire décharger l'accusé comme à celles qui tendent à le convaincre du crime. C'est ce qui a fait dire que l'information était*

---

[236] Ce qualificatif est repris par nombre d'auteurs : voir par ex. R. Van Ruymbeke, *Le juge d'instruction* ; Paris, PUF, Coll. « Que sais-je », 2002, quatrième de couverture.
[237] J. Goulesque et J. Michaud, « Chronique du parquet et de l'instruction » ; *Rev. sc. crim.* 1974, p. 666.
[238] F. Duverger, *Manuel des juges d'instruction* ; Paris, Videcoq, 3ème édition, 1862, I, p. 425.
[239] B. Bouloc, *L'acte d'instruction* ; Paris, LGDJ, 1965, p. 365 s. ; J. Pradel, *L'instruction préparatoire* ; Paris, Cujas, 1990, n° 91 s. ; P. Conte et P. Maistre du Chambon, *Procédure pénale* ; préc., p. 241 s. ; B. Bouloc, *Procédure pénale* ; Paris, Dalloz, coll. « Précis », Série « Droit privé », 22ème éd., 2010, n° 643 s., p. 604 s. ; D. Roets, *Impartialité et justice pénale* - Travaux de l'institut des sciences criminelles de Poitiers ; Paris, Cujas, 1997, p. 264 s.

*comme une glace qui doit représenter les objets tels qu'ils sont, sans augmenter, diminuer, ni altérer en quelque manière que ce puisse être »*[240].

L'obligation d'instruire à charge et à décharge, conséquence du principe d'impartialité, est fondamentale et communément admise. Néanmoins, elle n'était inscrite dans aucun texte avant d'être insérée à l'article 80, alinéa 1, du Code de procédure pénale, par la loi du 15 juin 2000[241], en des termes clairs : le juge d'instruction « *instruit à charge et à décharge* »[242]. Cette obligation a fait l'objet d'une réaffirmation dans la loi du 5 mars 2007 en ajoutant à l'article 184 du Code de procédure pénale, traitant des ordonnances de règlement et de la clôture de l'information judiciaire, une phrase selon laquelle la motivation de l'ordonnance de clôture exposant les motifs pour lesquels il existe ou non contre la personne des charges suffisantes doit être réalisée « *au vu des réquisitions du ministère public et des observations des parties qui ont été adressées au juge d'instruction en vertu de l'article 175 en précisant les éléments à charge et à décharge* ». Cette disposition tend à imposer au juge d'instruction une ultime pesée des éléments *pro et contra* en faisant la balance entre ce qui milite en faveur du non lieu et ce qui milite en faveur du renvoi devant une juridiction de jugement et de ne plus se contenter de relever à cette occasion uniquement les éléments à charge[243].

S'agissant de l'instruction préparatoire, ce que les textes qualifient de preuve à décharge n'est autre chose que la preuve contraire à l'accusation. L'obligation d'instruire à décharge faisant peser sur le juge d'instruction l'obligation de rechercher et donc d'émettre cette preuve contraire. Or, on peut s'interroger sur les contours qu'elle doit revêtir.

En effet, prouver la culpabilité semble plus aisé car cela revient à prouver des faits qui rendent probable ou tout au moins plausible la participation de la personne poursuivie à un fait infractionnel. Mais lorsqu'il s'agit de rapporter des preuves ou éléments de preuve de l'innocence, la tâche se complique puisque que cela revient à prouver l'inexistence de la

---

[240] P.-F. Muyart de Vouglans, *Lois et ordonnances du royaume* ; Paris, Chardon, 1762, p. 245.

[241] Loi n°2000-516 du 15 juin 2000 tendant à renforcer la présomption d'innocence et le droit des victimes, art. 2, JO du 16 juin 2000, p. 9038.

[242] Cette obligation est un corollaire de sa position de magistrat du siège ; notons que l'avant-projet du futur Code de procédure pénale ne fait plus référence spécifiquement au juge d'instruction amené à disparaître mais maintien cette obligation générale dans son art. 111-3 : « *Les investigations et débats menés par les magistrats du siège et les magistrats du parquet doivent permettre la manifastation de la vérité. Ils sont conduits à charge et à décharge* ».

[243] J. Pradel, « Les suites législatives de l'affaire dite d'Outreau, à propos de la loi n°2007-291 du 5 mars 2007 » ; *JCP* 4 avril 2007, n° 14, I, 138, §34.

culpabilité. Comme la preuve directe d'un fait négatif est hautement improbable, la mission du juge d'instruction sera de rechercher l'existence de faits positifs incompatibles. Autrement dit, il faudra prouver que le fait positif rendant probable la culpabilité d'une personne n'a pu se produire du fait de l'existence d'un fait positif incompatible. Il peut bien évidemment s'agir de ce que l'on appelle communément un alibi (la personne poursuivie ne pouvait se trouver sur les lieux de la commission de l'infraction puisqu'au même moment elle était à un autre endroit) ou de tout autre fait positif, ce qui laisse un large éventail[244], peut être trop large, de recherche que doit accomplir le juge d'instruction dans sa mission d'instruire à charge et à décharge. Il peut également s'agir de la recherche de faits positifs de culpabilité chez d'autres personnes. Le caractère par essence indéterminé du fait positif incompatible rend particulièrement difficile la mission d'instruction à décharge et requiert, pour être efficace, la collaboration d'autres acteurs du procès, en particulier la personne mise en cause qui est la mieux placée pour orienter le juge dans son œuvre de prospection, et les services de police judiciaire dans la recherche d'éléments de culpabilité impliquant d'autres personnes. En d'autres termes, l'efficacité d'une instruction à décharge, de la preuve contraire rapportée par le juge d'instruction, induirait tout de même la participation effective de la personne poursuivie à la production de la preuve de son innocence de part les initiatives ou orientations qu'elle peut donner.

Cette obligation d'instruire à charge et à décharge fait par conséquent du juge d'instruction un émetteur potentiel de la preuve contraire et doit le conduire à prendre en compte et vérifier scrupuleusement toutes les justifications et arguments apportés par la partie poursuivie au cours des interrogatoires. Le juge d'instruction a le devoir de ne rien prendre pour évidence et de toujours cultiver le doute et plus particulièrement, de ne pas se laisser emporter par des conclusions hâtives et se laisser influencer par le travail effectué en amont par les services d'enquête. Dans son travail d'investigation, de détermination des principaux axes de recherche, il devra être guidé par cette obligation d'instruire à charge et à décharge et devra avoir comme unique préoccupation de savoir si l'affaire doit être portée devant les juges de jugement. Mais le juge d'instruction, s'il est magistrat, n'en est pas moins homme. Certes, des garanties d'indépendance (inamovibilité, indépendance statutaire…) lui permettent d'envisager sa fonction sereinement en limitant les pressions extérieures.

[244] De l'incompatibilité médicale pour certaines infractions à l'impossibilité matérielle déduite des constations ou des expertises techniques ou scientifiques.

Cependant, aucun texte ne pourra s'immiscer dans le fonctionnement même de l'esprit humain et ne pourra garantir l'impartialité d'un raisonnement. Quelle différence peut-on faire entre bâtir des hypothèses de travail et avoir des idées préétablies, entre explorer une piste du dossier et effectuer des recherches dictées par des préjugés. Si l'indépendance est garantie par le statut des magistrats, l'impartialité dont le devoir d'instruire à charge et à décharge n'est qu'une expression, est une vertu difficilement contrôlable. Elle doit conduire à rechercher des preuves qui peuvent aller à l'encontre du sens commun ou de sa propre opinion. Il s'agit, comme le disait Me Soulez-Larivière, d'un « *écartèlement intellectuel et une ambiguïté judiciaire que l'intelligence la plus souple ne peut prétendre assumer dans leur plénitude* »[245].

L'affirmation du principe de l'instruction à charge et à décharge pose des problèmes pratiques de deux ordres. Tout d'abord, la participation de la personne mise en cause à la preuve de son innocence et les évolutions législatives consacrant son droit d'initiative par des demandes d'actes restent soumis au pouvoir d'appréciation et au choix d'opportunité du juge d'instruction. Une question apparaît alors. En effet, si l'obligation d'instruire à décharge est intimement liée à la participation de la personne poursuivie, comment justifier de ne pas faire droit systématiquement aux demandes d'actes qu'elle soumet ? Cette remarque nous conduit à la seconde critique faisant de cette obligation d'instruire à décharge une affirmation plus qu'une réalité. En effet, la loi impose au juge cette obligation sans en fixer les garanties. Le contrôle en la matière pourrait s'opérer à deux niveaux. Le premier serait de rendre possible la contestation de la procédure qui laisse de côté la recherche d'éléments à décharge et le second serait de permettre la mise en cause disciplinaire du magistrat n'assumant pas cette obligation de sa charge. Dans le premier cas, le refus par le juge d'instruction de faire droit à la demande d'acte de la personne mise en cause, qui pourrait s'apparenter à un refus de rechercher des éléments de preuve contraire, doit être motivé et peut être déféré au président de la chambre de l'instruction faisant en quelque sorte office de filtre et qui peut tout simplement rejeter l'appel sans même avoir à motiver sa décision. Dans le cas contraire, la chambre de l'instruction sera amenée à se prononcer sur l'appel. Une limitation supplémentaire apparaît quant à la possibilité de déférer devant la Cour de cassation une décision mettant en cause le principe d'obligation d'instruire à décharge. La haute juridiction se refuse en effet systématiquement à se prononcer sur l'absence de recherche ou prise en compte d'éléments

[245] Cité par Philippe Bilger, *Faut-il supprimer le juge d'instruction*, publié sur son blog le 29 décembre 2005: http://www.philippebilger.com

contraires à l'accusation par un motif devenu de principe selon lequel « *c'est par une appréciation souveraine des éléments de fait résultant de l'information que la chambre d'accusation, comme elle en avait le pouvoir, a refusé de faire droit à la demande de supplément d'information et d'expertise ; qu'elle n'a ainsi méconnu ni les textes ni le principe visés au moyen lequel doit être écarté ; Et attendu que la chambre d'accusation était compétente ; qu'il en est de même de la cour d'assises devant laquelle le demandeur a été renvoyé ; que la procédure est régulière et que le fait objet de l'accusation est qualifié crime par la loi* »[246]. S'agissant maintenant du non respect par un juge d'instruction de l'obligation d'instruire à décharge, nous pouvons légitimement nous interroger sur les possibles mises en causes des magistrats qui n'ont pas respectés cette obligation leur incombant. L'analyse des décisions du Conseil supérieur de la magistrature sur ce point ne peut que confirmer la première impression tenant à la difficulté de son application dans la pratique et même l'orientation affirmée de l'institution judiciaire vers une instruction menée principalement à charge. En effet, sur six décisions rendues par cet organe depuis plus de trente ans concernant l'obligation pour le juge d'instruction d'instruire à charge et à décharge[247], aucune ne reprochait à un magistrat de n'avoir pas assumé la recherche de la preuve contraire à l'accusation et par conséquent toutes reprochaient à un juge d'instruction de ne pas avoir suffisamment instrumenté[248] que ce soit à charge ou à décharge, ou majoritairement, de ne pas avoir suffisamment instruit à charge[249].

La mission du juge d'instruction est indissociable de celle de la chambre de l'instruction, formation pénale de la cour d'appel et véritable « centre régulateur des informations »[250] qui dispose de pouvoirs très étendus, tant en matière d'instruction proprement dite, que de contrôle des actes du juge d'instruction. Par ses prérogatives, la chambre de l'instruction constitue l'un des maillons essentiels de l'exercice du droit à la preuve contraire. Elle tiendra à la fois le rôle de second degré de juridiction en se prononçant

---

[246] V. Cass. crim. 1er déc. 1987, req. n°87-85371 ; Cass. crim 4 mai 2004 ; *Bull. crim*. n° 107.
[247] Cette référence fait partie de l'arborescence des décisions du CSM, V. le site du CSM : http://www.conseil-superieur-magistrature.fr
[248] Décisions du CSM des 10 et 16 juin 1970, et du 11 juin 1975 ; V. le compte rendu synthétique de ces décisions sur le site internet du CSM préc.
[249] V. par exemple deux décisions du 29 octobre 2004 sur le site internet du CSM préc. Ces décisions sont en outre particulièrement exceptionnelles. L'une d'elle visait par exemple le défaut de recherche de confirmation d'éléments à charge à l'encontre d'un autre magistrat dont le nom était cité dans le cadre d'infractions à la législation sur les stupéfiants.
[250] A. Besson, « Esquisse d'une réforme de notre procédure pénale » ; *D*. 1955, chr. n° 6, p. 63.

sur le contentieux des nullités des actes de procédure[251] et d'appel des ordonnances du juge d'instruction, et elle aura également, mais à titre résiduel, une fonction de pure instruction matérielle. En effet, la chambre de l'instruction peut, sur demande de l'une des parties ou même d'office, ordonner l'accomplissement de tout acte d'information complémentaire qu'elle juge utile, l'exécution de cette mission étant confiée soit à l'un de ses membres, soit à un juge d'instruction spécialement délégué[252]. La place de la chambre de l'instruction dans le contrôle de la qualité de la preuve est primordiale et s'inscrit parfaitement dans la construction d'un droit effectif à la preuve contraire en permettant à la personne mise en cause de contester efficacement la réalité ou la fiabilité d'un acte de l'instruction ou plus généralement de toute « pièce de la procédure »[253]. Néanmoins, l'extension du contrôle de la chambre de l'instruction à l'ensemble du déroulement de l'information a été accompagnée par une restriction du pouvoir de contestation à la clôture de celle-ci.

Si l'aspect psychologique et organique de la place du juge d'instruction peuvent conduire à nous interroger sur l'existence d'une réelle instruction à décharge, il n'en demeure pas moins que le juge d'instruction dispose de moyens d'investigation développés afin de parvenir à la découverte de la vérité et, *in fine*, de rechercher des éléments qui peuvent se révéler contraire à l'accusation.

### 2. L'étendue des moyens d'investigation du juge d'instruction

Les pouvoirs d'investigation et de recherche des preuves du juge d'instruction sont très étendus puisqu'il peut procéder *« conformément à la loi à tous les actes d'information qu'il juge utiles à la manifestation de la vérité »*[254]. Ces actes peuvent prendre la forme d'interrogatoires de la personne mise en cause, d'auditions de témoins, de confrontations, de transport sur les lieux, de perquisitions, de saisies, d'écoutes téléphoniques, de demande d'expertise, de demande de communication de pièces… Ses prérogatives sont tellement étendues que ce magistrat, exerçant une fonction singulière, a souvent été qualifié d'« homme le plus puissant de France ».

[251] Art. 170 s. *C. proc. pén.*
[252] Art. 201 et 205 *C. proc. pén*.
[253] Expression retenue par l'article 170 C. proc. pén. ; l'art. C. 170 de la circulaire d'application du 1er mars 1993 prend le soin de préciser cette notion et précise que cela ne peut bien évidemment viser les pièces qui ne résultent pas d'un acte d'instruction comme par exemple les écritures des parties ou autres mémoires en défense.
[254] Art. 80 *C. proc. pén.*

Le juge d'instruction a la possibilité d'effectuer lui-même les actes de recherche et d'investigation sur l'ensemble du territoire national[255] ou de déléguer la réalisation de ceux-ci par des commissions rogatoires à un autre juge ou à des officiers de police judiciaire[256]. Cette délégation doit être précise et ne peut concerner la direction de l'ensemble de l'instruction. Si le principe exposé par le Code de procédure pénale est l'exécution spontanée des actes d'investigation par le juge d'instruction et par exception leur exécution par délégation, la réalité matérielle du déroulement des procédures a inversé principe et exception[257], ce qui nous conduira à nous interroger sur la nécessité de maintenir le pouvoir d'enquête du juge d'instruction[258].

Les premières mesures auxquelles le juge d'instruction peut avoir recours sont par essence l'audition des témoins et des personnes mises en cause. En cela, le juge peut procéder à l'audition des parties civiles[259], de témoins[260] qui sont tenus de déposer sauf application d'un secret professionnel[261], et il procèdera également à l'audition de la personne mise en cause. Si les charges sont graves et les indices concordants, le juge d'instruction devra mettre la personne mise en cause en examen. Dans ce cas tous les interrogatoires, y compris celui de première comparution doivent être enregistrés[262]. Cette mesure permet de lever le doute sur la réalité parfois contestée des déclarations de personnes mises en cause, mais peut également servir au défenseur qui peut ainsi s'exprimer sans craindre que ses propos ne soient déformés ou interprétés dans la synthèse qui est réalisée par le juge ou l'officier de police judiciaire délégué. Le juge d'instruction est tenu de procéder à un interrogatoire sur le fond au cours duquel la personne est questionnée sur les faits qui font l'objet de la poursuite. Un statut intermédiaire entre le mis en examen et le simple témoin a été institué par une loi du 30 décembre 1987[263]. Le juge peut ainsi entendre toute personne contre laquelle il existe des

---

[255] Art. 93 *C. proc. pén.*

[256] A l'exception de la mise en examen ou de l'interrogatoire d'une personne mise en examen qui ne peut être délégué qu'à un autre magistrat. V. art. 152 et 154-1 *C. proc .pén*.

[257] V. S. Guinchard et J. Buisson, préc., n° 1048 s., p. 939 s..

[258] V. infra, p. 282 s.

[259] Art. 114 *C.proc. pén.*La partie civile doit être auditionnée avec son avocat qui a accès au dossier quatre jours ouvrables avant la première audition.

[260] En vertu de l'art. 101 *C. proc. pén*., le juge d'instruction peut faire citer devant lui et entendre toute personne dont la déposition lui paraît utile.

[261] Art. 101 s. *C. proc. pén*. et art. 226-13 s. *C. pén*. Le témoin doit en outre prêter serment de dire la vérité. Le juge d'instruction peut auditionner un témoin selon la procédure de témoignage anonyme instaurée par la loi du 15 novembre 2001 et prévue aux art. 706-57 s. *C. proc. pén*. Cette procédure intervenant sur requête du procureur de la République ou du juge d'instruction doit être autorisée par le juge des libertés et de la détention.

[262] Art. 116-1 C. proc. pén Disposition issue de la loi du 5 mars 2004 et qui est entrée en vigueur le 1er juin 2008.

[263] Art. 113-1 s. *C. proc. pén*.

indices la rendant suspecte en préservant les droits de la défense[264]. Dans les deux cas, même si la personne mise en cause n'est pas tenue de répondre aux questions posées par le juge, l'interrogatoire doit être analysé comme un moyen de preuve contraire en ce qu'il lui permet de faire valoir ses arguments, de fournir par elle même et directement des éléments qui vont à l'encontre de l'accusation ou d'autres qui peuvent orienter les investigations ultérieures vers la recherche de circonstances d'exonération ou de mise en cause d'autres protagonistes.

L'obligation faite au juge d'instruire à charge et à décharge entraîne l'ambivalence de tous les actes qu'il décide et qui doivent être orientés vers la recherche de la vérité et non exclusivement de la confirmation de la thèse de l'accusation. En plus de ces interrogatoires et auditions, le juge peut organiser des confrontations. Il s'agit de l'audition commune de plusieurs personnes (mis en examen, partie civile, témoin) réalisée afin de comparer leurs points de vue qui peuvent être divergeant et les pousser à se rapprocher de la vérité dans leurs déclarations. Le juge conserve au cours de cet acte d'instruction un pouvoir de direction et il peut recourir aux interrogatoires ou auditions de la personne mise en cause ou des autres protagonistes afin de les pousser à la précision de leurs déclarations et à la démonstration ou non de la participation de la personne mise en cause aux faits poursuivis.

Afin de découvrir la vérité, le juge d'instruction a également compétence pour effectuer toute constatation ou transport sur les lieux[265]. Il doit au préalable en informer le procureur de la République qui a la faculté de l'accompagner. S'il s'agit d'une reconstitution, la présence de la personne mise en examen et de son avocat est alors obligatoire. L'importance de ces actes d'instruction dans la recherche de la preuve contraire n'est pas à négliger. Ils permettent au juge de se familiariser avec les circonstances de la commission de l'infraction, du caractère matériellement plausible des hypothèses qui ont déjà pu voir le jour, et bien évidemment du comportement des personnes mises en cause ou des témoins dans l'environnement de la scène d'infraction ou de tout autre lieu en lien avec celle-ci. La recherche de la preuve contraire est dans ce cas complète et vise naturellement à la fois l'existence d'éléments incompatibles ou faisant naître un doute sur la responsabilité des personnes mises en cause et la recherche d'éléments de mise en cause d'autres personnes que celles faisant l'objet de poursuites.

[264] Le témoin assisté a droit à un avocat, ne peut prêter serment, a le droit d'introduire des requêtes en nullité et a un droit d'accès au dossier.
[265] Art. 92 *C. proc. pén.*

Au cours de ces déplacements sur les lieux ou à tout moment de son instruction, le juge peut prescrire la réalisation, ou réaliser lui-même, des perquisitions visant à rechercher des indices (objets ou données informatiques) dont la découverte serait « utile à la manifestation de la vérité »[266] et peut également prononcer la saisie[267] de ces indices. Ces mesures, depuis la loi du 15 juin 2000, font l'objet d'une restriction de principe tenant à leur nécessité et à leur proportionnalité. Elles doivent en effet « être strictement limitées aux nécessités de la procédure, proportionnées à la gravité de l'infraction reprochée et ne pas porter atteinte à la dignité de la personne »[268]. Par ailleurs, d'autre restrictions ont été instituées par la loi et protègent les règles d'exercice de certaines professions. Ainsi, le juge d'instruction devra instrumenter personnellement lorsqu'il décide d'une perquisition au cabinet ou au domicile d'un avocat[269], de locaux d'une entreprise de presse[270] ou de communication audiovisuelle, ou bien encore au cabinet d'un médecin, d'un notaire, d'un avoué ou d'un huissier[271]. Dans ces cas restrictifs, le juge aura seul le droit de prendre connaissance des documents avant de prononcer leur éventuelle saisie[272].

Outre ces différentes mesures, le juge d'instruction peut encore faire procéder à des interceptions de correspondance, des sonorisations ou fixations d'images, à des expertises techniques et scientifiques afin d'éclairer la recherche de la vérité dans des domaines aussi divers que la médecine légale, la génétique, la biologie, la balistique, la psychiatrie, la psychologie, l'informatique[273]…

---

[266] Art. 94 s. *C. proc. pén*. La jurisprudence a même étendu la possibilité de perquisition à tous lieux où peuvent être découverts des objets nécessaires à la sauvegarde des droits des parties ou de tiers : Cass. crim. 13 janv. 1956 ; *Bull. crim.* n° 465.
[267] Art. 97 s. *C. proc. pén.*
[268] Art. préliminaire III al. 3 *C. proc. pén*. introduit par la loi du 15 juin 2000. Cette disposition est fortement inspirée de l'article 8 CEDH.
[269] Art. 56-1 et 95 *C. proc. pén*. Une telle perquisition ne peut en outre être réalisée qu'en présence du bâtonnier de l'ordre ou de l'un de ses représentants. Il st également précisé que la preuve ne pourra résulter de la correspondance échangée entre le prévenu et son avocat qui est protégée par l'art. 432 *C. proc. pén*.
[270] Art. 56-2 et 95 C. proc. pén. qui, en termes de proportionnalité, exige que la mesure ne porte pas atteinte au libre exercice de la profession de journaliste et n'entraîne pas un retard injustifié à la diffusion de l'information.
[271] Art. 56-3 et 95 *C. proc. pén*. Qui imposent également la présence d'un représentant du Conseil de l'ordre dont dépend le professionnel en cause.
[272] Art. 97 al. 1 *C. proc. pén*.; V. également Cass. crim. 24 mars 1960 ; *Bull. crim.* n° 169 ; Cass. crim. 5 juin 1975 ; *Bull. crim.* n° 146.
[273] Pour ces différents moyens modernes de preuve, voir infra, p. 362 s.

Si le devoir d'investigation et par conséquent de recherche de la preuve contraire s'impose de manière aussi forte au juge d'instruction, il n'est pas pour autant absent des fonctions de juge de jugement.

### B. Le rôle actif des juges de jugement dans l'émission de la preuve contraire

On attend légitimement de la personne chargée de juger qu'elle déploie tous ses efforts afin de parvenir à la manifestation de la vérité et de recueillir ainsi tous les éléments nécessaires à une décision éclairée. Si la forme la plus aboutie de la mise en état des affaires pénales reste l'instruction préparatoire, elle peut néanmoins, en fonction de sa complexité, laisser apparaître un certain nombre de lacunes et d'interrogations, sans parler de tous les dossiers, contraventionnels ou correctionnels qui ne font pas l'objet d'une instruction préparatoire et dont l'enquête de police tient lieu de mise en état. Afin de parvenir à une connaissance optimum du dossier et permettre aux juges de jugement de se prononcer de la manière la plus éclairée possible, le législateur leur a conféré un rôle actif (1) en prévoyant prérogatives particulières pour le président de la cour d'assises (2).

#### 1. Le rôle actif des juridictions de jugement dans la recherche probatoire

Les moyens mis à disposition des juges de jugement afin de rechercher la vérité et donc, de manière subséquente, les éléments de preuve contraire à l'accusation lorsque la personne poursuivie est innocente, sont très divers. La loi a d'ailleurs consacré cette phase active de recherche des preuves par les juges de jugement au cours de l'audience[274] en la qualifiant d' « instruction définitive »[275]. Cette phase qui se déroule au cours de l'audience de jugement constitue l'ultime possibilité, avant le délibéré, d'affiner, de corriger ou même de contredire les éléments de preuve sur la base desquels les poursuites pénales ont été engagées.

[274] Le terme d'audience s'entend ici de la phase du procès pénal allant de l'interrogatoire d'identité de l'accusé ou du prévenu devant la juridiction de jugement jusqu'à la plaidoirie du ministère public ou de la partie civile : V. sur cette notion J. Pradel, préc., n° 778, p. 670.

[275] V. le Chapitre IV, Titre III, Livre II *C. proc. pén*. dont l'intitulé est *« De l'instruction définitive devant le tribunal de Police et la juridiction de proximité »*.

Le moyen de recueil d'éléments de preuve le plus couramment utilisé à l'audience est bien évidemment le droit d'interroger la personne mise en cause et les témoins.

Pour la personne poursuivie, le droit à être entendu est fondamental et constitue pour elle la solution la plus simple d'apporter des éléments de preuve contraire au cours des débats. Il s'agit bien évidemment d'apporter sa version des faits et en outre de livrer son analyse des circonstances de l'espèce qui ont pu conduire à sa mise en cause. Ortolan rappelait que l'interrogatoire «*qui n'est autre chose, après tout, que la mise en pratique du droit qu'a l'accusé de s'expliquer lui-même sur tous les points, est un moyen de défense des plus efficaces, et que l'innocent ou celui dont la responsabilité peut être atténuée par quelque considération que ce soit, perdrait beaucoup à ce qu'il n'eut pas lieu* »[276]. L'interrogatoire de la personne poursuivie par le président de la juridiction de jugement au début de l'audience est expressément prévu par les articles 328, 442 et 536 du Code de procédure pénale, mais cette disposition n'est pas prescrite à peine de nullité[277]. En effet, si les textes prévoient que cet interrogatoire doit avoir lieu « avant de procéder à l'audition des témoins »[278], la jurisprudence laisse à la discrétion du magistrat le moment auquel il souhaite y procéder[279].

Le président de la juridiction de jugement que ce soit devant le tribunal correctionnel, le tribunal de police ou la juridiction de proximité, a également la possibilité, après avoir procédé aux formalités légales[280] et entendu leur déposition, d'interroger les témoins[281], de les réentendre ou de les confronter à d'autres témoins, d'organiser les débats[282] et de présenter à la personne mise en cause ou aux témoins toute pièce à conviction afin d'obtenir leurs observations et explications[283]. Même si la loi dite « présomption d'innocence » a permis à la défense d'intervenir directement au cours de l'audience et plus précisément dans l'interrogatoire des témoins et des experts[284], sans passer par le président, selon le principe de la *cross examination*, nous constatons que l'initiative et l'effectivité de la recherche de la

[276] J. Ortolan, *Eléments de droit pénal,* t. 2 ; Paris, Henri Plon, 3ème édition 1863, n° 2297.
[277] Cass. crim. 16 mars 1971 ; *Bull. crim.* n° 90.
[278] Art. 442 *C. proc. pén.*
[279] Cass. crim. 26 février 1992 ; *Bull. crim*. n° 89.
[280] Il s'agit ici particulièrement de la présentation des témoins et de leur prestation de serment, formalités prévues aux art. 445 et 446 *C.proc.pén*.
[281] Art. 454 *C. proc. pén*. pour le tribunal correctionnel et 536 pour le tribunal de police et la juridiction de proximité.
[282] Art. 401 et 535 *C. proc. pén.*
[283] Art. 455 et 536 *C. proc. pén.*
[284] Art. 312 et 442-1 *C. proc. pén*.

preuve contraire au cours de l'audience de jugement repose encore en grande partie sur le président de la juridiction[285].

En plus de cette direction des débats, le président de la juridiction de jugement a des prérogatives dans la recherche des preuves si la vérité ne lui semble pas apparaître clairement du débat contradictoire. Il a alors l'obligation de s'assurer du contrôle et de la suffisance de la preuve déjà acquise aux débats[286] et devra, s'il le juge nécessaire, approfondir des recherches déjà effectuées ou suppléer à certaines lacunes de l'enquête ou de l'instruction. Il pourra alors saisir la juridiction afin qu'elle prescrive l'accomplissement d'actes d'instruction complémentaires[287] et commette pour ce faire l'un de ses membres[288]. Analogues aux mesures qui peuvent être décidées par le juge d'instruction, les juridictions concernées pourront décider d'une expertise[289], d'un transport sur les lieux[290], de perquisitions, d'auditions de témoins, de confrontations... Les actes ainsi accomplis devant respecter le même formalisme légal que s'ils étaient décidés au cours de l'instruction préparatoire afin de préserver les garanties de l'exercice de la défense.

Plus que dans toute autre matière, le jugement des crimes implique de tout mettre en œuvre pour parvenir à la manifestation de la vérité. Le législateur a donc conféré au président de la cour d'assises, parce que cette juridiction est appelée à connaître des infractions les plus graves, des prérogatives supplémentaires qui en font un acteur singulier du procès pénal.

### 2. Les pouvoirs renforcés du président de cour d'assises dans l'émission de la preuve contraire

La cour d'assises, parce qu'elle doit juger des infractions les plus graves et peut par conséquent prononcer les peines les plus lourdes, se conforme à une procédure spécifique.

---

[285] Une tentative de réforme avortée de 1993 visait sur ce point à déposséder le président d'audience de son rôle actif et de ses pouvoirs d'initiative et de direction des débats pour les transférer directement aux parties : V. R. Gassin, « L'audience de jugement, bilan des réformes depuis 1993 », *Actualité législative Dalloz*, n° 13 du 20 juillet 1995, p. 111.

[286] E. Molina, La *liberté de la preuve des infractions en droit français contemporain* ; Marseille, PUAM, 2001, n° 128, p. 186.

[287] Art. 463 et 538 *C.proc.pén.*

[288] La jurisprudence précise à ce titre qu'il devra être préféré un magistrat de la juridiction saisie plutôt qu'un juge d'instruction qui ignorerait tout de l'affaire en cause : V. Cass. crim. 22 nov. 1956 ; *D.* 1957, p. 89 ; V. également B. Bouloc, *Procédure pénale*, *préc.*, n° 856, p. 770.

[289] Art. 434 et 536 *C.proc.pén.*

[290] Art. 456 et 536 *C.proc.pén.*

Elle est composée en premier ressort de neufs jurés populaires objets d'un tirage au sort sur les listes électorales et de trois magistrats professionnels, un président et deux assesseurs. En second ressort, elle est composée de douze jurés populaires et du même nombre de magistrats professionnels. La présence de simples citoyens qui n'ont pas, par principe, de connaissance technique juridique ni d'expérience dans la conduite d'un procès pénal confère au président une place centrale dans la formation de l'éthique de conviction et l'appréciation des preuves par chacun des jurés[291]. À ces fins, la loi a donné des prérogatives supplémentaires au président de la cour d'assises par rapport au président du tribunal correctionnel et *a fortiori* par rapport à celui du tribunal de police et à la juridiction de proximité. Ces moyens accentuent les possibilités qui lui sont offertes d'être véritablement émetteur de la preuve contraire à l'accusation.

À ce titre, le président de la cour d'assises a des prérogatives avant l'ouverture de la session d'assises et, bien évidemment, pendant les audiences.

Avant l'ouverture du procès d'assises, et dès l'arrivée de l'accusé à la maison d'arrêt et la réception des pièces du dossier par le greffe de la cour, le président ou l'un de ses assesseurs doit interroger l'accusé dans le plus bref délai[292] à peine de nullité de l'ensemble de la procédure[293]. S'agissant d'un accusé laissé en liberté, cet interrogatoire devra se tenir entre la notification de l'arrêt de renvoi et le sixième jour précédent l'ouverture des débats[294].

Si cet interrogatoire, qui a lieu sans la présence du conseil de l'accusé, ne peut porter sur le fond de l'affaire[295], il va bien au-delà de la simple vérification de l'identité de l'accusé et de la désignation de l'avocat qui l'assistera au cours de son procès. Comme le rappelle M. le Professeur André Vitu : *« Il a aussi pour objet de permettre à l'accusé de faire de nouvelles déclarations ou des observations au sujet de l'instruction préparatoire diligentée précédemment contre lui ; grâce à lui, le magistrat appréciera l'opportunité ou la nécessité*

---

[291] Tout le cérémonial de la Cour d'assises vise à accentuer cette place centrale de son président et la solennité que cela doit conférer au jugement final. Cette volonté d'assoir son autorité se retrouve même dans des détails vestimentaires. En effet, mis à part dans le département où siège la Cour d'appel, le président des assises est le seul magistrat à porter la robe rouge, les autres magistrats et auxiliaires de justice étant vêtus de noir. La couleur rouge, symbole de l'autorité royale sous l'ancien régime, lui confère une hauteur supplémentaire et la souveraineté sur la salle d'audience. V. sur le sujet : P. Le Quinquis, « Le président de la Cour d'assises » ; *Justices*, avril-juin 1998, n° 10, p. 102.
[292] Art. 272 *C.proc.pén.*
[293] Cass. crim. 24 mars 1971 ; *Bull. crim*. n° 106.
[294] Cass. crim. 26 nov. 1980 ; *Bull. crim*. n° 320.
[295] Cass. crim. 22 déc. 1970 ; *Bull.crim.* n° 350 ; Cass. crim. 24 mars 1971, préc.

*d'un supplément d'information, de la jonction ou de la disjonction des procédures, du renvoi éventuel de l'affaire à une session ultérieure. Plus encore, l'interrogatoire doit être regardé comme le moyen indispensable pour le président de compléter, par un contact d'homme à homme, la connaissance qu'il a déjà de l'affaire par le dossier de la procédure écrite* »[296].

Au cours de cette phase préparatoire, le président de la cour d'assises doit s'assurer que tous les éléments de preuve possibles ont été rassemblés. S'il lui semble que l'instruction est incomplète, qu'elle a été mal effectuée ou que des éléments nouveaux ont été révélés depuis sa clôture, la loi lui donne la possibilité d'ordonner tous les actes d'information qu'il juge utiles[297] alors même que la procédure d'instruction préparatoire est close, ou bien encore d'ordonner le renvoi à une session ultérieure des affaires qui ne lui paraissent pas en état d'être jugées[298]. Afin de parfaire sa connaissance personnelle du dossier et de son environnement, le président de la cour d'assises a également la possibilité de se rendre sur les lieux[299], et si à cette occasion il devait procéder à l'audition d'un témoin, il ne pourrait le faire qu'en respectant le formalisme des suppléments d'information[300].

A l'instar des autres présidents de juridiction de jugement, le président de la cour d'assises a également la police de l'audience et dirige les débats[301]. Il est néanmoins une prérogative exorbitante qui n'appartient qu'au seul président de la cour d'assises et fait de lui un personnage singulier de notre procédure pénale, il s'agit du pouvoir discrétionnaire qu'il tient de l'article 310 du Code de procédure pénale. En vertu de cette disposition, le président de la cour d'assises peut, *« en son honneur et en sa conscience »*, prendre toutes mesures qu'il jugera utiles à la manifestation de la vérité. Il s'agit ici d'un pouvoir extrêmement étendu[302] qui lui permet de faire connaître tous les éléments de preuve disponible en l'autorisant à s'affranchir de limites procédurales. Ce pouvoir permet bien évidemment au président de présenter des éléments défavorables à l'accusé, mais il lui permet également de produire des preuves qui vont dans un sens contraire à l'accusation. Il peut en effet faire entendre des

---

[296] A. Vitu, « La Cour d'assises dans le Code de procédure pénale » ; *Rev. sc. crim.* 1959, p. 554, cité par C. Ambroise-Castérot, *La procédure pénale*, préc., p. 349.
[297] Art. 283 *C. proc. pén.*
[298] Art. 287 *C. proc. pén.*
[299] Cass. crim. 17 oct. 1968; *JCP* 1969, II, 15780, obs. A. Vitu ; V. M.-L. Rassat, *Traité de procédure pénale,* préc., n° 207, p. 324.
[300] Cass. crim. 30 avril 1969 ; *D.* 1969, p. 449 ; *JCP* 1969, II, 16448.
[301] Art. 309 *C. Proc. pén.*
[302] Pour une étude approfondie du champ d'application du pouvoir discrétionnaire du président de Cour d'assises, V. H. Angevin, « Cour d'assises ; Débats ; Dispositions générales ; pouvoirs du président » ; *J.-Cl. Proc. pén.*, Art. 306 à 316, fasc. 20.

témoins dont l'audition est demandée par la défense, même s'il s'agit de témoins dont la proximité avec l'accusé les dispense de la prestation de serment[303], s'ils ont été cités trop tardivement[304] et quand bien même la cour aurait rendu un arrêt déclarant fondée l'opposition des parties civiles ou même encore s'il s'agissait de témoins régulièrement dénoncés comme co-accusés condamnés à une peine criminelle définitive et par conséquent frappés de l'incapacité de témoigner sous serment[305]. Bien que l'article 310 du Code de procédure pénale ne vise que les témoignages et la production de pièces à conviction, une jurisprudence constante considère qu'il ne s'agit là que d'exemples et qu'en conséquence, le président peut prescrire toute mesure concernant les preuves comme un transport sur les lieux, la distribution de documents, la réalisation d'une identification d'emprunte digitale[306], d'une expertise[307], la lecture de pièces écrites[308], ou bien encore procéder à l'audition du juge d'instruction[309]… Néanmoins, ce pouvoir qui est à n'en pas douter considérable, ne doit pas s'analyser comme un blanc seing susceptible de remettre en cause la moralisation de la recherche de la preuve pénale. Si le formalisme est ici réduit pour des raisons d'efficacité, cette procédure doit préserver les garanties instituées dans les phases préparatoires à l'audience et respecter l'équité de la procédure. Ainsi, le président de cour d'assises ne saurait ressusciter des actes d'instruction ou des éléments de preuve précédemment annulés[310] ou bien détourner ces nullités en entendant par exemple un officier de police judiciaire sur des faits découverts au cours d'une perquisition déclarée nulle[311].

On a souvent justifié l'existence de ce pouvoir discrétionnaire par le principe de la continuité des débats devant la cour d'assises[312] qui s'oppose par conséquent à toute interruption de ceux-ci pour recourir à de nouvelles mesures d'instruction dans les formes habituelles. Cette analyse nous semble erronée à deux titres. Tout d'abord parce que ce principe de la continuité des débats, qui impose en effet que les recherches indispensables à la manifestation de la vérité soient accomplies pendant l'examen de l'affaire, ne justifie pas que celles-ci soient réalisées par le président agissant seul et discrétionnairement. Un tel pouvoir,

---

[303] Cass. crim. 7 déc. 1966 ; *Bull. crim*. n° 282 ; Cass. crim. 9 mars 1994 ; *Bull. crim.* n° 92.
[304] Cass. crim. 12 juin 1981 ; *Bull. crim.* n° 198.
[305] Cass. crim. 29 nov. 1989 ; *Bull. crim.* n° 455.
[306] Cass. crim. 23 oct. 1985 ; *Bull. crim.* n° 325.
[307] Cass. crim. 29 mars 1962 ; *D.* 1962, p. 567; Cass. crim. 30 nov. 1988 ; *Bull. crim*. n° 406.
[308] Cass. crim. 4 juin 1969 ; *JCP* 1970, éd. G., II, 16191 ; Cass. crim. 16 oct. 1985 ; *Bull. crim*. n° 318 ; Cass. crim. 31 mars 1999 ; *Bull. crim.* n° 65.
[309] Cass. crim. 2 déc. 1987 ; *Bull. crim.* n° 443.
[310] R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel, Procédure pénale*, préc., n° 624 s., p. 721 s.
[311] Cass. crim. 28 août 1926 ; *Bull. crim*. n°223 ; *S.* 1928.1.217.
[312] Art. 307 *C. proc. pén.* : V. M.-L. Rassat, *Procédure pénale*, préc., n° 235 s. ; B. Bouloc, préc., n° 862, p. 797.

sur cette justification aurait pu être attribué à la cour dans son ensemble. En second lieu, ce principe n'est pas absolu et laisse en effet la possibilité d'un renvoi décidé par la cour d'office ou sur requête de l'une des parties[313]. L'affaire peut alors être renvoyée à la prochaine session[314], certes en reprenant l'audience à son commencement, ou bien encore à un autre jour de la même session mais avec dans ce cas la formation d'un nouveau jury de jugement[315]. L'existence de ce pouvoir discrétionnaire semble traduire plus justement la volonté d'introduire de la souplesse dans le déroulement du procès criminel et de donner tous les moyens possibles aux juges de parvenir à la manifestation de la vérité[316].

Il est à noter que ce pouvoir exorbitant n'appartient qu'au seul président de la cour d'assises et que le rôle des magistrats assesseurs et des jurés est plus limité. Ils peuvent néanmoins poser des questions aux accusés et aux témoins mais en demandant au préalable la parole au président[317].

De ces différents développements, il ressort que le juge répressif que ce soit au cours de la phase préparatoire ou de la phase de jugement, joue un rôle prépondérant dans la recherche de la vérité et par voie de conséquence dans la recherche des éléments de preuve qui peuvent apparaître contraires à l'accusation. Il peut certes agir sur demande des parties mais doit aussi faire preuve d'initiative dans la recherche probatoire. Au-delà de ce rôle actif, l'exercice effectif du droit à la preuve contraire induit également que le juge soit réceptif aux éléments qui peuvent lui être présentés et qui tendraient à prouver l'innocence de la personne poursuivie.

### §2. Le juge, récepteur de la preuve contraire

L'image commune et transversale à toutes les branches du droit que l'on peut avoir du juge est à n'en pas douter celle d'un personnage à l'écoute des arguments présentés par les parties qui se présentent devant lui. Cette fonction de réception des éléments de preuve et des prétentions constitue une phase essentielle avant la prise de décision. La difficulté viendra, en

[313] Art. 343 *C. proc. pén*.
[314] Il convient d'entendre par là la plus proche session utile, et dans ce cas, le magistrat chargé d'exécuter ce supplément d'information doit alors être le président de la nouvelle session d'assises : Cass. crim. 28 juin 1872 ; *Bull. crim.* n° 154.
[315] Cass. crim. 10 mai 1978 ; *Bull. crim*. n° 147.
[316] V. sur ce sujet M.-L. Rassat, *Procédure pénale*, préc., n° 235, p. 249.
[317] Art. 311 *C. proc. pén.*

toute matière, et singulièrement en matière pénale lorsque des sanctions parfois lourdes allant jusqu'à la privation de liberté peuvent être prononcées, de justifier de l'absence d'arbitraire et d'une écoute objective des arguments pour faire œuvre de justice. Cette phase d'écoute n'est pas éloignée de l'exercice d'un droit à la preuve contraire en ce qu'elle doit permettre la réception par le juge des éléments allant à l'encontre des thèses de l'accusation. Le devoir qu'a le magistrat de juger selon son intime conviction laisse en théorie la place à la réception de la preuve contraire (A) dont la garantie peut reposer sur l'obligation pour le juge de présenter les éléments qu'il a pris en compte dans la nécessaire motivation des décisions de justice (B).

### A. Le devoir de juger selon son intime conviction et la réception de la preuve contraire

L'affirmation du principe de l'intime conviction est apparue consécutivement à l'abolition du système dit des preuves légales qui prévalait sous l'ancien régime et qui a été consacré par l'ordonnance criminelle de 1670[318]. Dans ce système, la liberté d'appréciation du juge selon sa propre conviction et sa conscience était limitée. La valeur probante qui devait être accordée à des éléments de preuve était prédéfinie et dépendait d'une classification en trois catégories. La première catégorie traitait des preuves « pleines » qui se suffisaient à elles seules et permettaient de prononcer les peines les plus lourdes, en particulier la peine de mort. Il s'agissait d'un écrit non contesté, de deux témoignages directs concordants, et bien évidement de l'aveu lorsqu'il était conforté par des indices graves. Les preuves qualifiées de semi-pleines étaient constituées des autres témoignages, et permettaient tout de même le prononcé de lourdes condamnations inférieures néanmoins à la peine capitale. La dernière catégorie, celle des preuves imparfaites, était composée de tout ce que l'on peut qualifier de simple indice et permettait seulement d'approfondir les investigations par des actes d'instruction complémentaire à l'exclusion de la torture. Le juge était alors tenu de

[318] Les juridictions ecclésiastiques sont les premières à avoir adopté le système des preuves légales dès le XIIème siècle avec l'institution des juges ecclésias tiques permanents. Cette théorie c'est propagée avec l'unification du pouvoir royal et l'évolution vers une procédure de type inquisitoriale sur laquelle la doctrine et la jurisprudence vont élaborer un système de preuves objectives permettant de se dégager du risque de subjectivité lié à l'intervention humaine dans l'appréciation des preuves. V. sur ce point J-M. Carbasse, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, préc., n° 92 ; A. Esmein, *Histoire de la procédure criminelle en France et spécialement de la procédure inquisitoire*, préc., p. 260 s.

condamner du moment que telle preuve, dont la valeur était légalement déterminée, avait été administrée[319]. Ce système probatoire a conduit à des abus poussant les magistrats à rechercher les preuves pleines et bien évidemment l'aveu par des moyens attentatoires à la dignité humaine en recourant par exemple à la torture[320].

Les dérives constatées par l'application de ce système des preuves légales conduisent à adopter le système dit de la preuve morale ou de l'intime conviction. Le changement a été réalisé par les révolutionnaires et sera consacré par la Constituante de 1791. Il a été l'aboutissement du raisonnement humaniste de la philosophie des Lumières, reprenant en cela la philosophie grecque du droit naturel tendant à consacrer le jugement de l'homme et un effort de raisonnement dans le jugement judiciaire[321]. Ce système consacre la liberté du juge dans l'appréciation de la valeur probante des preuves qui lui sont présentées. Cette libre appréciation, si elle doit présenter certaines garanties pour ne pas laisser place à un pur arbitraire, conduit néanmoins à une meilleure rationalité dans l'appréciation des preuves (1). La question de l'intime conviction reste également liée à une autre difficulté, c'est celle bien sûr de parvenir à une conviction face à des éléments de preuve qui peuvent être imparfaits (2).

### 1. La place de l'intime conviction et la rationalité dans l'appréciation des preuves

Le devoir de juger selon son intime conviction s'impose en droit pénal français contemporain, à tous les magistrats et devant tous les tribunaux[322]. La formulation la plus aboutie de ce principe dans notre procédure pénale concerne le jury et les magistrats de cour d'assises. Devant cette juridiction, l'instruction lue par le président avant la clôture des débats

---

[319] B. Bouloc*, Procédure pénale*, préc., n° 150, p. 124 ; S. Guinchard, J. Buisson, préc., n° 534 s., p. 450 s. ; C. Ambroise-Castérot, *préc.,* n° 36, p. 31.

[320] Le juge disposait de deux procédures distinctes. Celle de la « question préparatoires » qui tend à obtenir une preuve incontestable légitimant la nécessaire condamnation et la « question extraordinaire » appliquée à un condamné à mort afin d'obtenir le nom de ses complices. V. A. Laingui et A. Lebigre, *Histoire du droit pénal*, t.2 ; Paris, Cujas, 1979, p. 110 ; R. C. Van Caenegem, « La preuve dans le droit du Moyen-Age occidental », in : *Recueil de la société J. Bodin pour l'histoire comparative des institutions,* t. XVII : La preuve, Moyen-âge et temps modernes ; Bruxelles, éd de la lib. Ency, 1965, p. 708 s.

[321] Citons le raisonnement de Gaetano Filangiéri pour qui la certitude légale ne peut justifier à elle seule la condamnation d'une personne et incite les magistrats à recourir à une « certitude morale » : V. G. Filangiéri, *La science de la législation*, trad. par J.- A. Gauvin dit Gallois ; Paris, Dufart, 1799, t. III, livre 3, chap. 13 à 15. V. également J. Gilissen, « La preuve en Europe du XVIème au début du XIXème siècle »*,* in : *Recueil de la société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions*, t. XVII : La preuve, Moyen-âge et temps modernes ; Bruxelles, éd de la lib. Ency, 1965, p. 800 s.

[322] V. art. 536, 427, 353 et 304 *C. proc. pén*.

et le début des délibérations rappelle que « *la loi ne demande pas compte aux juges des moyens par lesquels ils se sont convaincus, elle ne leur prescrit pas des règles desquelles ils doivent faire particulièrement dépendre la plénitude et la suffisance d'une preuve ; elle leur prescrit de s'interroger eux-mêmes, dans le silence et le recueillement et de chercher, dans la sincérité de leur conscience, quelle impression ont faite, sur leur raison, les preuves rapportées contre l'accusé, et les moyens de sa défense. La loi ne leur fait que cette seule question qui renferme toute la mesure de leurs devoirs : « avez-vous une intime conviction ?* »[323] À la lecture de ce principe, l'intime conviction ne pourrait assurément servir de base à une décision arbitraire ou discrétionnaire. Comme le disait Saint Thomas d'Aquin, le recours du juge à sa conscience peut être « *le correcteur de l'esprit et le pédagogue de l'âme* » et par là-même tracer « *la voie de la raison* »[324]. L'intime conviction devrait être assise sur des éléments de preuve solides tout en ne fermant pas la porte à l'existence d'une preuve contraire. Mais quelles garanties peuvent être apportées à un recours équilibré à l'intime conviction ? Doit-on craindre que le principe de l'intime conviction, comme le disait Claude Lombois, puisse faire « *plus de condamnés sans preuves que d'acquittés malgré eux*[325] »? L'interrogation semble légitime. En effet, si les juges peuvent faire application de ce principe en faveur de la personne poursuivie, par exemple en écartant un témoignage douteux versé par l'accusation ou en retenant des éléments pertinents apportés au débat par la défense, on peut se demander quel moyen de contrôle réel et pertinent permet de s'assurer de l'objectivité parfaite des magistrats dans leur analyse des éléments de preuve. Cette question prend d'autant plus d'acuité que la Cour de cassation a souligné depuis déjà longtemps que la conviction du juge « *relève exclusivement de sa conscience*[326] » et échappe par là-même au contrôle de la haute juridiction.

Si l'intime conviction est une appréciation personnelle de la preuve, une quantification de l'impression qu'ont faites, sur la raison du juge, les preuves rapportées contre la personne mise en cause et les moyens de sa défense, elle doit découler d'une démarche rationnelle. La loi commande au juge de n'écouter, dans l'exercice de son office, « *ni la haine ou la méchanceté, ni la crainte ou l'affection* » et de se décider « *avec l'impartialité et la fermeté qui conviennent à un homme probe et libre* »[327].

---

[323] Art. 353 *C. proc. pén*.
[324] Saint Thomas d'Aquin, *La somme théologique*, Ia, question 79, trad. française par C. Spicq ; Paris, Desclée et Cie, 1947.
[325] C. Lombois, « Conviction passe présomption » ; *Pouvoirs*, 1990, p. 86.
[326] Cass. crim. 3 janvier 1978 ; *Bull. crim*. n° 1.
[327] Art. 304 *C. proc. pén*.

Selon Me Henri Leclerc, la démarche rationnelle du juge pour aboutir à son intime conviction, doit passer par le doute, « *ce don de la raison donné au juge pour qu'il puisse aboutir à une certitude* »[328]. Selon un autre auteur, « *Douter certes ce n'est pas décider, mais c'est souvent l'étape nécessaire, non pas à la décision en soi, mais à la bonne décision*.»[329] Il nous semble en effet que ce doute dans la démarche de juger permette d'aboutir à la décision la plus juste en remettant en cause toutes les affirmations et certitudes qui peuvent apparaître dans le déroulement du procès pénal. En cela le droit à la preuve contraire doit être une composante de cette démarche intellectuelle qui va conduire le juge à rechercher par lui-même la mise en cause de la véracité des éléments à charge et à ne pas écarter les arguments produits par la défense sans avoir élaboré les hypothèses découlant de leur possible réalité. De ce doute constructif mettant au premier plan l'exercice du droit à la preuve contraire découlera la conviction du juge. Cette conviction est à tort souvent présentée comme une certitude. Dans l'œuvre de juger, l'absolue certitude n'est pas la règle. La décision du juge est donc prise selon la formule consacrée par la *common law*, « *au-delà de tout doute raisonnable* ».

La démarche rationnelle d'appréciation des preuves peut néanmoins marquer ses limites et laisser apparaître un réel doute ou doute raisonnable. Cette question nous conduit naturellement à nous interroger sur les conséquences de la réception d'éléments de preuve qui ne suffisent pas pour emporter une conviction, que ce soit en faveur de l'accusation ou en faveur de la défense.

### 2. Intime conviction et réception de la preuve contraire imparfaite

L'intime conviction ou le recours à la conscience du juge est indissociable du doute. Il est en effet impossible de penser que la conviction des magistrats dans l'analyse de toute cause est absolue. Toute action de juger met en œuvre la confrontation entre les arguments qui vont en faveur de la culpabilité et ceux qui plaident pour l'innocence. La difficulté de trancher entre ces deux positions et l'émergence corrélative d'un doute peut venir de deux origines. La première tient à ce que les arguments de l'accusation n'emportent pas immédiatement de conviction. La seconde peut provenir directement d'arguments présentés par la défense et qui relativisent le poids des charges qui pèsent sur la personne mise en cause sans faire

[328] H. Leclerc, « Le doute, devoir du juge », in : *Le doute et le droit*, dir. F. Terré ; Paris, Dalloz, 1994, p. 50.
[329] R. Seve, « Douter c'est décider », in : *Le doute et le droit*, dir. F. Terré ; Paris, Dalloz, 1994, p. 120.

pleinement éclater son innocence. Dans les deux cas, il s'agit bien de la question de la réception de la preuve imparfaite de nature à introduire un doute quant à la responsabilité de la personne mise en cause.

L'application de l'adage *in dubio pro reo*[330] devrait naturellement dans ces deux cas aboutir au constat de l'innocence judiciaire. Il convient alors de souligner que la preuve contraire dégagée par la défense ou relevée par le juge peut ne pas être parfaite pour être efficace. Il lui suffira de faire naître un doute raisonnable dans l'esprit du juge.

Il faut néanmoins noter à ce stade que l'application du doute favorable ne relève pas de la solution de facilité. En effet, pour être favorable à la personne mise en cause et entraîner la relaxe ou l'acquittement, le doute devra être à la fois insurmontable et relever d'une démarche rationnelle[331].

Pour être insurmontable, le doute devra subsister après l'accomplissement de toutes les investigations utiles à la manifestation de la vérité. Ainsi, la chambre criminelle considère que constitue une insuffisance de motifs, cause de cassation, le fait de prononcer la relaxe ou l'acquittement au bénéfice du doute alors qu'il appartenait à la juridiction en cause d'ordonner des investigations complémentaires dont elle reconnaît la nécessité par la conclusion même qu'elle a apportée[332].

Pour être favorable, le doute devra en outre être rationnel, c'est-à-dire relever d'une véritable démarche intellectuelle ouvrant la possibilité d'un contrôle de la suffisance de motivation par la Cour de cassation. Ainsi, la démarche des juges du fond n'a pas été suffisamment rationnelle, et leurs motifs ont été jugés insuffisants lorsque, pour prononcer une relaxe, ils énoncent que « *s'il existe à l'encontre du prévenu des charges très lourdes de culpabilité relevées par le tribunal, il subsiste néanmoins en sa faveur un très léger doute qui doit lui profiter* »[333]. Le doute favorable ne peut par conséquent s'entendre du doute nécessaire à toute activité de juger, du questionnement et de la remise en cause de tous les éléments présentés dans le but d'en avoir une appréciation objective. Il ne peut également s'entendre d'une vérité absolue mais seulement d'une vraisemblance objective ou plutôt de l'absence de vraisemblance objective de culpabilité.

---

[330] Cf infra, p. 26 s.
[331] M.-C. Nagouas-Guérin, *Le doute en matière pénale* ; Paris, Dalloz, 2002, p. 388 s.
[332] Cass. crim. 21 fév. 1952 ; *Bull. crim*. n° 50 ; Cass. crim 30 oct. 1962 ; *Bull. crim*. n° 300 ; Cass. Crim. 19 mars 1975 ; *D*. 1976, p. 1979 ; Cass. crim. 19 juin 1979 ; *Bull. crim.* n° 215 ; Cass. crim. 23 nov 1971 ; *Bull. crim.* n° 318.
[333] Cass. crim. 3 fév. 1992 ; *Bull. crim*. n° 47.

Le recours à l'intime conviction dans l'œuvre de juger a permis de mettre fin aux excès constatés dans le fonctionnement du système des preuves légales. Néanmoins se référer à l'unique travail intellectuel du juge peut sembler ne pas apporter de garantie suffisante quant aux arguments pris en compte. L'obligation de motivation des sentences pénales peut dès lors apparaître comme une garantie notoire de bonne justice en ce que le magistrat se doit d'expliquer le cheminement qui l'a conduit à sa décision et ainsi démontrer qu'elle n'a pas été dictée par de mauvais arguments ou que, par facilité, elle ne repose pas exclusivement sur les éléments apportés par l'accusation.

### B. L'obligation de motivation garantie de la réception de la preuve contraire

L'obligation de motivation[334] peut se définir comme l'obligation faite au juge d'exposer les raisons de fait et de droit qui l'ont conduit à rendre sa décision, qu'il s'agisse d'une condamnation ou d'une relaxe[335]. Les décisions de justice n'étaient pas motivées sous l'Ancien régime[336], et après une mise en cause par la philosophie des Lumières, cette obligation est apparue dans la loi des 16 et 24 août 1790[337]. Un arrêt du 10 mai 1822[338]

[334] On retrouve les traces de la volonté d'instaurer une obligation de motivation dans les Etas Généraux de 1560. On peut ainsi lire que la noblesse impose aux cours « *d'exprimer et de déclarer les motifs de leurs jugements contenant les points péremptoires de la décision des causes, soit par titre, témoins ou confessions des parties, articles des coutumes et lois par lesquels ils jugeront. Ce faisant, les juges s'étudieront à juger de mieux en mieux et lesdits arrêts serviront d'instruction à tous semblables causes et il y aura moins d'appellations* ». Curieusement, ce sont les arrêtistes qui ont contribué à l'essor de la motivation à travers les recueils privés d'arrêts qui se multiplient à partir du XVIIème siècle. L'obligation de motivation n'apparaît alors réellement dans son acception actuelle que par l'art. 7 de la loi du 20 avril 1810 en vertu duquel « *les arrêtés des Cours royales qui ne contiennent pas les motifs sont déclarés nuls* ». Ces dispositions ont été étendues aux jugements de police par l'article 163 du *Code d'instruction criminelle* de 1810 et généralisées ensuite par la jurisprudence V. sur l'histoire de la motivation : G. Picot, *Histoire des Etats Généraux* ; Paris, Hachette et Cie, 1888, t.2, p. 303 ; P. Tixier, *Jalons pour une histoire de la motivation des sentences* - Travaux de l'association Capitant ; Paris, LGDJ, 1998, p. 5 s. ; J-M. Carbasse, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle* ; Paris, PUF, 2000, n° 85 s.

[335] Nous ne ferons pas ici référence à l'acquittement puisque les décisions de Cour d'assises font l'objet d'une dispense de motivation qui constitue une exception surprenante, V. infra p. 268 s.

[336] Cette absence de motivation obligeait le bureau des requêtes du Conseil des Parties, en cas de pourvoi, à interroger les Cours souveraines afin de s'informer sur les motifs qui avaient conduits à une décision. Cette motivation a posteriori pouvait bien évidemment apparaître choquante.

[337] Loi des 16 et 24 août 1790 Titre V art. 15 qui dispose que les jugements doivent comporter « les motifs qui auront déterminé le juge ».

[338] Cass. crim 10 mai 1922 ; *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence* ; Paris, Merlin, Tome XI, V° motif des jugements, p. 310, 1827. La jurisprudence a par la suite constamment réaffirmé cette exigence. V. par

expose de façon claire l'existence de cette exigence. Dans cette espèce, il était reproché à un prévenu d'avoir distribué un « almanach du peuple pour l'an 1822 » contenant des passages contraires à la morale publique et religieuse. La personne mise en cause fut renvoyée devant la Cour royale de Metz pour délit de presse. L'arrêt de renvoi fut cassé au visa de l'article 7 de la loi du 20 avril 1810 en ce qu'il devait « *être motivé, non seulement sur l'existence d'une loi pénale applicable au fait, mais aussi sur l'existence de charges suffisantes contre le prévenu* ». Cette motivation doit par conséquent comprendre l'énoncé des faits sur lesquels le juge va baser sa décision et les conséquences juridiques qu'il en tirera quant à la qualification et la suffisance ou l'insuffisance des charges qui pèsent sur le justiciable pour se prononcer enfin sur sa culpabilité[339]. L'obligation de motivation pourrait ainsi s'analyser comme le prolongement de l'exigence de rationalité dans la mise en œuvre de l'intime conviction. C'est une explication « *aux autres juges, aux parties… mais aussi au peuple, à l'opinion publique* »[340] des fondements de la décision. Elle s'applique à tous les juges que ce soit au stade de l'instruction ou du jugement[341]. La Cour de cassation a néanmoins dû concilier deux principes qui peuvent apparaître contradictoires. En effet, les juges n'ont pas à dévoiler les raisonnements profonds qui ont conduit à la formation de leur intime conviction, mais l'obligation de motivation à laquelle nous nous attachons tendrait, de prime abord, à leur imposer le contraire. La compatibilité de ces deux principes place la motivation comme une garantie d'impartialité et de lutte contre l'arbitraire sans pour autant éliminer la nécessaire liberté dans le jugement[342].

Malgré l'absence de dispositions conventionnelles expresses[343], la Cour européenne des droits de l'Homme considère l'obligation de motivation comme une garantie inhérente au procès équitable et la rattache en conséquence aux garanties de l'article 6§1 de la Convention. L'arrêt *Van de Hurk* du 19 avril 1994[344], est la première à avoir de façon claire affirmé

---

ex. Cass. crim. 29 mai 2001 ; *Bull. crim.* n°134 : « *Tout jugement ou arrêt doit contenir les motifs propres à justifier sa décision* ».

[339] S. Josserand, *L'impartialité du magistrat en procédure pénale* ; Thèse, Grenoble, Paris, LGDJ, 1998, n° 42, p. 514-515.

[340] G. Giudicelli-Delage, *La motivation des décisions de justice* ; Thèse, Poitiers, 1979, p. 322.

[341] Ce principe est maintenant expressément consacré par les art. 485 et 543 du *C. proc. pén*. pour le jugement des délits et des contraventions ainsi que l'art. 593 *C. proc. pén*. qui vise les arrêts de la chambre de l'instruction et les arrêts et jugements en dernier ressort.

[342] C. Tournier, *L'intime conviction du juge* ; Thèse, Aix- Marseille, Aix en Provence, PUAM, 2003, n° 214 s.

[343] Nous pouvons tout juste citer l'art. 45 de la Convention EDH, relatif à la Cour EDH, qui dispose que « *les arrêts, ainsi que les décisions déclarant les requêtes recevables ou irrecevables, sont motivé* ». Mais cette simple mention relative à un aspect précis de sa propre activité ne saurait être analysée comme l'énoncé d'un principe général de procédure.

[344] CEDH 19 avril 1994, Van de Hurk c. Pays Bas ; Série A, n° 288 ; J.-F. Flauss, *AJDA* 1995, p. 139 ; N. Fricero, *D*. 1996, somm. p.202 ; L. Boré, *JCP* 2002, I, n° 104. V. également : CEDH 9 déc. 1994, Hiro Balani c.

l'obligation de motivation, même si une jurisprudence antérieure[345], sans utiliser les termes d'obligation de motivation, en avait largement dévoilé le contenu et le fondement. Ces derniers relèvent à la fois du droit à être entendu par un tribunal et de l'impartialité de ce tribunal qui doit pouvoir être objectivement constatée[346]. Dans son arrêt Taxquet contre Belgique[347], la juridiction européenne développe l'exigence fondamentale de motivation des arrêts de cours d'assises qui constitue « *un rempart contre l'arbitraire* » et répond au « *souci d'expliquer le verdict à l'accusé mais aussi à l'opinion publique* ».

Longtemps réclamée par les avocats, l'obligation de motivation sert la défense de multiples façons et apparaît, en tant que moyen de contrôle ou de contestation, comme le révélateur de la juste réception de la preuve contraire (1). Néanmoins, cette obligation a des limites importantes qui peuvent remettre en cause sa fonction de garantie fondamentale de bonne justice (2).

### 1. L'obligation de motivation, garantie de la juste réception de la preuve contraire

L'obligation de motivation est un moyen de compréhension et de contrôle de la décision rendue par le justiciable. Elle transcrit la justification de l'impression d'innocence ou de culpabilité. Elle permettra de dénoncer une décision s'appuyant sur des éléments contestables ou insuffisamment établis de l'accusation et sera également le principal révélateur de l'effectivité de la réception de la preuve contraire par le juge et de son efficacité. Même si la relaxe ou l'acquittement peuvent apparaître plus marquants, ils sont indissociables de la motivation qui permet d'en avoir une juste lisibilité. La motivation constitue dès lors à elle seule une garantie de la cohérence intellectuelle du raisonnement du juge et par là-même de la juste réception de la preuve contraire (a) et également une garantie formelle de la réception de la preuve contraire ouvrant droit à un contrôle (b).

---

Espagne ; *D*. 1996, somm. 202, note N. Fricero préc.; CEDH 9 déc. 1994, Ruiz Torija c. Espagne ; *D*. 1996, somm. 202, préc.

[345] Dans un arrêt Hadjianastassiou c. Grèce du 23 nov. 1992 (série A, n° 252), la Cour jugeait déjà que « *les Etats contractants jouissent d'une grande liberté dans le choix des moyens propres à permettre à leur système judiciaire de respecter les impératifs de l'article 6. Les juges doivent cependant indiquer avec une clarté suffisante les motifs sur lesquels ils se fondent. C'est ainsi, par exemple, qu'un accusé peut exercer utilement les recours existants* ».

[346] L. Boré, « La motivation des décisions de justice et la Convention européenne des droits de l'homme » ; *JCP* 2002, éd. G., I, n° 104.

[347] CEDH, 13 janv. 2009, Taxquet c. Belgique, req. n° 926/05 ; *D*. 2009, p. 1058, note J.-F. Rénucci ; *RIDP* 2009, p. 355, n° 32, obs. F. Fourment.

a. Une garantie intellectuelle de réception de la preuve contraire

La motivation est à la fois une exigence de transparence et de cohérence[348]. La transparence tient bien sûr au fait que le juge dévoile le cheminement de sa pensée et démontre ainsi que l'acte de juger, s'il est subjectif, ne relève pas de l'arbitraire ou de la partialité, mais se fonde sur un raisonnement et sur l'analyse d'éléments de faits et de droit qui sont exposés aux parties en cause et au public. La motivation est ensuite un gage de cohérence en ce qu'elle permet de vérifier la rationalité de la conclusion apportée par le magistrat. François Gorphe déclarait à ce propos que « *tous ceux qui ont préparé des jugements se sont rendus compte de la grande utilité de la motivation* […] *pour la précision des pensées, le contrôle de soi-même et l'évocation d'idées, qui peuvent amener à changer d'avis* »[349]. L'obligation de motivation impose au juge de parcourir une dernière fois le cheminement qui l'a conduit à sa décision et de le confronter aux arguments qui pourraient aller en sens contraire. Cette démarche tend à s'assurer d'une réelle conviction mesurée à l'aulne des possibles contre-arguments qui auront été en conscience écartés.

Au-delà de la simple garantie morale sur le contenu de la réflexion du juge, l'obligation de motivation va fournir une garantie formelle de la réception de la preuve contraire, sorte de preuve de l'objectivité de l'office du juge. Elle contraint par ailleurs idéalement le juge au syllogisme juridique.

b. Une garantie formelle de réception de la preuve contraire

L'obligation de motivation permet d'ouvrir une possibilité de contestation du raisonnement du juge et par conséquent de faire apparaître l'absence de réception efficace de la preuve contraire apportée au cours des débats. L'aspect fondamental de cette motivation peut apparaître dans l'incidence qu'elle peut avoir sur l'opportunité pour la partie condamnée, de faire appel du jugement en cause. Cette décision pouvant être prise si le tribunal a injustement écarté des moyens de défense ou s'il a retenu des points litigieux ou insuffisamment précis de l'accusation.

Un arrêt de la Cour européenne des droits de l'Homme fait apparaître l'intérêt de la motivation des jugements quant à l'existence d'un droit à la preuve contraire et plus

[348] C. Du Parc, *Du rôle respectif du juge et des parties dans le procès pénal* ; Thèse, Poitier, 2002, p. 215.
[349] F. Gorphe, *Les décisions de justice. Etude psychologique et judiciaire* ; Paris, PUF, 1952, p. 116.

précisément pour l'exercice des voies de recours. Dans l'affaire Baucher contre France[350], le responsable marketing d'une grande enseigne de restauration rapide avait été poursuivi pour diverses infractions tenant essentiellement à de la publicité mensongère. Son avocat, ainsi que celui de la société qui l'employait ont fait part de leurs observations à l'audience du tribunal correctionnel qui a finalement prononcé une peine relativement limitée (20 000 francs d'amende avec sursis) à l'encontre de la personne mise en cause. Or, au cours de l'audience de prononcé du jugement, le président du tribunal n'a donné lecture que du dispositif du jugement et non des motifs[351]. Après avoir vainement tenté d'obtenir copie du jugement dans le délai imparti pour faire appel de la décision, le condamné, craignant de se voir infliger une condamnation plus sévère en charge d'appel n'a pas donné de suites. Ce cas d'espèce met en lumière une réalité quotidienne du fonctionnement de la justice. Si la loi impose la motivation des jugements de police et correctionnels, et la consignation de cette motivation dans la minute du jugement qui doit être déposée au greffe du tribunal au plus tard trois jours après que la décision ait été rendue, la pratique est toute autre. En effet, seuls les jugements faisant l'objet d'un appel dévoilent les efforts du magistrat pour établir une véritable motivation, avec les retards que cela peut induire, les parties ayant dix jours pour interjeter appel.

La Cour de cassation apporte une vigilance particulière à l'obligation et à la cohérence de la motivation en sanctionnant les défauts, insuffisances ou contradictions de motifs[352].

Le défaut total de motif[353] est particulièrement rare. Il implique que la juridiction n'ait pas précisé en quoi consistait l'infraction retenue contre le prévenu[354], ou bien encore que la déclaration de culpabilité ne repose sur aucune justification[355]. Plus fréquemment, le jugement ou l'arrêt se contente d'une motivation abrégée qui se limite à affirmer de façon péremptoire que les faits reprochés au prévenu sont établis[356], que « la culpabilité du prévenu résulte de la procédure et des débats »[357] ou bien encore que la décision se base sur une

[350] CEDH 24 juillet 2007, Baucher c/ France, req. 53640/00.
[351] Ce qui relève de la pratique habituelle.
[352] Art. 485 et 593 *C. proc. pén*.
[353] V. par ex. Cass. crim. 28 janv. 1976 ; *Bull. crim*. n° 35 : dans cette espèce, la condamnation avait été prononcée alors que la juridiction n'avait pas relevé l'existence de tous les éléments constitutifs de l'infraction. V. également s'agissant de la mise en danger d'autrui : Cass. crim 3 avril 2001 ; *Bull. crim.* n° 90 ; *D*. 2001, IR 1996.
[354] Cass. crim. 26 juill. 1924 ; *Bull. crim*. n° 307.
[355] Cass. crim 6 juin 1924 ; *Bull. crim.* n° 253 ; Cass. crim. 26 nov. 1990 ; *Bull. crim*. n° 404.
[356] Cass. crim. 26 juin 1963 ; *Bull. crim.* n° 232 ; Cass. crim 6 mars 1996 ; *Bull. crim*. n° 105.
[357] Cass. crim. 14 mai 1997 ; *Bull. crim*. n° 182.

décision antérieure ou une jurisprudence bien établie sans en rappeler les principes essentiels[358]. Le cas le plus fréquent de défaut de motif se trouve dans ce que l'on appelle le défaut de réponse à conclusions. Le code de procédure pénale rapproche en effet de la motivation l'obligation pour le juge de se prononcer sur les demandes des parties[359]. Ce point intéresse à double titre le droit à la preuve contraire. Il oblige tout d'abord le juge à se prononcer sur les demandes d'intervention des parties et par conséquent de la personne mise en cause sur la recherche probatoire, et il impose en second lieu l'écoute et l'assurance de la réception des éléments de preuve contraires présentés par le défendeur pénal[360]. Cette disposition n'entend pas imposer au juge de faire droit systématiquement à toute demande émanant de la personne mise en cause ni à devoir de manière absolue retenir les éléments d'exonération présentés. Néanmoins, il devra s'il les écarte, préciser qu'il en a bien eu connaissance et expliciter les raisons du rejet. La Cour de cassation, sur le même fondement que le contrôle de l'obligation de motivation, s'attache à vérifier la juste réception des éléments de débat proposés par les parties. Elle a ainsi pu décider que la décision d'une juridiction qui ne répond pas à des conclusions qui constituent un système de défense devait être censurée[361].

Dans certains cas, la décision attaquée comporte bien des motifs, mais ils sont trop imprécis ou incomplets pour permettre à la Cour de cassation de contrôler la juste application de la loi. Le défaut de base légale s'entend alors d'une insuffisance des constatations de fait qui sont nécessaires pour statuer sur le droit[362]. Le recours à des motifs hypothétiques[363] ou à des motifs généraux ou abstraits s'apparente également à une insuffisance de motifs.

Le contrôle des insuffisances de motifs donne lieu à de nombreux arrêts. L'insuffisance de motifs d'une décision de condamnation peut laisser suspecter une partialité *in defavorem* du juge dont la conclusion n'apparaît manifestement pas en cohérence avec les

---

[358] Cass. crim. 18 juin 2003 ; *Bull. crim*. n° 128.
[359] Art. 593 al. 2 *C. proc. pén.*
[360] Art 315 *C. proc. pén*. en matière criminelle, art. 459 al.3 en matière correctionnelle et art. 512 pour les décisions de Cour d'appel.
[361] Cass. crim. 19 oct. 1934 ; *DH* 1934, p. 543 ; Cass. crim 26 déc. 1960 ; *Bull. crim.* n° 612. Encours la même sanction l'arrêt qui ne répond pas à l'articulation essentielle d'un mémoire présenté par l'une des parties: Cass. crim. 3 oct. 2000, ;*Bull. crim.* 286. Il est néanmoins à noter que la jurisprudence de la Cour de cassation n'impose pas aux juges de répondre individuellement à tous les arguments invoqués à l'appui de leurs conclusions, mais seulement aux moyens péremptoires qui sont de nature à influer sur la solution du litige : Cass. crim. 13 juill. 1951 ; *D*. 1951, 658 ; à comp. Cass. crim. 20 juin 2000 ; *Bull. crim*. n° 236.
[362] J. et L. Boré, *La cassation en matière pénale* ; Paris, Dalloz, coll. « Dalloz action », 2ème éd, 2004, p. 218, n° 84.00 et s.
[363] Tel est le cas du jugement qui fonde la condamnation sur le fait que le prévenu « n'était pas dans l'impossibilité de commettre l'infraction » : Cass. crim. 24 juill. 1969 ; *Bull. crim*. n° 238.

éléments pris officiellement en considération[364]. Cette présomption défavorable qui conduit à la condamnation peut apparaître comme étant un raccourci excessif du raisonnement pour diverses raisons qui peuvent tenir à la personne du mis en cause, à l'existence de présomptions matérielles… Mais ces différentes circonstances ne suffisent pas à démontrer la culpabilité.

La contradiction de motifs, quant à elle, fait également apparaître l'incohérence, voire l'incompatibilité, de la conclusion apportée par le juge à son raisonnement[365]. Cette hypothèse semble tellement peu compatible avec la fonction de juger que la jurisprudence l'assimile à une absence pure et simple de motifs[366].

Si l'obligation de motivation doit être analysée sans nul doute comme une garantie de la juste réception des éléments de preuve contraire et comme un rempart contre l'arbitraire éventuel de l'intime conviction, il faut néanmoins reconnaître que cette obligation n'est pas absolue et laisse encore dans certaines matières subsister un doute sur le cheminement intellectuel qui a pu conduire à une décision.

---

[364] C'est le cas par exemple d'une décision énonçant que les faits sont établis sans indiquer quels sont ces faits : Cass. crim. 14 oct. 1985 ; *Bull. crim.* n° 310. Ou bien encore lorsqu'une juridiction se contente de dire qu'il existe de très lourdes charges ou une très forte probabilité de culpabilité : Cass. crim. 30 oct. 1956 ; *D.* 1957, p. 127. V. également Cass. crim. 19 mars 1986 ; *D.* 1988, jurisp. p. 568, note J. Vallansan : cette jurisprudence expose le cas d'un jugement dit "collectif" concernant dix-neuf procédures différentes et par lequel un tribunal de police, par une motivation commune à tous les prévenus, les condamna à une peine d'amende pour infraction aux règles de stationnement. Pour justifier de sa décision, le juge releva que « *les prévenus défaillants ont été régulièrement cités et que leur absence laisse présumer qu'ils n'ont rien à objecter… du reste, les contraventions qui leurs sont reprochées paraissent suffisamment établies* ». La Cour de cassation a sanctionné cette décision en estimant qu' « *en l'état de ces seuls motifs, d'ailleurs hypothétiques, le tribunal a méconnu le principe selon lequel tout jugement ou arrêt doit contenir les motifs propres à justifier sa décision* ». La Haute juridiction relève en conséquence que ces motifs pour le moins fantaisistes ne font que présumer la culpabilité de chaque prévenu et que la motivation ne laisse pas apparaître les composantes du dossier qui prouvent l'existence de l'infraction et sa commission par chaque prévenu.

[365] Il en va ainsi d'un jugement qui condamne le prévenu tout en refusant d'accorder réparation à la victime partie civile au motif qu'elle n'a subit aucun préjudice : Cass. crim. 29 juill. 1948 ; *Bull. crim.* n° 211. Tel peut encore être le cas de la juridiction qui, ayant à juger deux prévenus pour des faits identiques intervenus dans les mêmes circonstances, condamne l'un et relaxe l'autre : Cass. crim. 28 juill. 1969 ; *Bull. crim.* n° 269. En matière criminelle, la motivation étant limitée à la réponse par oui ou par non à une liste de questions, la Cour de cassation contrôlera avec rigueur toute contradiction comme par exemple celle d'une Cour d'assises répondant affirmativement à la question du guet-apens et négativement à la question de la préméditation. Les deux réponses étant logiquement inconciliables, la contradiction de motifs est établie : Cass. crim. 22 déc. 1958 ; *Bull.* crim. n° 766.

[366] Cass. crim. 3 juin 1935 ; *DP.* 1938, I, 118 ; Cass. crim. 25 avr. 1974 ; *Bull. crim.* n° 154.

## 2. Les limites de l'obligation de motivation

L'obligation de motivation, par la transparence qu'elle induit, est un moyen important d'assurer l'équité du procès pénal. Or, elle peut faire l'objet d'une véritable dénaturation par la simplification à outrance de son contenu dans les matières où elle doit s'appliquer (a) et marque une limite plus importante de par son exclusion de champs entiers du droit (b).

### a. La dénaturation de l'obligation de motivation

Le facteur principal de la dénaturation de l'obligation de motivation provient de la particulière difficulté de concilier l'explication que le juge doit donner du cheminement de sa pensée avec l'absence d'obligation pour ce dernier de révéler les raisonnements les plus profonds qui ont participé à former sa conviction[367]. Le dosage est difficile à appréhender entre le « ni trop » et le « ni trop peu ».

Il apparaît en effet que la Cour de cassation se refuse à exiger des juges les fondements de leur intime conviction qui « *relève exclusivement de leur conscience et échappe de ce fait au contrôle de la Cour de cassation* »[368]. Une distinction semble dès lors pouvoir s'opérer entre les motifs de la conviction qui n'ont pas à être dévoilés par le juge et les motifs du jugement, qui doivent apparaître, mais qui se limitent à l'indication des pièces sur lesquelles se fonde la décision sans avoir à justifier des raisons de ce choix[369]. On peut dès lors parler de véritable dénaturation en ce que l'exigence de motivation qui pouvait se comprendre comme une obligation de démonstration, est totalement vidée de l'explication du raisonnement conduisant à l'intime conviction et pourra se limiter à des formules de style, de simples affirmations, voire à une simple référence à l'argumentation des documents de poursuite.

---

[367] P. Hennion, Thèse préc., n° 440, p. 424.
[368] P. Escande et P. Culie, « Tribunal Correctionnel-Rédaction des jugements-Prononcé des jugements » ; *J. Cl. Proc. pén.,* Art. 485 et 486, n° 68.
[369] P. Hennion, *ibid.*

### b. La limitation du champ d'application de l'obligation de motivation

Pour imparfaite qu'elle soit, l'obligation de motivation impose néanmoins au juge un minimum de formalisme dans l'explicitation de sa décision et le contraint à mûrir sa réflexion. En matière de réception de la preuve et de déclaration de culpabilité[370], de manière surprenante, un régime particulier s'impose aux décisions de la cour d'assises pourtant amenée à juger les infractions les plus graves et à prononcer les peines les plus lourdes. En effet, le Code de procédure pénale ne prévoit l'obligation de motivation que pour les juridictions correctionnelles, de police et de proximité[371]. En conséquence, on peut en déduire que les décisions rendues par les cours d'assises n'ont pas à être motivées. Cette solution serait pour le moins paradoxale alors que la logique voudrait que la protection accordée à l'accusé soit d'autant plus importante que ce qui lui est reproché est grave. En ce sens, le critère tiré de la gravité de l'infraction est fréquemment utilisé par la Cour européenne des droits de l'Homme pour déterminer l'étendue des garanties qui doivent le protéger. Néanmoins, la spécificité de la cour d'assises, et plus précisément la présence de jurés populaires, détermine un régime dérogatoire. Faustin Hélie précisait que la motivation des sentences criminelles remettrait en cause l'esprit qui a conduit à la présence de représentants du peuple et à la liberté de décision qui doit leur être reconnue. Il précise en effet que le principe de l'intime conviction « *n'est entouré nulle part d'autant de garanties que dans le jury : voilà des citoyens qui, purs de toutes idées préconçues, viennent assister à un débat qui a pour objet de prouver l'existence d'un fait ; ils entendent la lecture des pièces et des témoins, les contradictions et la discussion ; que leur demande-t-on ensuite ? Leur opinion sur l'existence du fait : point de motifs, car la nécessité de justifier leur vote en gênerait la liberté, mais l'expression naïve et sincère de leur conviction intime.* »[372] La doctrine confirme majoritairement cette orientation qui fait de l'arrêt de cour d'assises un véritable acte de souveraineté populaire ne donnant pas lieu à explication[373].

---

[370] Il est à noter que le législateur n'impose à aucune juridiction de motiver la peine infligée au coupable, mais cette disposition particulière ne sera pas étudiée dans ces développements car elle ne concerne pas le droit de la preuve et la réception de la preuve contraire.

[371] Art. 485 al. 1 et 2, 543 et 593.

[372] F. Hélie, *préc.,* t. 7, n° 3137.

[373] Au surplus, les jurés populaires n'ayant aucune formation juridique, ils ne peuvent se décider que de manière éminemment subjective, et c'est là la principale mission que leur assigne la loi

C'est ainsi que le jugement actuel des crimes par une cour d'assises ne prévoit pas de véritable motivation. Au terme des articles 356 et 362 du Code de procédure pénale, la cour et le jury délibèrent et votent sur la culpabilité de l'accusé et sur le quantum de la peine à appliquer. Il est précisé que les décisions prises font alors l'objet d'une simple mention sur la feuille des questions et qu'à l'audience, « *Le président* […] *donne lecture des réponses faites aux questions, et prononce l'arrêt portant condamnation, absolution ou acquittement* ». La seule motivation de ces sentences réside alors dans l'affirmation ou la négation péremptoire de la culpabilité consignée dans la feuille de questions[374]. A aucun moment la cour ou le jury ne précisent sur quels éléments ils se sont basés, ni la valeur probante qu'ils ont accordée aux différentes pièces présentées. On peut en simplifiant affirmer que l'arrêt d'assises se limite à l'exposer du dispositif et repose sur des éléments qui sont seuls connus des acteurs du délibéré. La motivation, qui permet devant les autres juridictions, de s'assurer qu'elles ont bien reçu les éléments de preuve contraire présentés par la défense et qu'elles ont bien analysé objectivement et avec critique les éléments présentés par l'accusation, est donc écartée en matière criminelle. Il est au surplus à noter qu'en l'absence de cette garantie, le réexamen des faits opérés en charge d'appel n'a été rendu possible que très récemment. Si l'appel permet une remise à plat du raisonnement juridique et de l'analyse des faits conduisant à la décision sur la culpabilité, l'absence de motivation prive néanmoins la Cour de cassation du contrôle de la rationalité du cheminement intellectuel et de la prise ne compte de l'ensemble des éléments de la cause. Une brèche a été ouverte par le rapport du comité LEGER sur la réforme du droit pénal et de la procédure pénale qui préconise l'instauration d'une motivation des arrêts de cour d'assises[375]. Le comité appuie sa proposition sur le fait que l'argument principal de l'absence de motivation, à savoir la conception du peuple souverain et infaillible qui s'exprime à travers le jury populaire, a déjà été remise en cause par la loi du 15 juin 2000 octroyant la possibilité de faire appel des arrêts des cours d'assises. Par ailleurs, le comité relève que l'absence de motivation des arrêts de cours d'assises serait susceptible d'entraîner une condamnation de la France par la Cour européenne des droits de l'Homme sur le fondement du droit à un procès équitable. En effet, si la cour de Strasbourg n'avait pas, dans un premier temps, donné de caractère absolu à l'obligation de motivation[376], il semble qu'elle ait opéré un revirement de sa jurisprudence. La haute juridiction a sanctionné la Belgique en

[374] La réponse aux questions se fait simplement par un oui ou un non.
[375] Rapport du comité présidé par M. Philippe LEGER remis le 1er septembre 2009, consultable sur le site du ministère de la justice, p. 37 s.
[376] Dans l'affaire Papon (CEDH, Papon c. France, 15 nov. 2001), la Cour européenne avait indiqué que « *l'obligation de motivation doit aussi s'accommoder de particularités de la procédure, notamment devant les*

raison de l'absence de motivation d'un arrêt de cour d'assises : « *Toutefois, depuis l'affaire Zarouali, une évolution se fait sentir tant sur le plan de la jurisprudence de la Cour que dans les législations des Etats Contractants. Dans sa jurisprudence, la Cour ne cesse d'affirmer que la motivation des décisions de justice est étroitement liée aux préoccupations du procès équitable car elle permet de préserver les droits de la défense. La motivation est indispensable à la qualité même de la justice et constitue un rempart contre l'arbitraire. Ainsi, certains Etats, à l'instar de la France, ont institué un double degré de juridiction pour les procès en assises ainsi que la mise en forme des raisons dans les décisions des juridictions d'assises. La Cour considère que si l'on peut admettre qu'une juridiction supérieure motive ses décisions de manière succincte, en se bornant à faire sienne la motivation retenue par le premier juge, il n'en va pas forcément de même pour une juridiction de première instance, statuant au plus au pénal.* »[377] Au regard de ces éléments, le comité LEGER estime que la motivation des arrêts d'assises est « *une évolution non seulement souhaitable, mais sans doute inéluctable* ».

La dualité du rôle du juge, en particulier du juge d'instruction, pose question. Les exigences posées par l'exercice du droit à la preuve contraire conduisent inéluctablement vers la reconnaissance du seul statut d'arbitre du juge.

## Section 2 : Vers un juge arbitre seule garantie du droit à la preuve contraire

Le positionnement du juge dans le procès pénal est primordial dans la perception que l'on peut avoir du droit à la preuve contraire. Sa mission à la fois de réception et d'émission de la preuve doit être exercée avec toutes les garanties d'objectivité que le justiciable est en droit d'attendre de la mission de juger. Le rôle d'arbitre que l'on confie au juge lui impose d'effectuer sa mission en toute impartialité (§1) et doit également faire de lui le garant de l'équilibre entre les parties, publique et privée, au procès pénal (§2).

---

*cour d'assises où les jurés ne doivent pas motiver leur intime conviction* ». V. également Comm. EDH, Zarouali c. Belgique, 29 juin 1994, req. 20664/92.

[377] CEDH, Taxquet c. Belgique, 13 janvier 2009, préc.

## §1. Le devoir d'impartialité du juge

La déesse Thémis, représentation mythologique de la justice, est traditionnellement représentée les yeux bandés tenant une balance en équilibre. Si l'image de la balance symbolise bien sûr l'équité, valeur fondamentale de justice, les yeux bandés sont une référence directe à l'impartialité nécessaire à toute œuvre de juger.

Aux termes de l'article 6§1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme[378], « toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue […] par un tribunal indépendant et impartial », c'est-à-dire par des juges exempts de préjugés ou de parti pris. C'est sur ce devoir d'impartialité du juge que reposent véritablement l'idée de justice et la confiance du justiciable. A la différence de l'indépendance venant du latin « *in* » « *dependere* » qui traduit l'absence de lien de subordination[379], l'impartialité est la qualité requise de celui qui est sans préjugé[380]. Et même si l'indépendance est une condition de l'impartialité du juge, elle n'est pas suffisante pour la définir. Elle implique l'idée de neutralité et une sorte de retrait du juge par rapport aux parties. Un juge impartial est celui qui n'est pas acquis à une position ou à une opinion avant d'avoir mené à terme son exercice.

Ce principe constitue le fondamental nécessaire au libre exercice d'un droit à la preuve contraire (A) mais l'affirmer ne garantit pas pour autant l'effectivité de son application pratique. Il est par conséquent nécessaire de mettre en place les outils juridiques afin de s'assurer que toutes les garanties d'une action et d'une écoute objectives du juge soient réunies. De la qualité et de l'effectivité de ces armes dépendent la réalité et l'efficacité du droit à la preuve contraire entre les mains de la personne mise en cause (B).

### A. L'exigence d'impartialité, garantie du libre exercice du droit à la preuve contraire

Dans un Etat de droit, le prononcé d'une sanction pénale quelle qu'elle soit, ne saurait valablement intervenir de la part d'un tribunal dont l'impartialité serait douteuse. La libre appréciation des preuves et l'importance de l'intime conviction du juge ne peuvent

[378] Ce principe est également consacré par l'art.14 du Pacte international des droits civils et politiques de 1996 et par l'art. 10 de la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948.
[379] G. Cornu, *Vocabulaire juridique* ; Paris, PUF, 1987, p. 410.
[380] J. Pradel, « La notion européenne de tribunal indépendant et impartial selon le droit français » ; *Rev. sc. crim*. 1990, p. 692.

souffrir d'un risque de partialité qui pourrait entacher l'intégrité de la fonction de juger. C'est ainsi que la loi a déterminé un certain nombre d'incompatibilités en vertu desquelles un juge ne pourra pas connaître de l'affaire dont il est saisi et ce afin de mettre les organes de jugement à l'abri de toute suspicion et de tout reproche (1). Mais la Cour de cassation a dépassé le cadre légal de ces incompatibilités pour étendre son appréciation de l'impartialité du juge au regard de l'application de l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'Homme (2).

### 1. L'existence d'incompatibilités légales

Ces incompatibilités peuvent être fonctionnelles ou personnelles et constituent des situations dans lesquelles on peut légitimement et objectivement suspecter d'un préjugé défavorable à l'une des parties, et au premier chef bien sûr à la partie poursuivie.

L'essence des incompatibilités fonctionnelles réside dans l'interdiction faite à un magistrat d'avoir à juger une affaire alors qu'il a déjà eu connaissance de celle-ci dans l'accomplissement d'autres fonctions. Il en va ainsi de l'article 253 du Code de procédure pénale qui interdit de faire partie de la cour d'assises en qualité de président ou d'assesseur à tout magistrat qui, *« dans l'affaire soumise à cette cour a, soit fait un acte de poursuite ou d'instruction, soit participé à l'arrêt de mise en accusation ou à une décision sur le fond relative à la culpabilité de l'accusé »*. Cette règle, qui était à l'origine spécifique à la cour d'assises, a été étendue par la jurisprudence aux autres juridictions répressives[381].

Une incompatibilité fonctionnelle est également applicable en vertu de l'article 49 alinéa 2 du Code de procédure pénale, et interdit au juge d'instruction de participer au jugement des affaires pénales dont il a connu en cette qualité. Cette prohibition a également été étendue par la jurisprudence à la participation de ce même magistrat à la chambre de l'instruction chargée de statuer sur une affaire instruite par lui[382] ainsi qu'à la présence, à la chambre correctionnelle de la cour d'appel, d'un magistrat ayant participé à l'arrêt de la chambre de l'instruction à l'occasion duquel a été examinée la valeur des charges pouvant

[381] V. Cass. crim. 7 janv. et 6 nov. 1986 ; *D.* 1987 p. 237, note Pradel ; Cass. crim. 26 avril 1990 ; *Bull.* crim. n°162 ; Cass. crim. 7 avril 1992 ; *Bull. crim*. n° 148.
[382] Cass. crim. 31 mai 1988 ; *Bull. crim.* n° 235.

justifier le renvoi devant le tribunal correctionnel[383]. Enfin, l'article 137-1 alinéa 3 du Code de procédure pénale dispose que le juge des libertés et de la détention ne peut, à peine de nullité, participer au jugement des affaires dont il a connu.

Le champ d'application de cette exigence d'impartialité est bien centré sur la fonction de juger, ou comme le rappelle la Convention européenne des droits de l'homme, sur toute décision portant *« sur le bien fondé d'une accusation en matière pénale »*[384]. En conséquence, un certain nombre d'actes sont exclus de cette exigence d'impartialité. Il en est ainsi en particulier des actes de poursuite. La chambre criminelle a déjà de longue date indiqué qu'aucune incompatibilité n'interdisait à un magistrat du parquet de requérir successivement contre le même accusé devant la chambre d'accusation et devant la Cour d'assises[385]. Tout naturellement, il a également été jugé sans incidence le fait qu'un membre du parquet présent lors du prononcé d'un arrêt de la chambre d'accusation ait eu précédemment connaissance de l'affaire en tant que juge d'instruction[386]. La chambre criminelle a eu l'occasion de préciser à ce titre que *« le représentant du ministère public dont le rôle est de soutenir l'accusation ne prend aucune part au jugement de l'accusé »* et n'entre donc pas dans les prévisions de l'article 6 de la Convention[387]. Il en va de même des actes et des fonctions relatives à l'application des peines. Mais ces magistrats, et principalement ceux du parquet, s'ils ne sont pas touchés par les incompatibilités fonctionnelles et s'ils ne peuvent faire l'objet de récusation, n'échappent pas au devoir d'impartialité qui s'impose à tout magistrat. Le Conseil supérieur de la magistrature a eu l'occasion de rappeler se devoir en des termes clairs: « *En prenant des décisions de poursuite ou de classement dans des procédures mettant en cause des personnes avec lesquelles il était en relations d'affaires,* [le magistrat] *a pu faire légitimement douter de l'impartialité du parquet et il a ainsi, manquant aux devoirs de son état, commis une faute disciplinaire d'une particulière gravité*.»[388]

Les incompatibilités personnelles, quant à elles, proviennent essentiellement de l'existence d'un lien de parenté ou d'alliance entre un magistrat et l'une des parties à l'affaire dont il doit connaître. Ainsi, l'article R.721-3 du Code de l'organisation judiciaire fait

[383] Cass. crim. 7 avril 1992 ; *Bull. crim*. n° 148.
[384] Art. 6§1 CEDH
[385] Cass. crim. 23 nov. 1966 ; *Bull. crim*. n° 266.
[386] Cass. crim. 3 nov. 1992 ; *Dr. pén.* 1993, n° 99, comm. A. Maron.
[387] Cass. crim. 10 déc. 1986 ; *Bull. crim*. n° 370.
[388] Décision CSM du 21 déc. 1994.

interdiction à un magistrat dont un parent ou allié est l'avocat ou l'avoué d'une partie en cause, de composer la cour ou le tribunal[389].

Sans se référer à un lien avec les parties au procès pénal, l'incompatibilité personnelle peut également toucher des magistrats qui sont appelés à siéger ensemble alors qu'ils ont un lien de parenté ou d'alliance. Il en est ainsi de l'article R.721-1 du Code de l'organisation judiciaire qui interdit, sauf dispense accordée par décret, aux parents ou alliés jusqu'au degré d'oncle ou neveu inclusivement, d'être membre d'un même tribunal et leur fait en toute hypothèse interdiction de siéger dans la même affaire[390].

### 2. L'extension du contrôle de l'impartialité par l'application de l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'Homme

L'indépendance et l'impartialité des juges ne peuvent bien évidemment découler exclusivement des dispositions relatives au statut et à la fonction du juge. Elles doivent reposer également sur la prévention contre l'arbitraire et l'absence de préjugés des magistrats. Les garanties de bonne justice ne peuvent en effet tenir qu'aux qualités du juge mais doivent s'intéresser à son « idéologie inconsciente »[391] avec une difficulté supplémentaire tenant à ce qu'il ne suffit pas que la justice soit rendue objectivement, mais qu'elle apparaisse aux yeux des justiciables comme telle[392]. En application de ce principe, la Cour européenne accorde une particulière importance aux apparences qui, même si elles sont contredites par la réalité, peuvent prendre le dessus sur la rationalité des faits et conduire à une violation de la Convention. À ce titre, l'affaire *Belilos*[393] est particulièrement instructive. Dans cette espèce,

---

[389] Au même titre que pour les incompatibilités fonctionnelles, les incompatibilités personnelles ne concernent pas les magistrats du parquet : dans le cas de l'existence d'un lien personnel entre le magistrat du parquet et le fils du principal prévenu, selon la chambre criminelle « le ministère public ne décidant pas du bien fondé de l'accusation en matière pénale, le moyen pris de la partialité éventuelle de ce magistrat est inopérant » Cass. crim. 6 janvier 1998 ; *Bull. crim*. n° 1 ; *Procédures* 1998, comm. n° 96, obs. J. Buisson ; *Dr. pén*. 1998, n° 40, comm. A.Maron. Dans cette espèce, le représentant du ministère public était le parrain du fils de l'un des prévenus. La Cour de cassation a fait application d'une jurisprudence constante qui exclu le parquet des conditions d'impartialité exigées des magistrats composants les juridictions de jugement. Cette position reste néanmoins contestable lorsque l'impartialité subjective d'un représentant du parquet est mise en cause.

[390] La Cour de cassation a fixé sa jurisprudence de principe dans un arrêt de la Chambre criminelle du 19 mai 1978 dont la motivation indique que « *aux termes de l'art. R 721-1 COJ, en aucun cas, même si la dispense prévue par le premier alinéa du même article a été accordée, les conjoints ne peuvent siéger dans une même affaire*, [une telle situation constituant] *une atteinte indirecte mais certaine à la règle qui veut que la conviction du juge relève des éléments débattus devant la juridiction saisie*. »

[391] P. Hennion, *Preuve pénale et droits de l'homme*, Thèse préc., n° 385 s., p. 366 s.

[392] Référence à l'adage anglo-saxon « *justice must not only be done, it must also be seen to be done* ».

[393] CEDH 29 avril 1988, Belilos c/ Suisse, req. n° 10328/83 ; V. Berger, *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme*, préc., n° 56, p. 175 s.

c'est la composition de la commission de police municipale de Lausanne qui faisait discussion. Cet organe juridictionnel était composé d'un membre unique nommé par la municipalité. Néanmoins, la Cour relève que pour la durée de son mandat, ce fonctionnaire municipal ne se trouve pas dans un état de subordination, prête un serment distinct de celui des policiers et demeure à l'abri d'une révocation. Pour autant, après avoir effectué ce constat de la réalité du statut de ce magistrat, la juridiction de Strasbourg relève que *« Même les apparences peuvent présenter de l'importance* […] *A Lausanne, le membre de la commission de police est un fonctionnaire supérieur issu de la direction de la police et susceptible d'être appelé à y accomplir à nouveau d'autres tâches. Les justiciables auront tendance à voir en lui un membre du corps de police, intégré à une hiérarchie et solidaire de ses collègues. Pareille situation risque d'ébranler la confiance que les juridictions se doivent d'inspirer dans une société démocratique. Bref, la requérante pouvait légitimement éprouver des doutes quant à l'indépendance et l'impartialité structurelle de la commission de police, laquelle ne répondait donc pas sur ce point aux exigences de l'article 6§1.»*[394]

Les incompatibilités de fonction que nous avons relevées précédemment constituent ce que l'on pourrait qualifier de premier étage de la protection contre les risques de partialité. Il s'agit de ce que la jurisprudence européenne a qualifié d'impartialité objective. En effet, le fait pour une personne mise en cause d'être jugée par un magistrat qui a précédemment ouvert des poursuites contre elle ou qui l'a placée en détention « *a de quoi inspirer… des appréhensions légitimes* »[395]. Mais au-delà de ces incompatibilités organiques, la Cour européenne des droits de l'Homme a construit au fil du temps toute une jurisprudence relative à l'impartialité subjective[396] qui tient cette fois à un parti pris purement psychologique du juge[397] et qui a influencé les solutions et les formules dégagées par les juridictions internes. Selon la juridiction de Strasbourg, le doute sur l'impartialité du tribunal doit être « légitime » et déduit de circonstances objectives d'une particulière gravité.

La volonté, tant nationale qu'européenne, de voir préservées l'objectivité et l'équité de la justice a conduit à adopter plusieurs mécanismes de lutte contre l'impartialité. Ceux-ci, à

---

[394] CEDH, décision Belilos, préc. §67.
[395] CEDH, 26 octobre 1984, De Cuber c/ France ; Série A, n° 86.
[396] Pour une distinction entre impartialité objective et subjective, V. CEDH, 1er octobre 1982, Piersack c/ Belgique ; série A, n°53, §30 : « *si l'impartialité se définit d'ordinaire par l'absence de préjugé ou de parti pris, elle peut, notamment sous l'angle de l'art. 6§1 de la Convention, s'apprécier de diverses manières. On peut distinguer sous ce rapport entre une démarche subjective, essayant de déterminer ce que tel juge pensait en son for intérieur en telle circonstance, et une démarche objective amenant à rechercher s'il offrait des garanties suffisantes pour exclure à cet égard tout doute légitime* ».
[397] R. Koering-Joulin, « La phase préparatoire du procès pénal : grandes lignes de la jurisprudence européenne », in : *Procès pénal et droits de l'homme*, dir. de M. Delmas-Marty ; Paris, PUF, 1992, p. 51.

disposition en particulier de la personne mise en cause, lui permettent de dénoncer personnellement des atteintes au droit au procès équitable, et *in fine*, à l'effectivité de l'exercice du droit à la preuve contraire.

### B. Les moyens juridiques pour lutter contre la partialité du juge

Le Code de procédure pénale prévoit deux procédures que l'on peut qualifier de « préventives » et qui permettent d'assurer *a priori* l'impartialité des organes juridictionnels. Ces procédures diffèrent selon que la suspicion touche un seul magistrat ou gagne l'ensemble d'une juridiction. Dans le premier cas la personne mise en cause devra solliciter la récusation du magistrat (1) alors que dans le second cas c'est le renvoi pour cause de suspicion légitime qui devra être demandé (2). Ces deux procédures visent à obtenir le dessaisissement au profit d'un juge ou d'une juridiction présentant toutes les garanties d'impartialité, d'indépendance et d'équitabililité[398].

#### 1. La récusation

La récusation peut être définie comme étant « une voie de droit ouverte à une partie pour lui permettre de demander que soient écartés de la connaissance de sa cause un ou plusieurs juges qui n'offrent pas, selon elle, des garanties suffisantes d'impartialité »[399]. Le Code d'instruction criminelle ne prévoyait pas la récusation des magistrats en matière pénale et la jurisprudence s'est tout naturellement inspirée des règles applicables en procédure civile jusqu'à l'adoption du Code de procédure pénale en 1958. L'application de cette jurisprudence antérieure nous conduit tout naturellement à nous interroger sur l'opportunité de prévoir un corpus commun à toutes les procédures s'agissant de l'impartialité des magistrats et de la voie de la récusation. Il s'agit d'ailleurs de l'une des propositions de réformes initiées par Mme le Professeur Michèle-Laure Rassat[400] qui tendait à insérer dans le Code de l'organisation

[398] F. Saint-Pierre, *Le guide de la défense pénale* ; Paris, Dalloz, 3ème édition, n° 6, p. 593.
[399] H. Angevin, « Récusation » ; *J-Cl. Proc. pén.*, comm. art. 668 à 674-2.
[400] M-L. Rassat, *Propositions de réforme du Code de procédure pénale* ; Paris, Dalloz, 1997, p. 4.

judiciaire des règles communes sur les devoirs des magistrats et les conditions de la récusation, en mettant bien sûr à part le cas des jurés[401].

En l'état actuel du droit, et en vertu de l'article 668 du Code de procédure pénale « tout juge ou conseiller peut être récusé ». Il en résulte que tout magistrat du siège exerçant des fonctions juridictionnelles, que ce soit d'instruction ou de jugement, peut faire l'objet d'une requête en récusation[402]. Une telle procédure est par voie de conséquence impossible à l'encontre d'un représentant du ministère public[403], d'un greffier ou de tout autre auxiliaire dont la mission n'est pas de prendre des décisions juridictionnelles. Un cas bien singulier reste celui du juge d'instruction visé expressément par l'article 669 alinéa 1er du Code de procédure pénale, la mise en cause de son impartialité peut donc faire l'objet à la fois d'une demande de récusation et d'une requête en suspicion légitime puisqu'il constitue également à lui seul l'une des « juridictions » visées à l'article 662 du même code[404].

La loi a prévu neuf causes de récusation. Elles sont proches de celles prévues en matière civile et tiennent par exemple à l'existence d'un lien de parenté ou d'alliance entre le juge ou son conjoint[405] et l'une des parties, le tuteur, subrogé tuteur, curateur ou conseil judiciaire de l'une des parties ou bien encore avec un administrateur, directeur ou gérant d'une société partie à la cause[406]. Elles tiennent encore à l'existence d'un intérêt personnel dans la contestation[407], à celle d'un lien processuel notamment s'il y a eu un procès entre le juge visé, son conjoint, ses parents et alliés et l'une des parties ou si le juge ou son conjoint ont un procès devant un tribunal dans lequel l'une des parties est juge[408]; à la connaissance

---

[401] Il faut en effet préciser que la procédure de récusation visant les jurés ne relève pas de ce régime. Elle est « automatique et péremptoire » et s'exerce, dans la limite des quotas imposés par la loi, sans que les parties n'aient à en exposer les motifs.

[402] A l'exception du juge de l'application des peines dont les décisions relèvent des mesures d'administration judiciaire ne mettant pas en œuvre la fonction juridictionnelle en vertu de 733-1 *C. proc. pén* : Ord. Prem. Prés., CA Paris, 30 mai 1988, Castello.

[403] Art. 669 al. 2 *C. proc. pén*. Mais le fait qu'il ne soit pas récusable de le dispense pas de faire preuve d'impartialité dans lorsqu'il procède à des choix décisionnels mais s'il ne s'agit pas au sens strict d'activité juridictionnelle : « *en prenant des décisions de poursuite ou de classement dans des procédures mettant en cause des personnes avec lesquelles il était en relation d'affaires, [le magistrat] a pu faire légitimement douter de l'impartialité du parquet et … il a ainsi, manquant aux devoirs de son état, commis une faute disciplinaire d'une particulière gravité* », décision du CSM, 21 déc. 1994.

[404] La différence entre les deux procédures tient essentiellement à leurs conséquences. S'agissant de la récusation, en cas de succès, elle conduit à la désignation d'un autre juge d'instruction au sein du même tribunal alors que la requête en suspicion légitime entraînera la saisie d'un juge d'instruction appartenant à une juridiction d'un autre ressort.

[405] Depuis la loi n°2004-204 du 9 mars 2004, ont été rajoutés au conjoint du juge dans toutes les dispositions « son partenaire lié par un pacte civil de solidarité ou son concubin ».

[406] Art. 668 1° et 3°

[407] Art. 668 2° et 8°

[408] Art. 668 6° et 7° *C. proc. pén.*

antérieure du procès par le juge en tant que magistrat, arbitre, conseil ou témoin[409] ; à l'existence d'une situation de dépendance vis-à-vis d'une des parties et à celle de manifestations pouvant faire suspecter son impartialité[410].

La requête doit être signée personnellement par le demandeur et présentée au premier président de la cour d'appel[411] en précisant nommément le nom du magistrat mis en cause et les raisons qui peuvent justifier cette démarche. La demande doit être introduite avant le début de la procédure ou pendant son déroulement si elle vise des circonstances qui se sont manifestées pendant l'instance[412]. Après avoir recueilli l'avis du procureur général et les observations du magistrat mis en cause, le premier président statue par une ordonnance qui n'est susceptible d'aucun recours. Il peut alors faire droit à la demande et saisir un autre magistrat, ou bien rejeter la requête, ce qui entraîne automatiquement la condamnation du demandeur à une amende civile[413].

Il est à noter que des spécificités du contentieux pénal peuvent entraîner des règles particulières de récusation[414]. Ainsi, lorsque c'est un magistrat de la Cour de cassation statuant en matière pénale qui est mis en cause, c'est la chambre criminelle qui sera amenée à statuer[415]. S'agissant des juges militaires, curieusement, leur récusation n'est pas prévue par le Code de justice militaire. Ils ne peuvent que signaler à la juridiction dans laquelle ils sont appelés à siéger qu'ils entrent dans l'un des cas prévus à l'article L115-15 du Code de justice militaire et demander d'être autorisés à « s'abstenir »[416]. Enfin, les procédures menées devant la Haute cour de justice et la Cour de justice de la République révèlent également des spécificités. Dans le cas de la Haute cour de justice saisie de la mise en accusation du Président de la République, les parlementaires faisant fonction de magistrats peuvent être récusés dans trois cas[417] : s'ils sont parent ou allié de l'accusé, s'ils ont été cités ou entendus comme témoins ou bien encore s'il existe un motif « d'inimitié capitale » avec l'accusé. La demande doit être présentée dès l'ouverture des débats et c'est la Cour elle-même qui est appelée à statuer sur la récusation. La procédure devant cette juridiction permet également au juge qui connaît une cause de récusation « autre que celle prévue à l'article 6 » de

[409] Art. 668 5° *C. proc. pén.*
[410] Art.668 4° et 9° *C. proc. pén.*
[411] Au premier président de la Cour de cassation si le magistrat mis en cause est le premier président d'une Cour d'appel.
[412] M.-L. Rassat, *Procédure pénale*, préc., n° 56, p. 69 s.
[413] Amende pouvant aller de 75 à 750 euros prévue par l'art. 673 *C. proc. pén.*
[414] M.-L. Rassat, préc. , n° 57, p. 71..
[415] Art. 674-1 et 674-2 *C. proc. pén*.
[416] Terme utilisé à l'art. L115-16 *C. just. mil.*
[417] Art. 6 de l'ord. du 2 janv. 1959 portant loi organique sur la Haute cour de justice.

l'ordonnance, de demander spontanément d'être autorisé à « s'abstenir »[418]. Et enfin, devant la Cour de justice de la République, la récusation des parlementaires-magistrats peut être demandée pour l'une des causes prévues en matière correctionnelle par le Code de procédure pénale[419]. À l'image de la procédure suivie devant la Haute cour de justice, c'est la Cour elle-même qui statue sur la requête et l'un des juges peut également demander à la Cour qu'elle l'autorise à s'abstenir pour toute autre raison que celles exposées par le Code de procédure pénale en matière correctionnelle[420].

Lorsque ce n'est plus le défaut d'impartialité d'un magistrat pris isolément qui est excipée mais celle de l'ensemble d'une juridiction, le recours relève cette fois de la procédure de renvoi

### 2. Le renvoi pour cause de suspicion légitime

La requête spéciale en suspicion légitime[421] permet, en matière criminelle, délictuelle ou contraventionnelle, de demander à la chambre criminelle de la Cour de cassation le dessaisissement de la juridiction de jugement ou d'instruction et de prononcer le renvoi de l'affaire devant une juridiction du même ordre lorsqu'un doute apparaît sur l'impartialité de la juridiction en cause. Prévu dès avant le Code d'instruction criminelle, le législateur lui fixait déjà pour objectif de garantir l'impartialité des décisions[422]. Les orateurs du gouvernement le définissaient en ces termes : « *Quelque confiance que la loi professe pour les tribunaux, elle doit prévoir que, composés d'hommes sujets à toutes les passions de l'humanité, ils peuvent se trouver dans des circonstances capables d'inspirer quelque défiance de l'impartialité de leurs décisions… Les particuliers peuvent éprouver ce sentiment par des motifs personnels de suspicion légitime.*»[423] Cette procédure se distingue de la récusation en ce qu'elle doit viser une juridiction et non un magistrat pris isolément[424]. Elle se distingue également d'autres cas

[418] Art. 8 de l'ord. préc.
[419] Art. 4 de la loi organique n° 93-1252 du 23 nov. 1993 ; *JORF* du 24 nov. 1993.
[420] Art. 5 de la loi préc.
[421] Art. 662 *C. proc. pén*.
[422] S. Josserand*, L'impartialité du magistrat en procédure pénale*, Thèse préc., n° 80, p. 115.
[423] Travaux préparatoires du *Code d'instruction criminelle* de 1808, propos rapportés par Bourguigon, *Manuel d'instruction criminelle* ; Paris, 1810, p. 435, cité par S. Josserand, préc., n° 80, p. 115.
[424] Cass. crim. 3 nov. 1994 ; *Bull. crim*. n° 351. En conséquence, une demande de récusation visant tous les membres d'une juridiction constitue une demande de renvoi en suspicion légitime qui relève de la compétence de la chambre criminelle de la Cour de cassation : Cass. crim. 30 mars 1931 ; *Bull. crim.* n° 101 ; Cass. crim. 2 déc. 1932 ; *Bull. crim.* n° 248 ; Cass. crim. 2 janvier 1936 ; *Bull. crim.* n° 10. Et inversement, une requête en

de renvois qui ont été séparés de l'article régissant la suspicion légitime. Il s'agit du renvoi pour cause de sûreté publique lorsqu'il y a lieu de redouter que la tenue d'un procès dans un lieu précis soit source de troubles[425], du renvoi dans le cas où la juridiction normalement compétente ne peut être légalement composée ou si le cours de la justice s'est trouvé interrompu[426], ou bien encore du renvoi ordonné dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice. Ce dernier cas, a souvent été utilisé par la Cour de cassation à la place du renvoi pour cause de suspicion légitime pour ne pas jeter le discrédit sur des magistrats[427].

La preuve de la suspicion légitime incombe au demandeur et consiste en l'existence d'un danger laissant présumer que la juridiction saisie est susceptible de rendre une décision partiale. En l'absence de définition ou de critères déterminés par la loi[428], la jurisprudence retient que les indices fondant la suspicion doivent être des éléments objectifs d'une certaine gravité[429]. Et ces éléments doivent être « de nature à faire naître un doute sur l'impartialité de la juridiction »[430]. En cela, la Cour de cassation rejette toute justification de la requête reposant sur des éléments erronés[431], vagues ou imprécis[432].

La requête en suspicion légitime suit un formalisme précis. Elle peut être présentée à la fois par le procureur général près la Cour de cassation, par le ministère public près la juridiction en cause, ou par l'une des parties privées. S'agissant de ces derniers, elle doit être signée par le demandeur lui-même ou un avocat à la Cour de cassation. La requête serait par conséquent irrecevable si elle n'était signée que par l'avocat de la partie demanderesse[433]. Elle doit en outre être signifiée à toutes les autres parties à l'instance[434]. La chambre criminelle de la Cour de cassation peut alors faire droit à la requête et désigner une nouvelle juridiction

---

suspicion légitime visant une chambre d'accusation pour des agissements imputables exclusivement à son président doit être considérée comme une demande de récusation à son encontre : Cass. crim. 25 nov. 1976 ; *Bull. crim*. n° 343.

[425] Art. 665 al. 1 *C. proc. pén*. ; cette requête ne pouvant être déposée que par le procureur général près la Cour de cassation ou par le parquet local.

[426] Art. 665-1 *C. proc. pén*. Cette cause de renvoi a été introduite par la loi du 4 janvier 1993 qui reprend une partie de la jurisprudence antérieure relative au renvoi dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice. Cf. Cass. crim. 21 mai 1990 ; *Bull. crim.* n°205, s'agissant de la suppression d'une juridiction militaire.

[427] M.-L. Rassat, préc., n° 118, p. 181.

[428] La circulaire d'application n'est pas plus éclairante sur ce point en se contentant de préciser que « *la suspicion n'est légitime que si elle repose sur un motif sérieux de craindre que les magistrats d'une juridiction ne soient pas en mesure de statuer en toute indépendance et en toute impartialité* » : art. C. 662, circulaire du 1er mars 1993 S. art. 662 *C. proc. pén*.

[429] Cass. crim. 8 nov. 1913 ; *Bull. crim*. n° 494, qui pose l'exigence de motifs pertinents et suffisants.

[430] Cass. crim. 3 nov. 1994 ; *Bull. crim.* n° 351.

[431] Cass. crim. 9 mai 1932 ; *Bull. crim*. n° 126 ; Cass. crim. 18 mai 1955 ; *Bull. crim*. n° 252 ; *JCP* 1955, II, n°8767, note P. Chambon.

[432] Cass. Crim. 2 mai 1867 ; *Bull. crim*. n° 106 ; Cass. crim. 3 août 1950 ; *Bull. crim*. n° 233.

[433] Cass. crim. 5 sept. 1988 ; *Bull. crim.* n° 314.

[434] Les actes de signification doivent être produits avec le dépôt de la requête : Cass. crim. 5 sept. 1988, déc. précit.

chargée de reprendre l'instance ou la rejeter. Une nouvelle requête ne pourra alors être présentée qu'en présence de nouvelles circonstances[435].

## §2. À la recherche d'un juge garant du libre exercice du droit à la preuve contraire

Les conséquences de l'affirmation européenne du droit au procès équitable, et son incidence de plus en plus présente en droit national, ne portent pas exclusivement sur le rôle des parties privées et du ministère public. Si le rôle de ces parties à l'instance est profondément imprégné par les changements induits de l'application de ce principe, ils devraient également avoir pour conséquence de modifier la position du juge dans l'instance pénale. La place décisionnaire et centrale du juge pénal en fait naturellement le gardien, le garant de l'équité procédurale. Le mouvement du *corpus juris* européen vers une affirmation du procès équitable a pour conséquence directe le rééquilibrage du poids des parties à l'instance avec une montée en puissance de celles-ci (B) et de manière parallèle, le positionnement du juge en tant qu'arbitre (A).

### A. Un juge arbitre dans une procédure équitable

L'exigence du procès équitable impose au juge d'adopter la position d'un arbitre impartial dont la décision est détachée de tout parti pris en faveur de l'une des thèses en présence, que ce soit celle de l'accusation ou celle de la défense. Or, la position du juge d'instruction dans notre procédure pénale est à la fois celle d'un responsable d'enquête et celle d'un juge. Cette réflexion est centrale dans l'affirmation d'un véritable droit à la preuve contraire. L'évolution de la procédure pénale tend à remettre en cause ce cumul entre des fonctions d'enquête et de jugement (1) sans pour autant renier au juge tout rôle de décision dans la recherche probatoire (2).

[435] Art. 667 *C. proc. pén.*

1. L'incompatibilité du cumul des fonctions d'enquête et de jugement avec une position d'arbitre

La double activité du juge d'instruction, à la fois « Maigret et Salomon » comme le disait un ancien garde des sceaux[436], laisse irrémédiablement planer un doute quant à la garantie d'impartialité. Il apparaît en effet légitime de se demander si ces fonctions ne peuvent pas se contrarier et si la recherche d'un coupable ne peut pas pervertir l'activité de juger. Me Henri Leclerc relevait par ailleurs qu' « *Enquêter, c'est échafauder des hypothèses, y croire, essayer de les faire tenir et n'y renoncer que lorsqu'elles s'écroulent. Juger, c'est douter, critiquer les hypothèses et ne les accepter que lorsqu'elles deviennent incontestables*. »[437] La Commission justice pénale et droits de l'Homme présidée par Mme le Professeur Delmas-Marty, a souligné cette incompatibilité qui tient « *au fait que le juge, dans ses fonctions juridictionnelles, doit jouer le rôle d'un arbitre neutre et paraître tel aux yeux de tous* ». Pour reprendre l'image utilisée par M. André Damier : « *Le juge, devant sa balance symbolique dont les plateaux sont remplis par des tiers, reste objectif et regarde le fléau s'infléchir dans un sens ou dans l'autre, puis il prend sa décision. Le juge d'instruction, en revanche, a pour rôle de charger lui-même les plateaux de sa balance et doit se muer en limier en quête de coupable s'il veut remplir la mission qui lui est confiée par la loi.* »[438]

La Cour européenne des droits de l'Homme, chargée de protéger l'accès de toute personne mise en cause à un tribunal indépendant et impartial[439] n'a jamais explicitement relevé de contradiction dans la concentration, entre les mains d'un même juge, des fonctions d'enquêter et de juger. Est-ce à dire que les juges de Strasbourg n'envisagent pas un risque de partialité dans le fait qu'un magistrat chargé de diriger une enquête puisse concurremment prendre des décisions juridictionnelles ? Nous ne porterons pas une telle affirmation pour deux raisons. La première tient à ce que la Cour européenne n'a pas eu à se prononcer explicitement sur le statut du juge d'instruction. Il apparaît en effet qu'elle ne s'est prononcée

[436] Propos attribués à Robert Badinter.
[437] H. Leclerc, *Un combat pour la justice* ; Paris, La découverte, 1994, p. 271.
[438] A. Damier, « A propos de la réforme de l'instruction préparatoire » ; *Gaz. Pal.* 1985, Libres propos, p. 556.
[439] En vertu de l'article 6§1 de la Convention européennes de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

que sur le cumul successif de fonctions différentes et non sur le cumul simultané tel qu'il peut se rencontrer dans l'exercice des fonctions d'instruction[440].

Sans être explicitement reconnu par la Cour européenne, l'incompatibilité de l'exercice simultané de fonction juridictionnelles et de fonctions d'investigation a été largement affirmée par la Commission justice pénale et droits de l'Homme qui relève que « le juge, dans ses fonctions juridictionnelles, doit jouer le rôle d'arbitre neutre et paraître tel aux yeux de tous » et que cet objectif qui tient lieu d'exigence est par essence incompatible avec des fonctions d'enquête dont la logique impose « *de bâtir des hypothèses sur la culpabilité des uns et des autres* »[441]. La Commission note encore que l'accomplissement de cette double tâche est matériellement difficile et conduit le juge d'instruction à n'aller au bout d'aucune de ces deux prérogatives : « *le juge est amené à sacrifier tantôt ses fonctions d'investigation par un abus des commissions rogatoires, tantôt ses fonctions juridictionnelles par un simulacre de débat contradictoire* (…) *et par une fâcheuse tendance à se contenter d'une motivation des plus sommaires* »[442].

Quelques avancées témoignent de la prise en compte des arguments tenant à la difficile conciliation des fonctions d'enquête et d'instruction entre les mains d'un même magistrat. L'avancée la plus marquante reste à ce titre le transfert du pouvoir de placer en détention à un autre magistrat du siège, le juge des libertés et de la détention. Ce dernier s'est vu progressivement confier la décision concernant certaines mesures attentatoires aux libertés individuelles.

Néanmoins, ces modifications restaient jusqu'à présent cantonnées et marquaient la persistance d'un juge d'instruction aux deux visages. Le débat secouait néanmoins régulièrement l'actualité au gré des disfonctionnements constatés de l'appareil judiciaire. Le dernier concernant l'affaire dite d'Outreau a ouvert un large débat parlementaire dans lequel la place et le rôle du juge d'instruction ont tenu une grande place. Néanmoins, la réforme législative introduite à la suite du rapport de la commission d'enquête parlementaire ne s'est

---

[440] V. C. Duparc, Thèse préc., p. 483. Cet auteur note que la Cour a tout au plus relevé la remarque selon laquelle « *La Convention n'exclut* (…) *pas que le magistrat qui décide de la détention ait aussi d'autres fonctions* », mais que néanmoins, ce cumul pouvait mettre en cause son impartialité s'il était amené à intervenir en qualité de partie poursuivante. Dans cette décision Huber contre Suisse du 23 octobre 1990, les magistrats de Strasbourgs avaient à se prononcer sur l'impartialité du procureur de district du canton de Zurich qui était chargé à la fois des fonctions d'instruction des affaires pénales, de la poursuite des infractions et, dans une certaine mesure, de certains actes de répression.

[441] Commission justice pénale et droits de l'homme, sous la présidence de M. Delmas-Marty, *La mise en état des affaires pénales* ; Paris, La documentation française, p. 122.

[442] Rapport préc., p. 122.

pas placée pas sur une remise en cause du cumul du pouvoir d'enquête et d'instruction mais sur l'augmentation des garanties d'objectivité et d'impartialité par le renforcement de la collégialité de la prise de décision. Le commentaire de Me Daniel Soulez-Larivière a été sans appel : « *Le conservateur, par définition, pense que pour changer les performances d'une voiture à cheval, il faut mettre deux chevaux au lieu d'un. Malheureusement, cela ne change pas la nature de la carriole. Donc l'idée de mettre deux ou trois juges d'instruction au lieu d'un ne présente aucun intérêt, ça ne change pas la machine.* »[443] La collégialité, la confrontation de différents raisonnements apparaît certes comme une garantie supplémentaire d'impartialité mais peut révéler des difficultés importantes de fonctionnement. La conduite de la mise en état des affaires pénales ne peut à l'évidence pas se comparer à la tenue d'une audience pour laquelle la collégialité du tribunal, qui assiste à l'ensemble des débats et a accès aux mêmes pièces de procédure, peut apparaître comme une garantie suffisante. Il ne faut pas perdre de vue que le juge d'instruction doit instrumenter sur le terrain, dans son cabinet, et la constitution d'une collégialité dans la prise de décision ne peut que créer un déséquilibre dans le poids de l'argumentation de chacune des composantes de cette collégialité, entre celui qui a personnellement instrumenté et ses collègues qui se reposeront en grande partie sur son sentiment. Après de nombreux débats, la décision de la suppression du juge d'instruction a été annoncée par le Président de la République au cours de l'audience solennelle de rentrée de la Cour de cassation du 7 janvier 2009[444] et a pris corps dans l'avant-projet du futur Code de procédure pénale présenté le 10 mars 2010. Il s'agit d'une réforme d'ampleur de notre système procédural séparant les actes d'enquête des actes juridictionnels. Mais cette remise en cause n'interdit pas de maintenir un rôle de décision et non d'exécution de la recherche probatoire entre les main d'un magistrat.

### 2. La compatibilité des fonctions d'arbitre du juge d'instruction avec un rôle de décision dans la recherche probatoire

La commission Delmas-Marty, reprenant le modèle proposé par Henri Donnedieu de Vabres lors du projet de Code d'instruction criminelle de 1949, allait dans le sens de la suppression des pouvoirs d'enquête du juge d'instruction conduisant à un recentrage sur ses activités juridictionnelles. A l'aune des évolutions postérieures au travail de cette

[443] Le Monde, 23 janvier 2006.
[444] Discours, in : *Rapport annuel de la Cour de cassation 2009* ; Paris, La documentation française, 20009, p. 39 s.

commission, et en particulier de la création du juge des libertés et de la détention, Mme le Professeur Mireille Delmas-Marty s'est exprimée[445] sur le rôle d'un juge de l'instruction dégagé de la direction des enquêtes et qui serait chargé de prendre les mesures coercitives ou attentatoires à la vie privée, ainsi que d'arbitrer les demandes d'investigations qui auraient été rejetées par le ministère public.

Le député Georges Fenech a approfondi cette éventualité pour élaborer une proposition de loi « portant suppression du juge d'instruction et instituant le juge de l'enquête »[446]. Il base son analyse à la fois sur les inconvénients techniques que pose l'existence du juge d'instruction, et sur un mouvement général européen tendant au renforcement du rôle des parquets. Ainsi, l'Allemagne et l'Italie ont déjà supprimé leur juge d'instruction et orientent leur procédure pénale vers un nouveau schéma suggéré par les règlements de procédures adoptés par le Tribunal Pénal International et la Cour Pénale Internationale. Dans ce nouvel agencement, un parquet ou une police sont « *chargés de rassembler les preuves, un débat contradictoire étant organisé entre le ministère public et la défense autour de ces preuves, débat arbitré par un juge non impliqué dans l'enquête qui s'assure de la qualité et de la loyauté des preuves avant de décider d'un renvoi de l'accusé devant la juridiction de jugement* »[447]. Dans cette architecture proposée par M. Georges Fenech, les pouvoirs d'investigation et la direction d'enquête actuellement détenus par le juge d'instruction seraient transférés au parquet. Une nouvelle fonction de la magistrature serait instituée sous l'appellation de « juge de l'enquête » ou de « juge de l'instruction ». Ce personnage serait chargé de veiller au respect de la contradiction dans le débat autour des preuves, d'arbitrer toutes les demandes d'actes utiles à la manifestation de la vérité et de statuer sur les mesures privatives de liberté.

Détaché de ses fonctions d'enquête et placé en position d'arbitre impartial, le juge chargé du contrôle de la mise en état des affaires pénales pourrait alors réellement veiller au respect d'un équilibre entre l'efficacité de l'action pénale et la préservation des droits fondamentaux des personnes. « Juge des libertés » selon le rapport de la Commission justice

---

[445] Le Monde, 23 décembre 2005.

[446] Proposition de loi Assemblée Nationale n°2659 du 9 novembre 2005. Notons que cette proposition de loi n'est pas très éloignée du projet Donnedieu de Vabres de 1949 qui exposait un véritable bouleversement dans nos schémas procéduraux traditionnels. Il suggérait tout d'abord de supprimer le juge d'instruction, de confier la direction de l'instruction préparatoire au Procureur de la République, et enfin de créer un « juge de l'instruction » dont la mission aurait été de contrôler les actes de l'information et de régler la procédure une fois l'information achevée en prononçant le non lieu ou le renvoi devant une juridiction de jugement. V. un commentaire de ce projet dans la *Rev. sc. crim*. 1949, avril-juin, n° 2, p. 433 s.

[447] Proposition de loi Assemblée Nationale n° 2659 du 9 novembre 2005, p. 4.

pénale et droits de l'Homme, « juge de l'enquête » selon Georges Fenech, ces différentes appellations rendent compte d'une même réalité et d'une même volonté d'évolution de notre système procédural vers une procédure plus équitable laissant pleinement la place à l'exercice actif de la défense et à l'affirmation du droit à la preuve contraire. Plusieurs objections ont été relevées à l'encontre de ces propositions. Elles sont essentiellement de trois ordres.

En premier lieu, on a pu s'interroger sur la possibilité de cumul des fonctions de poursuite et d'instruction. En effet, il s'agissait de savoir si l'abandon du cumul des fonctions d'instruction et de jugement n'allait pas faire place à un autre cumul tout aussi contestable avec le risque de confier l'instruction des affaires pénales à un personnage qualifié d'accusateur professionnel et ainsi conduire à ne réaliser que des instructions à charge. Or, cette critique ne semble pas justifiée. Il s'avère tout d'abord que cette dualité de fonction est déjà exercée par le ministère public au cours de l'enquête de police qui est placée sous sa direction et qui concerne 95% des affaires pénales[448]. Quelle différence peut-on alors opérer entre les actes effectués par le procureur de la République et ceux réalisés par le juge d'instruction et qui tendent tous vers la recherche d'éléments de preuve pouvant faire apparaître la vérité matérielle des faits ? Mme le Professeur Michèle-Laure Rassat rappelait que « *Le procureur de la République se comporte comme un juge d'instruction, ce qui est difficilement niable étant donné que l'un et l'autre poursuivent le même but qui est de rassembler des éléments de solution dans une affaire donnée (...), c'est ensuite que les actes d'enquête ont la même efficacité que les actes d'instruction, ce qui est indéniable aussi, puisque les éléments de preuve qu'ils rassemblent doivent figurer au dossier criminel dans les mêmes conditions que ceux recueillis par le juge d'instruction tandis qu'en vertu de la règle de l'intime conviction du juge, ils pourront les uns comme les autres, étayer la décision de la juridiction de jugement*.»[449] A titre d'argument supplémentaire, les actes d'instruction attentatoires aux libertés individuelles seraient autorisés par le juge arbitre, ceci permettant de conserver la référence à un acteur du procès dégagé de tout préjugé sur l'affaire en cours dans les actes les plus graves de l'instruction comme cela est déjà le cas en grande partie au cours de l'enquête de police.

En second lieu, on a pu mettre en cause ce nouveau schéma procédural de par la réalité du statut du ministère public et plus précisément du lien hiérarchique qui le lie à l'exécutif et

[448] La part des affaires transmises au juge d'instruction dans le total des affaires poursuivies ne représentait que 5,36% en 2003 : source *Annuaire statistique de la justice 2005* ; Paris, La documentation française, 2005, p. 109.
[449] M.-L. Rassat, *Le ministère public entre son passé et son avenir* ; Paris, LGDJ, 1967, Bibliothèque des sciences criminelles, t. 5, n° 223, p. 168.

qui pourrait mettre gravement en cause l'impartialité dans le déroulement des instructions et des investigations. Cette dépendance historique donne lieu à controverse[450]. Elle est approuvée par certains auteurs et désapprouvée par d'autres[451]. En effet, en l'état actuel de notre organisation juridictionnelle, le ministre de la Justice « *adresse aux magistrats du ministère public des instructions générales d'action publique* » et « *il peut lui enjoindre par instructions écrites et versées au dossier de la procédure, d'engager ou de faire engager des poursuites ou de saisir la juridiction compétente de telles réquisitions écrites que le ministre juge opportunes* »[452]. Outre le fait que dans les affaires pénales ne donnant lieu à information judiciaire, la mise en état repose déjà entre les mains du parquet, il nous apparaît que la suppression de tout lien entre le parquet et le pouvoir politique serait dommageable en ce quelle remettrait en cause la faculté pour ce dernier de déterminer une politique pénale à l'échelon national. Qui plus est, l'organisation des parquets à travers le monde nous démontre que peu de systèmes ont adopté une stricte indépendance. Dans la majorité des cas le ministère public est assuré par des magistrats ou des fonctionnaires dont le lien avec le pouvoir politique n'est pas à démontrer. Il convient néanmoins d'apporter quelques garanties au justiciable pour que l'idée même de justice soit encore présente. L'instauration du caractère écrit des instructions individuelles et du fait qu'elles soient versées au dossier sont deux exemples qui permettent de limiter les cas d'arbitraire en conférant une certaine publicité à ces mesures.

En dernier lieu, les analystes ont noté que ce schéma procédural avait été initié alors que le juge d'instruction avait encore la prérogative de décider de la liberté de la personne mise en cause, et que les principales difficultés liées au cumul de fonction découlaient de ce

---

[450] G. Clément, « Les métamorphoses du ministère public en matière pénale », in : *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire, mélanges offerts à Jean Pradel* ; Paris, Cujas, 2006, p. 271.

[451] V. pour les auteurs favorables à l'indépendance des magistrats du ministère public : J. Pradel et J.P. Laborde, « Du ministère public en matière pénale à l'heure d'une éventuelle autonomie », *D*. 1997, chr. p. 141 ; M.-L. Rassat, « Le parquet au regard de la législation interne », in : *Le parquet dans la République* ; ENM, 1996, p. 109 ; H. Maynier et F. Casorla, « Du procureur général près la Cour de cassation au procureur général de la République » ; *Gaz. pal*. 1993, I, doctr. p. 539. Dans le sens inverse, pour les auteurs défavorables à l'indépendance du ministère public : V. M. Jeol, « Le parquet entre le glaive et la balance » ; *Justices*, n° 3, janv.-juin 1996, p. 69 ; *Rapport de la commission de réflexion sur la justice*, sous la présidence de Monsieur le Président Truche ; Ministère de la justice, Paris, La documentation française, 1997 ; V. également les interventions de Maître Soulez-Larivière, de Monsieur le juge Renaud Van Ruymbeke, de Monsieur le Procureur Général Jean-François Burgelin au cours du Grand débat national sur la justice, colloque organisé à l'Assemblée nationale le 29 mars 2006, sous la présidence d'Hervé de Charrette, in *Après Outreau, quelle réforme de la justice pénale*, *Les cahiers de la convention démocrate* ; Paris, l'Harmattan, 2006, 16 s.

[452] Art. 30 *C. proc. pén*. :la rédaction de cet article revêt une importance particulière puisqu'elle reprend exactement celle de l'ancien article 36 *C. proc. pén*. abrogé par la loi du 9 mars 2004 et qu'elle ne prévoit d'instruction individuelle que dans le cas de l'engagement de poursuite et ce texte semble donc exclure que le ministre puisse donner l'instruction de ne pas engager de poursuite. V. F. Falleti, « Le ministère public et les affaires individuelles », in : *Le parquet dans la République* : ENM, 1995, p. 173 s.

constat. Or, depuis la loi du 15 juin 2000, le juge des libertés et de la détention se prononce sur les placements en détention, les prolongations et les demandes de mise en liberté ainsi que bien d'autres atteintes aux libertés individuelles[453]. Cet argument peut dès lors se retourner puisque le chemin a été tracé avec la création de ce juge des libertés et de la détention à qui l'on a déjà transféré beaucoup de prérogatives du juge d'instruction. Il conviendrait dès lors d'achever ces transferts de fonctions juridictionnelles et de contrôle de l'instruction à un magistrat dont le positionnement hiérarchique serait le même que l'actuel juge des libertés[454] et reprendrait également les compétences déjà transférées.

Le comité de réforme du droit pénal et de la procédure pénale présidé par M. Philippe Léger a semble-t-il donné le coup de grâce à l'institution du juge d'instruction. Ses préconisations, dans la continuité du rapport Delmas-Marty et de la proposition du député Fenech, vont dans le sens de la suppression du juge d'instruction et son remplacement par un juge-arbitre de l'enquête investi exclusivement de fonctions juridictionnelles[455]. La vocation de ce juge de l'enquête et des libertés serait de permettre les atteintes aux libertés les plus graves au cours de l'enquête et de veiller à la loyauté de l'enquête en ayant le pouvoir par exemple d'enjoindre le procureur de la République de faire droit à des demandes d'actes émanant des parties. Dans ce schéma, le contrôle des actes de l'enquête serait également confié à une chambre de l'enquête et des libertés dont le fonctionnement serait simplifié par rapport à l'actuelle chambre de l'instruction. Le filtre du président dans certaines matières serait également supprimé afin d'accroître les garanties de juste réception des éléments fournis par le défenseur pénal.

Cette réflexion a très largement inspiré l'avant-projet de future Code de procédure pénale rendu public le 10 mars 2010[456]. En effet, en son article 211-1, il institue des juridictions de contrôle de l' « enquête judiciaire pénale ». Le juge de l'enquête et des libertés et le tribunal de l'enquête et des libertés constituent les juridictions de premier degré alors que

[453] Le juge des libertés et de la détention a vu sa compétence considérablement élargie en matière de délinquance et de criminalité organisée. Dans cette matière, il peut en effet autoriser la prolongation de la garde à vue au-delà de 48 heures, autoriser des perquisitions, visites domiciliaires ou saisies dérogatoires réalisées de nuit (Art. 706-89 s. *C. proc. pén*.), autoriser les interceptions téléphoniques, sonorisations ou fixations d'images (Art. 706-95 s. *C. proc. pén*.). Dans le cadre d'une enquête préliminaire, le JLD peut autoriser des perquisitions, visites domiciliaires ou saisies réalisées sans l'assentiment de la personne suspectée lorsque l'enquête est relative à une infraction punie de plus de 5 ans d'emprisonnement (Art. 76 *C. proc. pén*.)…

[454] Il s'agit ici également de l'une des dispositions de la proposition de Monsieur le député Fenech.

[455] Rapport du comité Léger, proposition n° 1.

[456] Consultable sur le site du Ministère de la Justice ; V. M.-L. Rassat, « Le projet de réforme de la procédure pénale » ; *JCP* 5 avril 2010, n° 14, p. 690 ; T. Meindl, « Les implications constitutionnelles de la suppression du juge d'instruction » ; *Rev. sc. crim*. avril/juin 2010, p. 395 s.

la chambre de l'enquête et des libertés et son président constituent les juridictions de second degré. Dans cette nouvelle organisation, le juge de l'enquête et des libertés adopte cette position de juge arbitre garant de l'équilibre de la procédure et des libertés individuelles[457].

Cette remise en cause processuelle engendrerait par voie de conséquence d'autres évolutions et principalement le renforcement du rôle des autres parties au procès pénal.

### B. Le corollaire du positionnement du juge en tant qu'arbitre : le renforcement du rôle des parties

Comme nous l'avons vu, le recentrage des missions du juge d'instruction sur des activités juridictionnelles et la marche des procédures européennes vers l'affirmation du droit au procès équitable nécessitent une redéfinition du rôle des parties au procès pénal, que ce soit celui du ministère public (1) ou celui des parties privées (2).

#### 1. Le renforcement du rôle du parquet

Le positionnement du juge d'instruction en tant qu'arbitre, et par conséquent la remise en cause de la concentration entre ses mains des pouvoirs d'investigation et des fonctions juridictionnelles, conduit à confier au ministère public, partie poursuivante, la direction des enquêtes sous le contrôle du juge. Si le mouvement législatif vers la création d'un véritable juge chargé de contrôler la mise en état des affaires pénales est engagé mais non encore abouti, le renforcement du rôle du parquet est dorénavant une réalité. Au-delà des deux piliers fondamentaux et traditionnels de l'action des parquets qui sont l'engagement et la conduite de l'action publique, leurs pouvoirs ont été considérablement accrus dans la phase d'enquête qui est placée sous la direction du procureur de la République.

Nous ne nous étendrons pas ici sur le renforcement des possibilités offertes au procureur de la République de donner des suites à la commission d'une infraction pénale. Si la loi faisait traditionnellement de cet acteur du procès pénal le juge de l'opportunité des poursuites, de nouvelles dispositions lui permettent de mettre en œuvre des procédures

[457] Art. 211-3 de l'avant-projet du futur Code de procédure pénale consultable sur le site du Ministère de la justice.

alternatives aux poursuites ou de recourir à la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité, procédure simplifiée maîtrisée par le parquet qui ne nécessite qu'une homologation par un magistrat du siège.

La diversification des modes de poursuite afin d'augmenter l'efficacité de la réponse pénale s'appuie en grande partie sur un renforcement des prérogatives du ministère public. Il en va ainsi de tous les modes de comparution rapide que maîtrise le procureur de la République, de la comparution immédiate ou la convocation par procès-verbal pour les majeurs[458] jusqu'aux différents moyens de convocation des mineurs devant le juge des enfants ou la juridiction spécialisée[459]. Sans oublier l'utilisation de l'ordonnance pénale[460] qui permet au parquet de saisir directement le président du tribunal de police, de la juridiction de proximité ou même, pour quelques infractions, le président du tribunal correctionnel de ses réquisitions sans procéder à une audience contradictoire.

S'agissant de la recherche des éléments de preuve et des moyens d'investigation dont dispose le parquet, il est à noter que la police judiciaire est placée sous les ordres du procureur de la République[461] et qu'elle doit lui transmettre les plaintes ou dénonciations, les procès-verbaux de constatation d'infractions et l'informer de tous actes qu'elle diligente[462]. Il est tout de même à noter que si cette information est une exigence légale, la pratique a institué une gradation en fonction de l'importance des faits permettant de « retarder » la communication[463]. En outre, « il procède ou fait procéder à tous les actes nécessaires à la recherche et à la poursuite des infractions »[464].

Les interventions législatives récentes accentuent la maîtrise, par le ministère public, de la direction et de l'orientation des enquêtes. La loi du 15 juin 2000 a institué l'obligation

---

[458] Art. 393 à 397-6 *C. proc. pén*.
[459] Convocation par OPJ prévue à l'art. 5 de l'ord. de fév. 1945, comparution à délais rapprochés de l'art. 8-2 de cette même ordonnance ou bien encore le jugement à délai rapproché de l'art. 14-2.
[460] Art. 524 s. *C. proc. pén*.
[461] Art. 12 *C. proc. pén* : « La police judiciaire est exercée sous la direction du procureur de la république ».
[462] Art. 19, 54, 67, 74, *C. proc. pén*. Afin de rendre effective cette obligation d'information, un système de traitement en temps réel des infractions pénales a été créé à l'initiative de certains procureurs et maintenant généralisé sur l'ensemble du territoire. Ce mode de fonctionnement permet la prise de décision au moment de l'enquête sans attendre la transmission du dossier. V. Ministère de la Justice, Direction des affaires criminelles et des grâces, *Une justice pénale plus efficace : de nouveaux modes de signalement et de traitement des procédures*, oct. 2002 ; F.-J. Pansier, « De la modernité du parquet comme organe de traitement de l'infraction ou comment faire plus de justice avec moins d'audiences » ; *Gaz. Pal*. 11 mars 1995, n° 69 ; V. encore L. Davenas, in : *Réforme de la justice, réforme de l'Etat* ; Paris, PUF, Droit et Justice, p. 172 s.
[463] J. Cerman, « Les rencontres de Créteil : demain le ministère public, justice ou République ? » - compte rendu du colloque organisé par la faculté de Paris XII le 27 septembre 2007 ; *Rev. Sc. Crim* jan./mars 2008, Informations et comptes rendus de colloques.
[464] Art. 41 *C. proc. pén*.

pour l'officier de police judiciaire qui ouvre d'initiative une enquête préliminaire de rendre compte de l'avancement de celle-ci au terme d'un délai de six mois à compter de son ouverture[465]. Dans les procédures de droit commun, la loi dite Perben II du 9 mars 2004[466] autorise le procureur de la République à prolonger la durée de l'enquête de flagrance de huit jours dans le cas d'un crime ou d'un délit puni d'une peine supérieure à cinq ans d'emprisonnement[467]. Elle lui donne également la possibilité de délivrer un mandat de recherche à l'encontre de toute personne contre laquelle il existe des raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis ou tenté de commettre un crime ou un délit puni d'au moins trois ans d'emprisonnement[468]. Cette procédure permet, lorsque la personne recherchée est interpellée dans un autre ressort que celui du parquet et du service chargé de l'enquête, de la transporter dans les locaux de ce dernier en évitant l'ouverture d'une information et la délivrance d'un mandat d'amener par le juge d'instruction. Dans les procédures de recherche des personnes en fuite (faisant l'objet d'un mandat d'arrêt ou d'une condamnation exécutoire à une peine privative de liberté), le procureur de la République peut décider de mesures attentatoires aux libertés individuelles (perquisitions, saisies, examens techniques et scientifiques). Il a en outre le pouvoir de contraindre une personne à déposer en qualité de témoin devant les services de police, il peut autoriser des prélèvements externes destinés à des comparaisons avec les traces recueillies sur les scènes d'infractions, il peut requérir l'accomplissement de perquisitions sans l'assentiment des personnes concernées[469], la production de documents, fichiers informatiques de toute personne ou organisme[470].

Ce mouvement ne semble pas terminé. En effet, le comité Léger sur la réforme de la procédure pénale a souhaité affirmer encore plus la place du procureur de la République dans la mise en état des affaires pénale en tant que directeur d'enquête et autorité de poursuite. Pour ce faire, le comité propose de lui confier la direction d'un « cadre unique d'enquête »[471]. Cette proposition a d'ailleurs été retenue dans le projet de réforme de la procédure pénale qui prévoit que « *Le procureur de la République est chargé* […] *de procéder ou faire procéder à tous les actes nécessaires à la recherche et à la poursuite des infractions à la loi pénale dans*

[465] Art. 75-1 *C. proc. pén*.
[466] Loi 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité.
[467] Art. 53 al. 3 *C. proc. pén*.; circulaire Crim. 04-16-E8 du 14 mai 2004.
[468] Art. 70 et 77-4 *C. proc. pén*.
[469] Art. 76 *C. proc. pén*.
[470] Art. 77-1-1 *C. proc. pén*. Avant cette disposition issue de la loi du 9 mars 2004, les parquets étaient dans l'obligation de requérir l'ouverture d'une information pour obtenir du juge d'instruction la délivrance de telles pièces.
[471] Rapport du comité Léger, 2ème proposition, p. 8 s.

*le cadre de l'enquête judiciaire pénale* »[472]. Il aurait alors la mission de conduire la mise en état des affaires pénales à charge comme à décharge, sous le contrôle d'un juge qui autoriserait les mesures attentatoires aux libertés et serait le recours des parties à l'enquête.

En matière de criminalité organisée, le procureur de la République a vu ses pouvoirs d'initiative renforcés[473]. Dans le cadre d'une enquête de police, il peut décider et contrôler une procédure dite d'infiltration[474] ou bien la solliciter auprès du juge d'instruction dans le cadre d'une procédure faisant l'objet d'une information judiciaire. Il peut recourir, avec l'autorisation préalable du juge des libertés et de la détention, à des écoutes téléphoniques dans le cadre d'une enquête de flagrance ou d'une enquête préliminaire relative à l'une des infractions entrant dans le champ de l'article 706-73 du Code de procédure pénale[475]. En matière de criminalité organisée, le procureur de la République peut en outre requérir une prolongation des mesures de garde à vue jusqu'à 96 heures[476] ou l'accomplissement de perquisitions, visites domiciliaires et saisies en dehors des heures légales[477].

Le mouvement tendant au renforcement du rôle du parquet n'a pas laissé indifférents les défenseurs des libertés publiques qui voient dans ces développements un recul de l'équité et de l'impartialité qui sont l'essence même de la justice. Un long débat, non encore tranché, s'arrête sur le statut des membres du parquet, à la fois magistrats et soumis à l'autorité hiérarchique et aux instructions du ministre de la Justice[478]. Le principe d'égalité des justiciables étant imprégné par celui d'équité, l'action du parquet dans la conduite de l'action publique et la recherche probatoire doit se faire sans qu'un doute sur l'impartialité, l'objectivité et la recherche de l'intérêt général ne puisse naître. À ce titre, le ministère public relève, comme la magistrature du siège, de l'autorité judiciaire et l'accroissement de ses prérogatives a été accompagné par un renforcement de la protection statutaire de ses

[472] Art. 221-16 de l'avant-projet du futur Code de procédure pénale, préc. ; Y. Mayaud, « Le parquet entre le juge et l'avocat » ; *D*. 2010, n°13, p. 773 s. ; V. infra, p. 430 s.
[473] L'art. 14 de la loi dite Perben II du 9 mars 2004, préc., dispose que « le procureur de la République est avisé de la qualification des faits retenue par les enquêteurs dès qu'il est informé par ces dernier du placement en garde à vue ». Il lui appartient alors de contrôler et même de rectifier cette qualification qui, lorsqu'elle concerne les infractions visées aux art. 706-73 s. *C. proc. pén*, va conditionner le recours à des mesures dérogatoires du droit commun.
[474] Art. 706-81 *C. proc. pén*., pour les seules infractions visées à l'art. 706-73 *C. proc. pén*. L'infiltration consiste en une surveillance opérée par un officier ou un agent de police judiciaire à l'intérieur de milieux criminels en se faisant passer pour un délinquant.
[475] Art. 706-95 *C. proc. pén*.
[476] Art. 706-88 *C. proc. pén*.
[477] Art. 706-89 s. *C. proc. pén*.
[478] V. supra, p. 288 s.

membres[479]. C'est ainsi que la loi constitutionnelle du 27 juillet 1993 et les lois organiques du 5 février 1994 ont introduit un avis du Conseil supérieur de la magistrature pour la nomination des magistrats du parquet. Néanmoins de multiples propositions voient le jour depuis de nombreuses années pour assurer à l'action des parquets la lisibilité de leur indépendance. Ces différentes propositions vont du rapprochement entre statut du siège et du parquet à l'institution d'un procureur général de la Nation, garant de la cohérence de la politique pénale sur tout le territoire, en passant par des mesures plus techniques comme le recours contre les classements sans suite, ou à l'instauration d'un avis cette fois conforme du conseil supérieur de la magistrature en matière de déroulement de carrière et des parquetiers.

Dans le mouvement d'affirmation du droit à la preuve contraire, la place du ministère public a aussi son importance. Si le positionnement du juge en tant qu'arbitre impartial est un progrès indéniable, il s'accompagne nécessairement d'un transfert de la responsabilité de la recherche probatoire sur les parties au procès. Le parquet dirigeant l'enquête, doit faire preuve d'indépendance et d'impartialité dans cette conduite. Il ne doit pas apparaître comme le défenseur de la victime mais le défenseur de la société. Et tout mouvement de renforcement du rôle du parquet doit s'accompagner de moyens supplémentaires donnés aux parties privées, et principalement à la partie poursuivie, d'être un acteur à part entière de l'enquête et du procès pour ainsi, à tout moment de la procédure, lui donner les moyens de faire valoir ses arguments et les éléments de preuve contraires à l'accusation. En ce sens, le rééquilibrage du rôle des parties au procès pénal doit aller dans le sens de l'affirmation d'un droit à la preuve contraire permettant en particulier à la personne mise en cause, de rester active dans l'organisation de sa défense.

### 2. Le renforcement du rôle des parties privées

Le réel renforcement du rôle des parties privées au cours du procès pénal prend sa source à la fois dans la volonté d'assurer l'effectivité d'un droit à la preuve contraire et dans la détermination à rattraper un déséquilibre préexistant vis à vis du ministère public. Ces deux

[479] G. Clément, « Les métamorphoses du ministère public en matière pénale », in : *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire, mélanges offerts à Jean Pradel* ; Paris, Cujas, 2006, p.271 s.

justifications peuvent s'analyser comme une consécration du droit au procès équitable et plus spécialement du principe de l'égalité des armes.

L'application se fera alors à la fois à l'égard du juge et à l'égard des autres parties au procès. À l'égard du juge tout d'abord, et principalement du juge d'instruction, même s'il conserve, de par son pouvoir d'initiative dans la recherche probatoire, un rôle prépondérant dans l'exercice du droit à la preuve contraire, le défendeur pénal s'est vu reconnaître progressivement une faculté d'intervention de plus en plus grande dans le déroulement de son procès. La conception ancienne de l'instruction préparatoire laissait le juge d'instruction apprécier seul l'opportunité de réaliser des actes d'information[480], ne l'obligeait pas à répondre par une ordonnance aux demandes, requêtes ou prétentions des parties privées[481]. Mais les évolutions législatives intervenues depuis les lois des 4 janvier et 24 août 1993 ont considérablement amélioré la considération des parties privées particulièrement au stade de l'instruction. Cette démarche se retrouve dans l'intitulé même de ces différents textes. Prenons pour exemple la loi du 15 juin 2000 tendant à renforcer la présomption d'innocence et les droits des victimes, ou bien encore la récente loi du 5 mars 2007 tendant à renforcer l'équilibre de la procédure pénale. Cette dernière est particulièrement révélatrice à ce sujet et fait apparaître l'intention du législateur de « renforcer les droits des parties au procès pénal sans pour autant réduire l'efficacité de la justice pénale »[482]. Ces différents textes ont accru les facultés d'intervention de la personne mise en cause au cours de l'instruction pour lui permettre de demander l'exécution de tout acte paraissant nécessaire à la manifestation de la vérité[483]. Il semble dès lors que dans les textes les parties privées disposent désormais, s'agissant des demandes d'investigations, du même pouvoir général que le procureur de la République[484]. La loi du 4 mars 2007 a institué un véritable droit pour la personne mise en cause d'être confrontée aux témoins qui l'accusent[485], et en matière d'expertise, elle met en place une réelle contradiction dans la procédure et permet aux parties privées, et

[480] F. Hélie décrivait ainsi la mission du juge d'instruction : il « *a le droit d'apprécier librement l'opportunité des mesures qui sont requises avant de les ordonner ; il a la direction de la procédure, et par conséquent il lui appartient d'employer les moyens qui doivent le conduire directement à son but* [...]. *C'est à lui que la loi a délégué la fonction d'instruire le procès* […]. *C'est lui que le législateur a fait l'arbitre de la procédure* » : *Traité de l'instruction criminelle*, t. IV ; Paris, 1845, n°1616.
[481] Cass. crim. 31 août 1905 ; *Bull*. n°430.
[482] G. Geoffroy, *Rapp. AN* n°3505, XIIème legislature,
[483] Art. 82-1 *C. proc. pén*. Disposition introduite par la loi du 15 juin 2000.
[484] S. Guinchard, J. Buisson, *Procédure pénale*, préc., n° 1203, p. 960.
[485] Art. 120-1 *C. proc. pén*. Cette disposition est intervenue en réponse au disfonctionnements constatés lors de l'affaire d'Outreau et plus précisément à l'organisation quasi systématique par les juridictions d'instructions, de confrontations groupées.

singulièrement à la personne mise en cause de participer à la désignation des experts et à la détermination de leur mission.

Mais l'application du nouveau schéma procédural pressenti par Mme le Professeur Rassat et M. le député Fenech implique d'aller beaucoup plus loin dans la prise en compte du rôle actif des parties privées. Certains analystes ont pu critiquer leurs propositions en se basant sur les expériences allemandes et italiennes[486]. En effet, la réforme profonde de la procédure pénale de ces deux pays a conduit à la suppression du juge d'instruction et au transfert de ses compétences en matière d'enquête au représentant du ministère public. Or, les auteurs qui se prononcent contre cette possibilité font valoir que la réussite de ces réformes n'est pas homogène avec un système allemand séduisant qui assure des garanties importantes à la personne mise en cause et un système italien qui accuse ses limites et montre de nombreux signes de dysfonctionnement. Or, à notre sens, cette disparité dans la réussite de la réforme et la pertinence de la suppression du juge d'instruction au profit d'un transfert des pouvoirs d'enquête et d'instruction au procureur n'est pas la cause des difficultés du système italien.

La réforme de la procédure pénale doit être entendue globalement et ne pas s'arrêter à quelques mesures phares comme celle qui fait l'objet de ces développements. La qualité du système allemand vient du fait que le renforcement de la place du ministère public et le repositionnement du rôle du juge s'est fait en renforçant également le rôle des parties privées, et principalement celui du défenseur pénal. Ainsi, cette réforme a été menée de pair avec un renforcement du contradictoire dans la procédure pénale. Le parquet allemand a l'obligation de mettre dans le dossier toutes les pièces qui sont à sa disposition et dont il a connaissance et la pratique a institué la communication de l'ensemble de la procédure et des pièces à la personne mise en cause dès qu'une mesure coercitive est prononcée à son encontre (garde à vue, perquisition…). Cette communication des éléments du dossier très en amont est de nature à permettre un exercice efficace de la défense et du droit à la preuve contraire. Nous pouvons même affirmer que c'est l'existence de ce droit effectif à la preuve contraire dès les premiers actes de la procédure qui donne tout l'équilibre d'un tel système. Or, le projet déposé par M. le député Fenech prévoyait une telle garantie en instituant le droit à une « enquête contradictoire »[487]. Alors que la procédure actuelle ne confère les garanties d'une procédure contradictoire qu'à l'ouverture d'une information judiciaire dont la maîtrise, sauf

[486] L'Allemagne depuis 1975 et l'Italie depuis 1989.
[487] Proposition de loi Assemblée Nationale n° 2659 du 9 novembre 2005, p. 5 s.

en matière criminelle et de constitution de partie civile, appartient au parquet, l'ouverture d'une « enquête contradictoire » reposerait sur des éléments objectifs de mise en cause et permettrait de faire bénéficier de garanties de procédure un plus grand nombre de personnes soupçonnées. Le projet de réforme de la procédure pénale prévoit textuellement le caractère contradictoire du nouveau cadre d'enquête[488]. L'efficacité de la procédure pénale peut justifier de s'appuyer de plus en plus sur le ministère public, mais ce mouvement doit être contrebalancé par un développement du contradictoire et la primauté du principe européen de droit au procès équitable et de son application à l'égalité des armes.

Dans l'exercice d'un droit à la preuve contraire, le rôle du juge et la place de la personne mise en cause revêtent la même importance. La révélation d'éléments de preuve contraire nécessite un rôle actif du défenseur pénal mais est également indissociable du rôle du juge. Ce dernier devra bien sûr mettre ses prérogatives à disposition de la défense et participer au recueil effectif d'éléments à décharge, et il devra également dans son œuvre de jugement, être attentif aussi bien aux éléments de l'accusation qu'à ceux de la défense. C'est une tâche difficile dans laquelle impartialité, probité et conscience professionnelle doivent primer afin de se conformer à l'esprit même de justice. Notre procédure pénale est en profonde mutation depuis plusieurs années. Les réformes intervenues marquent une montée en puissance de la participation des parties privées, au premier rang desquelles se trouve la personne mise en cause. Parallèlement, on note une extension de la place du ministère publique et une forte interrogation sur la fonction de juge d'instruction. Ce dernier débat ne nous semble pas tranché par l'intervention législative qui a suivi ce que l'on a appelé le désastre d'Outreau et nécessitera de déterminer clairement les fonctions de cet organe de notre procédure en le faisant définitivement pencher vers une fonction d'enquête ou vers des fonctions juridictionnelles. Quel que soit le schéma définitif de procédure pénale vers lequel ces réformes aboutiront, une constante est à relever, c'est la prise en compte de la nécessité d'un véritable droit à la preuve contraire au bénéfice de la personne mise en cause. Que ce soit en renforçant le caractère actif de la défense ou en encadrant la recherche de la vérité par les autorités publiques, toutes les modifications qui interviennent participent à affirmer l'existence et l'effectivité d'un droit à la preuve contraire. Nous constatons que les différents textes qui tendent à accroître l'efficacité de la répression des infractions, préservent un droit à

[488] Art. 311-8 de l'avant-projet.

la preuve contraire pour limiter les atteintes abusives et injustifiées à la liberté individuelle et par là-même se prémunir contre les erreurs judiciaires.

Néanmoins, s'il apparaît que la personne mise en cause a une liberté importante dans l'administration de la preuve contraire à l'accusation et si les modifications de la redistribution des rôles dans le procès pénal ménage l'effectivité du droit à la preuve contraire, force est de constater que l'exercice du droit à la preuve contraire souffre de quelques limites qui témoignent d'un mouvement de réforme qui n'est pas encore achevé.

# TITRE 2 : LA LÉGALITÉ DU DROIT À LA PREUVE CONTRAIRE

Le droit au procès équitable, issu des normes européennes, implique que l'on donne la faculté à une personne mise en cause de rapporter librement les éléments démontrant son innocence et ainsi lui permettre, en tout état de cause, de lutter contre les accusations portées à son encontre.

Sans remettre en cause l'existence de ce principe du droit à la preuve contraire, certaines circonstances peuvent conduire à en encadrer l'exercice. Le recours à cette notion de « légalité » du droit à la preuve contraire permet de prendre en compte les tempéraments apportés au libre exercice du droit à la preuve contraire. Ceux-ci peuvent venir de la volonté du législateur de privilégier, pour certaines catégories d'infractions, l'efficacité de la répression à l'équité procédurale. Ils peuvent encore provenir des éléments de fait eux-mêmes qui font peser un sentiment tellement fort de culpabilité contre la personne poursuivie qu'il apparaîtra particulièrement difficile de lutter contre ces intuitions défavorables.

Afin de souligner la montée en puissance du droit à la preuve contraire, nous allons démontrer que s'il existe en effet certaines limitations des moyens de preuve contraire (chapitre 1), elles ne remettent pas en cause sa pertinence et, bien que sa construction ne soit pas encore achevée (chapitre 2), les évolutions de notre système procédural conduisent inexorablement vers une reconnaissance et une affirmation de ce droit à la preuve contraire comme clef de voute de la défense pénale.

# Chapitre 1 : La limitation des moyens de preuve contraire

Les circonstances qui semblent limiter l'exercice du droit à la preuve contraire sont multiples. Elles peuvent provenir directement de la loi qui va déterminer et le plus souvent limiter les moyens pour la personne mise en cause de rapporter des éléments de preuve contraires à l'accusation en édictant de véritables présomptions de vérité ou de responsabilité favorables à l'accusation (section 1). Elles peuvent également provenir de la difficulté particulière de lutter contre une preuve qualifiée de « parfaite » dont la force de conviction est si importante qu'il peut paraître impossible de la renverser (section 2).

## Section 1 : La preuve contraire face aux présomptions de vérité et de responsabilité

L'affirmation de l'existence d'un droit à la preuve contraire a toute sa place dans le domaine des présomptions de vérité et des présomptions de culpabilité. Dans ces matières spécifiques, ce concept démontre son caractère moderne et équilibré. La législation pénale, si elle doit être protectrice de la présomption d'innocence et du droit des individus, n'a pas vocation à faire preuve d'angélisme. Le droit à la preuve contraire participe de cet équilibre en permettant au défenseur pénal de démontrer son innocence sans pour autant permettre au coupable de s'exonérer de sa responsabilité.

Dans le cadre de la présomption de vérité, la loi va considérer comme avérées les constations réalisées par certains agents assermentés et ainsi rendre plus difficile la démonstration de son innocence par la personne mise en cause qui devra lutter contre les affirmations des agents de constation avec des moyens limités de preuve contraire. Pour ce qui est des présomptions de culpabilité, la loi va déterminer l'objet de la preuve contraire qui

devra être rapportée par la personne mise en cause pour renverser le mécanisme. Dans ces deux cas, le principe de la liberté de la preuve contraire fait l'objet d'un encadrement et de limitations qui, s'ils ne remettent pas en cause l'existence de ce droit, doivent néanmoins être précisés.

Nous étudierons par conséquent successivement l'exercice du droit à la preuve contraire face aux présomptions de vérité (§1) et l'exercice du droit à la preuve contraire face aux présomptions de culpabilité (§2).

### §1. L'exercice du droit à la preuve contraire face aux présomptions de vérité

Les présomptions de vérité font référence aux procès-verbaux et rapports dressés par des agents dûment habilités. Cette fonction officielle confère aux écrits qu'ils dressent un crédit particulier dicté par l'objet même de ces actes qui est de constater une réalité afin de contribuer au caractère écrit de la procédure et à son contrôle[1].

Certains procès-verbaux ont comme fonction principale, voire unique, de constater par un écrit émanant d'une autorité compétente, la commission d'une infraction qu'il serait particulièrement difficile de prouver en dehors de cet acte. Le procès-verbal peut représenter la preuve complète que doit rapporter l'accusation qui peut alors se contenter de produire cette pièce dans le déroulement de la procédure sans avoir à se livrer à d'autres diligences probatoires. Ces constatations n'étant pas relevées directement par le magistrat chargé de juger, ce moyen de preuve repose à l'évidence sur une présomption selon laquelle l'agent qui s'est livré à la constatation a fait preuve d'objectivité et d'honnêteté dans cette opération.

En toute logique, l'abandon du système des preuves légales aurait dû conduire les rédacteurs du Code d'instruction criminelle puis ceux du Code de procédure pénale à ne donner aux procès-verbaux qu'une valeur de simples renseignements. La preuve contraire est alors libre et la personne mise en cause peut utiliser tout moyen pour emporter l'intime conviction du juge. Mais ce qui constitue en effet le droit commun selon lequel *« les procès-verbaux ou les rapports constatant les délits ne valent qu'à titre de simple renseignement*[2] *»*

---

[1] M.-C. Nagouas Guérin, *Le doute en matière pénale* ; Thèse, Bordeaux IV, Nouvelle bibliothèque de thèses, Paris, Dalloz, 2002, n° 354, p. 250.

[2] Art. 430 *C.proc.pén.*; La Cour de cassation a plusieurs fois réaffirmé qu'en matière de crimes et délits prévus par le *Code pénal*, les procès-verbaux de quelque agent qu'ils émanent, ne font pas foi par eux-mêmes et n'ont que la valeur d'un simple renseignement : Cass. crim. 21 juin 1977 ; *Bull. crim.* n° 271.

fait l'objet de plusieurs exceptions prévues par le texte lui-même[3], et qui ne sont nullement marginales. Nous étudierons donc dans un premier temps l'exercice du droit à la preuve contraire face aux constations d'un procès-verbal ayant une valeur probante renforcée (A). Ces développements nous permettrons de constater que les moyens de fond permettant de rapporter des éléments contraires à l'accusation peuvent être considérablement limités, ce qui a participé au développement de la mise en cause de la validité de ces actes comme autre moyen de preuve contraire (B).

### A. La preuve contraire aux constatations d'un procès-verbal ayant une valeur probante renforcée

La conséquence pratique du droit commun des procès-verbaux selon lequel leur contenu ne vaut qu'à titre de simple renseignement veut que le juge répressif puisse écarter les indications contenues dans le procès-verbal sur simple dénégation ou contestation de l'intéressé[4], voire d'office si la réalité des constations ou des éléments de ce document ne lui semble pas établie[5]. Dans ce cas de figure, le juge use de son intime conviction pour se déterminer. S'il admet que la preuve contraire aux indications d'un procès-verbal ne valant qu'à titre de renseignement est rapportée, il doit l'indiquer expressément dans sa décision[6]. Mais à l'inverse, il est également à noter que s'il ne vaut qu'à titre de simple renseignement, le procès-verbal peut tout de même suffire à lui seul à établir la culpabilité[7].

Cette règle de principe souffre quelques exceptions pour lesquelles certains procès-verbaux vont se voir attacher une valeur probante renforcée qui contraindra le juge pénal à tenir pour avérés les éléments contenus dans ces documents procéduraux sans pouvoir se livrer à une appréciation selon son intime conviction et limitant par là-même les possibilités pour la personne concernée de rapporter des éléments de preuve contraires à leur contenu.

Nous observerons donc dans quelle mesure la valeur accordée à ces actes de procédure limite les moyens de preuve contraire à disposition de la personne mise en cause (1) avant d'étudier la possibilité d'utiliser les moyens d'exonération pour lutter cette fois non contre la réalité matérielle des faits mais contre le caractère infractionnel de ces constatations (2).

---

[3] L'art. 430 *C. proc. pén*. précise en effet « *sauf dans les cas où la loi en dispose autrement* ».
[4] Cass. crim. 19 déc. 1901; *Bull. crim*. n° 130 ; *D*. 1903, I, n° 523.
[5] H. Matsopoulou, *Les enquêtes de police* ; Paris, LGDJ, 1996, n° 990.
[6] H. Pelletier, « Administration de la preuve, principes généraux et modes de preuve »*, J.-Cl. Proc. pén*.
[7] Cass. crim. 5 nov. 1996 ; *Bull. crim.* n° 392 ; *D.* 1997, somm. n° 145 obs. J. Pradel ; *Dr. pén.* 1997, chr. n° 14, obs. Lesclous et Marsat.

1. La présomption de vérité des procès-verbaux et la limitation des moyens de preuve contraire

Bien que le droit de la preuve soit régi par le principe de la liberté de la preuve et par son appréciation par le juge d'après son intime conviction, la matière des procès verbaux apporte quelques exceptions qui ne sont nullement négligeables. Elles sont de deux ordres, il s'agit de la présomption simple de vérité (a) et des procès-verbaux valant jusqu'à inscription de faux (b). Dans les deux cas, la loi va conférer une valeur probante renforcée à leur contenu qui liera le juge dans une certaine mesure et réduira d'autant la possibilité pour la personne mise en cause de rapporter des éléments de preuve contraire et de faire valoir ainsi son innocence.

a. La preuve contraire à la présomption simple de vérité de certains procès-verbaux

La première catégorie de procès-verbaux ayant une valeur probante renforcée est constituée par ceux qui font foi jusqu'à preuve contraire. C'est ce que l'on qualifie de présomption simple de vérité. Après en avoir étudié la spécificité (α), nous nous arrêterons sur les moyens offerts à la personne mise en cause pour lutter contre cette présomption de vérité (β).

α. La spécificité des procès-verbaux valant jusqu'à preuve contraire

Comme les autres présomptions, la présomption simple de vérité a pour effet de renverser la charge de la preuve. Ce mécanisme va conduire à tenir pour établies les constatations contenues dans certains procès-verbaux et pousser la partie poursuivie à rapporter la preuve de sa non-culpabilité. La force probante renforcée de ces procès-verbaux va en outre imposer à la partie poursuivie de rapporter la preuve contraire selon des règles imposées par la loi, c'est-à-dire par écrit ou par témoignage[8]. Une application stricte de ces textes nous conduit à

[8] Art. 431 et 537 *C. proc. pén. :* Principe régulièrement rappelé par la jurisprudence : Cass. crim. 25 avr. 1977 ; *Bull. crim.* n° 134 ; Cass. crim. 9 nov. 2005, n° 05-84.504 ; *Juris-Data* n° 2005-030984 ; *Bull. crim.* n° 288 ; *Dr. pén.* 2006, comm. n° 28, 3ème esp.

penser que le tribunal est lié par les énonciations d'un tel procès-verbal tant que des éléments de preuve contraires n'ont pas été rapportés par le prévenu dans les formes prévues par la loi.

Comme le rappelait Faustin Hélie, *« il suit de cette règle que ni les dénégations que le prévenu oppose aux faits constatés, ni les explications par lesquelles il tenterait d'affaiblir ou de modifier les faits, ni le serment qui lui serait déféré à l'audience, ni la notoriété publique que constaterait le jugement, ni enfin les notions personnelles que le juge prétendrait avoir, ne peuvent détruire la foi due au procès-verbal car aucune de ces circonstances ne constitue l'une ou l'autre des deux preuves qui sont seules admises pour combattre l'autorité de ces actes. Peut-être que le juge peut y trouver des présomptions qui peuvent jeter quelque incertitude sur les faits, mais la présomption de droit qui protège le procès-verbal ne peut être renversée par une simple présomption de l'homme que la loi n'a pas reconnue»*[9].

Cette force probante renforcée s'applique principalement aux contraventions dressées de manière régulière par les agents qualifiés et compétents territorialement[10], sauf dans les cas où la loi en dispose autrement (en particulier lorsque des lois spéciales attribuent à ces actes une force probante supérieure, jusqu'à inscription de faux). Cette catégorie d'infraction, dynamisée par le nombre considérable des contraventions au Code de la route, constitue de fait une exception lourde au principe de l'intime conviction du juge. Ainsi, en 2006, 19,5 millions d'infractions au Code de la route ont été relevées par procès-verbaux dont seulement 500 000 correspondaient à des délits[11]. En termes quantitatif, la seule matière prévue par le Code de la route génère déjà plus de 19 millions de contraventions revêtues d'une présomption de vérité qui lie le juge[12]. Il est par ailleurs à noter que les procès-verbaux et rapports ne sont pas l'unique moyen de prouver la commission d'une contravention. La loi

[9] F. Hélie, *Traité de l'instruction criminelle*, t.3, préc., n° 1461.
[10] Art. 537 al. 2 *C. proc. pén*.
[11] Source Ministère de l'intérieur, Rapport sur le comportement des usagers de la route, Bilan 2006, édité le 31 mars 2007 et consultable sur le site internet du ministère de l'intérieur. Il est à souligner que ces chiffres ne reprennent pas totalement l'activité des polices municipales, ce qui laisse entrevoir un nombre beaucoup plus élevé de procès-verbaux réalisés.
[12] Les 19 millions de contraventions dressées en 2006 en matière routière se répartissent comme ceci: 7,4 millions concernent l'arrêt et le stationnement des véhicules (hors services de police municipale), 1,4 million traitent de contraventions au règles de limitation de vitesse des véhicules établies lors de contrôles traditionnels par les services de police, 5,8 millions de contraventions aux règles de limitation de vitesse constatées dans le cadre du contrôle sanction automatisé (CSA) fixe ou embarqué, 1,7 million de contraventions aux règles administratives (défaut de présentation de documents, infractions non délictuelles à l'assurance, défaut de contrôle technique…), 1 million de contraventions aux règles de conduite (usage du téléphone portable…), environ 800 000 contraventions aux règles d'équipement des usagers (défaut de ceinture de sécurité…), quasiment 500 000 contraventions aux règles de priorité et environ 100 000 contraventions résultant de la conduite sous l'empire d'un état alcoolique inférieur à 0,8 g/l. de sang. Pour le reste, cela correspond aux infractions diverse telles le défaut d'éclairage et de signalisation, les dépassements irréguliers ou bien encore les contraventions relatives au temps de conduite et de repos des transporteurs routiers. V. rapport préc.

précise en effet que cette catégorie d'infraction peut également être prouvée par témoins, mais ce témoignage n'est pas alors revêtu de la force probante renforcée[13].

En matière correctionnelle, cette force probante particulière doit être prévue expressément par la loi[14]. Cette disposition intervient dans des matières spéciales, comme les délits prévus en matière de droit du travail (article L.8113-7 et L.8271-8 du Code du travail), de contrôle des dispositions relatives aux régimes de protection sociale des salariés agricoles (article L.724-7 du Code rural), des délits relatifs à la protection des animaux (article L.214-23 du Code rural), en matière de concurrence et de contrôle des prix (article 46 de l'ordonnance du 1er décembre 1986 devenu l'article L.450-2 du Code de commerce, article 209 du Code du domaine public fluvial et en matière agricole article L.671-1-1 du Code rural), les infractions relatives à l'hygiène alimentaire et aux règles sanitaires applicables aux secteurs alimentaire et agro-alimentaire (article L.231-2-1 du Code rural), les infractions relatives à l'utilisation d'appareils à pression de vapeur ou de gaz en matière de navigation fluviale (article 153 du Code du domaine public fluvial et de la navigation intérieure), en matière de réglementation relative aux permis de construire et aux aménagements fonciers (article L.160-4, L.480-1 du Code de l'urbanisme et article L.121-22 du Code rural), en matière de chasse, de pêche, de pêche fluviale et maritime, de protection de la nature et du littoral (article L.122-7 du Code forestier, L.216-5, L.322-10-3, L.362-5, L.411-1 et L.428-20 s. du Code de l'environnement)[15], d'élimination des déchets (article L541-44 du Code de l'environnement) de contributions indirectes (article L.238 du Livre des procédures fiscales), et même en matière de défense de la langue française (article 18 de la loi n°94-665 du 4 août 1994), aux infractions relatives aux biens culturels maritimes et aux fouilles archéologiques

[13] Art. 537 al. 1 *C. proc. pén*. V. Cass. crim. 17 nov. 1989 ; *Bull. crim.* n° 112 ; ou encore Cass. crim. 29 oct. 1985 ; *Bull. crim.* n° 331.

[14] La seule exception peut provenir du fait que le caractère délictuel n'est acquis que par l'état de récidive propre à l'auteur de l'infraction. Il en est ainsi par exemple pour un procès-verbal constatant un excès de vitesse, infraction à la base contraventionnelle, mais qui peut être qualifiée de délit lorsque l'excès est supérieur à 50 km/h et commis en état de récidive (art. L. 413-1 *C. route*). Néanmoins, le procès verbal constatant cette infraction qualifiée *in fine* de délit aura une force probante renforcée parce que les fonctionnaires constatent alors une infraction qui, matériellement, est une contravention. Le fait que soit retenu l'état de récidive, circonstance aggravante personnelle, ne rejailli pas sur la constatation matérielle des faits : Cass. crim. 13 juin 2007, n° 06-85.441 ; *Bull. crim.* n° 161. Il arrive néanmoins encore que des juges attribuent à tort une force probante renforcée à des procès-verbaux qui interviennent dans des matières qui ne sont pas prévues par la loi. Ils sont alors systématiquement censurés par la Cour de cassation : V. par ex. Cass. crim. 3 déc. 2008, pourvoi n°08-82179 ; *Bull. crim*. n° 246 concernant le délit de trafic de stupéfiants.

[15] La valeur probante renforcée tient bien à la matière et non à la qualité de l'agent qui instrumente, ainsi, un procès-verbal d'un agent de l'office national de la chasse qui constate deux délits, l'un de violences volontaires et l'autre de chasse, n'aurait de valeur probante renforcée que pour le délit de chasse visé par un texte spécial : Cass. crim. 1er oct. 1987 ; *Bull. crim.* n° 325.

(ancien article 18 de la loi n°89-874 du 1er décembre 1989 abrogé et remplacé par les articles L.544-8 et L.544-9 du Code du patrimoine) ou bien encore les procès-verbaux constatant des infractions à la législation sur les chemins de fer (article 23 de la loi du 15 juillet 1885) ou les procès-verbaux en matière douanière lorsqu'ils sont rédigés par un seul agent (article 337 du Code des douanes). Cette liste n'est bien évidemment pas exhaustive et il apparaît que cette exception au principe de l'intime conviction est loin d'être anecdotique. Il convient dès lors de s'interroger sur les contours des moyens de preuve contraire admis pour lutter contre le contenu de ces actes.

β. Les moyens de lutter contre la présomption simple de vérité

L'attribution d'une force probante renforcée à certains procès-verbaux impose à la partie poursuivie de rapporter la preuve contraire aux constatations contenues dans ces actes de procédure. Cette preuve contraire devra porter sur les constatations retenues dans le procès-verbal. En effet, la force probante renforcée ne s'appliquera qu'aux éléments que l'agent a vus, entendus ou constatés personnellement.

Cette preuve contraire doit être rapportée par le prévenu et en aucun cas par le juge qui n'a pas à prendre l'initiative de cette recherche puisqu'il est lié par les énonciations du procès-verbal[16]. Il doit en outre constater expressément que cette preuve contraire émane bien du prévenu[17]. Il semble également logique que le prévenu ne puisse plus apporter d'élément de

[16] Cass. crim. 12 avril 1929 ; *D.* 1929, p.268. Il lui appartient néanmoins, bien évidemment, de s'assurer que les constatations qui figurent au procès-verbal établissent la preuve des contraventions poursuivies : Cass. crim. 13 fév. 2007 ; *Bull. crim*. n° 41 ; *Dr. pén*. 2007, comm. n° 78. Dans cette espèce, un agent de la ville de Paris constatant la présence de deux cartons portant des étiquettes « Gibert Jeune » sur un trottoir de la Place Saint Michel, avait dressé un procès-verbal de contravention au règlement sanitaire départemental à l'encontre du dirigent de cette entreprise. Le juge de première instance a relaxé le prévenu au motif que les cartons en cause avaient pu être subtilisés puis abandonnés par des tiers et que faute de constatations prouvant qu'ils avaient été déposés par du personnel de l'entreprise, l'infraction ne pouvait être imputée de façon certaine. La Cour de cassation confirme cette interprétation en précisant que c'est « sans méconnaître la force probante attachée par l'art. 537 du *Code de procédure pénale* aux procès-verbaux établissant la preuve des contraventions » que le juge a recherché si les constatations du procès-verbal étaient de nature à démontrer la culpabilité du prévenu.

[17] Citons le cas de cette personne verbalisée pour ne pas avoir acquitté la redevance de stationnement dans une zone soumise à ce versement en vertu d'un arrêté municipal, fait prévu et réprimé par l'art. R.233-1 *C. route*, et qui invoquait pour se justifier le dysfonctionnement de l'appareil horodateur qui n'avait délivré aucun ticket. Le tribunal de police avait donné gain de cause au plaignant en se fondant sur le rapport d'un agent de service des droit de place et de stationnement qui était intervenu sur l'un des trois horodateurs de la rue en question quelques heures après le moment de la verbalisation. Le tribunal avait alors conclu à la relaxe au bénéfice du doute. La Cour de cassation rappelle alors que « la preuve contraire aux constatations du procès-verbal incombe au prévenu » et qu'en se déterminant différemment, le tribunal de police n'avait pas donné de base légale à sa décision : Cass. crim 15 février 2000 ; *Bull. crim.* n° 67.

preuve contraire s'il a préalablement reconnu l'infraction[18]. Par la reconnaissance de l'infraction, le contrevenant reconnaît l'inutilité de la preuve contraire.

Cette preuve contraire est limitée selon la loi aux écrits et aux témoignages[19]. Si les dispositions de l'article 537 du Code de procédure pénale limitent l'exercice du droit à la preuve contraire, elles ont été validées par la Cour européenne des droits de l'Homme qui a clairement précisé que « *le droit interne permettait au requérant de rapporter la preuve contraire à celle présentée par l'accusation* […] *(article 537 du Code de procédure pénale)* »[20]. La simple dénégation du prévenu, discussion autour du contenu du procès-verbal ou appréciation propre au juge[21] ne sauraient donc suffire à détruire la valeur d'un procès-verbal[22].

Les contours de cette preuve contraire sont néanmoins délicats à appréhender. La doctrine n'a jamais réellement approfondi l'exigence posée par l'article 431 du Code de procédure pénale. Certains auteurs, de façon surprenante, soutiennent que cette force probante peut être combattue par tous moyens légaux de preuve[23] ou par toute preuve autre que la simple dénégation[24]. Sans étude précise de la doctrine sur le sujet, c'est une étude de la jurisprudence qui doit nous éclairer sur le contenu de cette notion. Mais l'application majoritaire de la présomption de vérité à la matière contraventionnelle ne pousse pas au contentieux et aux recours multiples eu égard au faible intérêt financier en jeu. De plus, le poids quantitatif des infractions routières qui touchent le quotidien de la population participe à créer de véritables illusions, à la limite du fantasme, autour de la preuve contraire aux constatations des procès-verbaux. Toute anomalie de la pratique ou expérience étant alors

---

[18] Cass. crim. 29 mars 1995 ; *Jurisp. auto* 1995, p. 285. La signature du procès-verbal sans mentionner que l'on conteste la matérialité de l'infraction limite nécessairement les moyens d'action futurs.

[19] Art. 431 et 537 al. 3 *C. proc. pén*.

[20] CEDH, 13 fév. 2001, Gaucher c. France, req. n° 51406/99.

[21] Cass. crim. 9 nov. 2005 ; *Bull. crim*. n° 288, *Procédures*, janv. 2006, p. 21, obs. J. Buisson. Dans cette espèce, la juridiction de proximité avait relaxé un contrevenant du chef d'excès de vitesse, à savoir 91 km/h alors que la vitesse maximale autorisée était de 90 km/h, en estimant que l'excès constaté était « infime et qu'il se situe dans la marge d'erreur pouvant exister dans les appareils de contrôle même homologués et vérifiés annuellement ». Cette analyse a été censurée par la haute juridiction au motif que la preuve contraire aux énonciations du procès-verbal n'avaient pas été rapportée dans les formes prévues par les textes.

[22] Une jurisprudence constante confirme ce point. V. en ce sens Cass. crim. 23 mai 1950 ; *D*. 1950, p.470 ; Cass. crim. 28 juin 1976 ; *Bull. crim.* n° 232 ; Cass. crim. 12 mars 1984 ; *Bull. crim.* n° 101 ; Cass. crim. 14 oct. 1991; *Bull*. *crim.* n° 339.

[23] H. Matsopoulou, préc., p.798 ; l'auteur se réfère ici à une jurisprudence de la Cour de cassation du 21 janvier 1938 (*Bull. crim.* n° 23) estimant que la preuve contraire pouvait être rapportée par « tous moyens légaux de preuve » et sur une particularité liée à la matière fiscale qui sera par ailleurs étudiée plus loin. L'utilisation de cette jurisprudence ancienne et contredite de manière constante ne peut, pas plus que l'argument tiré de la spécificité de la matière fiscale, conduire à la conclusion que les procès-verbaux valant jusqu'à preuve contraire peuvent être contredits par tous moyens légaux de preuve.

[24] F. Debove, F. Falletti et Th. Janville, *Précis de droit pénal et de procédure pénal*e ; Paris, PUF, coll. « Major », 3ème éd. 2010, p. 507.

reprises par la presse et les médias quand bien même leur exploitation serait quasi impossible[25].

Il ressort de l'analyse des textes et de la jurisprudence que cette preuve contraire ne peut être rapportée qu'aux moyens d'un écrit authentique[26], de l'audition d'un témoin réalisé par les services de police avec prestation de serment[27], du témoignage à la barre du tribunal[28], d'un procès-verbal de visite technique de véhicule démontrant qu'il ne produit aucune nuisance[29]… La question s'est posée de la validité des constatations d'un procès-verbal relevant une vitesse excessive supérieure à la vitesse maximum spécifiée par le constructeur dans les documents techniques du véhicule. Le prévenu avait donc produit ces documents devant le tribunal afin d'obtenir sa relaxe. Si ce moyen de preuve contraire avait pu être reçu par des juridictions de première instance[30] ou d'appel[31], il a été définitivement écarté par la Cour de cassation dans la mesure ou l'écart entre la vitesse relevée et la vitesse maximale indiquée par le constructeur n'était pas d'une ampleur telle (161 km/h par rapport à 143 km/h) qu'elle conduise à considérer comme nécessairement fausse la mesure de cette vitesse, et par conséquent comme impossible l'infraction relevée[32].

L'analyse de ces jurisprudences tend à démontrer que l'écrit ou le témoignage, pour valoir preuve contraire selon les termes de la loi, doivent présenter une « extériorité » suffisante par rapport à la perosnne mise en cause afin qu'il n'y ait pas de doute sur sa

[25] Citons par exemple en matière de contrôle routier opéré de manière traditionnelle par les services de police, le non respect du positionnement du cinémomètre, et plus précisément de l'angle prescrit techniquement entre le faisceau de l'appareil et la chaussée. Même si cette exigence technique est réelle, cette donnée est inexploitable en pratique puisqu'elle nécessiterait de faire constater l'angle de visée par huissier de justice au moment même de l'infraction ou de la période de contrôle. Inutile de préciser que cette opération est rendue hautement improbable par la difficulté de recourir sur le champ à un huissier de justice qui serait de plus certainement dépourvu de moyen technique pour effectuer ses constatations. Il faut préciser également que les techniques ont considérablement évolué en quelques années. Les vieux « barbecues» (sobriquet donné au Mesta 206, sorte de grosse boîte rectangulaire) ne sont quasiment plus utilisés. Ils donnaient lieu à beaucoup de contestation car leur efficacité était limitée par les conditions climatiques (pluie, temps orageux…). Les nouveaux radars utilisés sont beaucoup plus performants et font l'objet de moins de contraintes d'utilisation.

[26] Une simple attestation écrite ne constitue pas un écrit ou un témoignage au sens de l'art. 537 *C. proc. pén*. : Cass. crim. 26 sept. 2007, pourvoi n°07-82877, inédit ; Cass. crim. 7 fév. 2001 ; *Bull. crim.* n° 39 : Cas d'un prévenu poursuivi pour non respect de l'arrêt imposé par un feu rouge qui présente à l'audience une attestation de sa mère indiquant qu'il avait franchi le feu alors que celui-ci était vert. V. également Cass. crim. 25 avril 2001 ; *Bull. crim.* n° 100, s'agissant de la production d'une attestation écrite d'un tiers. La Cour de cassation précise à nouveau « qu'une attestation écrite ne constitue pas une preuve par écrit ou par témoins, au sens de l'article 537 précité » et ne peut dès lors effacer le contenu des constatations du procès verbal qui lient le juge.

[27] Cass. crim. 3 mai 2007, pourvoi n°07-80033, inédit.

[28] La Cour de cassation juge en effet que la preuve contraire ne peut résulter d'une attestation « sur l'honneur » d'un témoin produite devant la juridiction de jugement : Cass. crim. 25 avr. 2001; *Bull. crim.* n° 100 ; *Jurisdata* n° 2001-009546.

[29] CA Douai 7 janv. 1986 ; *Jurisdata* n° 047237.

[30] T. pol. Bordeaux, 21 janv. 1987 ; *Gaz. pal*. 1987, I, somm. p. 94.

[31] CA Angers, 18 déc. 1990 ; *Jurisdata* n° 047 843.

[32] Cass. crim. 23 mars 1994 ; *Jurisp. auto* 1994, p. 326.

sincérité[33]. Il est enfin à noter que pour anéantir la valeur probante renforcée d'un procès-verbal, le juge doit constater expressément que la preuve contraire a été rapportée dans les formes prévues par la loi. En conséquence, sont systématiquement censurés les jugements et arrêts qui conduisent à une relaxe au motif que « les éléments du dossier et des débats ne permettent pas de caractériser de manière suffisante l'infraction poursuivie »[34], ou bien encore au motif qu'il demeure « un doute malgré l'énoncé du procès-verbal »[35]. Il en va de même dans le cas d'une infraction au stationnement payant lorsque l'intervention d'un technicien sur l'horodateur le jour de l'infraction pourrait rendre vraisemblable le dysfonctionnement de l'appareil. Le doute ainsi créé ne peut bénéficier au prévenu car il n'a pas rapporté la preuve contraire aux constatations du procès-verbal dans les conditions prévues par la loi[36]. De même, la production de photographies devant le tribunal afin d'écarter les constatations d'un stationnement gênant ne peuvent être admises car il ne peut être démontré qu'elles ont été prises au jour et sur les lieux exacts de l'infraction[37]. Il est totalement inefficace de plaider le doute qui doit profiter au prévenu, démarche qui est particulièrement difficile à faire accepter dans un système où doit prévaloir le principe de l'intime conviction du juge. La matière des procès-verbaux ne laisse pas non plus place à l'indulgence des magistrats qui sont contraints de condamner devant un procès-verbal régulier[38].

La matière fiscale compte une spécificité puisqu'elle ne restreint pas les moyens de preuve contraire[39] mais exige que le contrevenant obtienne du tribunal une autorisation

---

[33] V. J. Buisson, comm. sous Cass. crim 9 nov. 2005 ; *Procédures*, janv. 2006, n° 17, p. 21.

[34] Cass. crim. 21 mai 2008, n° de pourvoi 07-87045, inédit.

[35] V. Cass. crim 18 oct. 2000 ; *Procédures,* mars 2001, comm. n° 71, obs. J. Buisson ; Cass. crim. 16 février 2005 ; *Bull. crim*. n° 64 ; Cass. crim. 4 juin 2008, pourvoi n°08-81467, inédit. Il en va également ainsi d'un procès-verbal constatant l'utilisation de manière injustifiée de feux de brouillard qui ne peut tomber sur les seules justifications du contrevenant disant que le temps était « sombre et brumeux » sans constater que la preuve contraire a été légalement rapportée : Cass. crim. 12 mars 2008, pourvoi n° 07-88245, inédit. Concernant l'infraction de conduite d'un véhicule sans port de la ceinture de sécurité, le simple fait pour le prévenu de préciser qu'il était dans un embouteillage et qu'il allait s'arrêter ne constitue pas un élément de preuve contraire légalement établi : Cass. crim 16 janv. 2008, pourvoi n°07-84090, inédit.

[36] Cass. crim 15 février 2000 ; *Bull. crim*. n° 67 ; Il est par ailleurs à noter que l'autorité administrative a sû se prémunir d'un certain nombre de contestations tenant par exemple à la vitesse constatée en appliquant une marge dite « technique d'erreur » (5km/h jusqu'à une vitesse constatée inférieure à 100 km/h et 5% de la vitesse enregistrée au-delà en vertu d'un arrêté du 7 janvier 1991 modifié le 14 avril 1995) ou bien encore en exigeant l'apposition lisible du ticket horodateur dans le cadre des infractions de stationnement.

[37] Cass. crim. 13 déc. 2006 ; *Jurisp. auto*. n° 784, avril 2007, p. 230.

[38] Le juge ne peut faire preuve d'indulgence en n'entrant pas en voie de condamnation, et en matière de contraventions faisant l'objet de la procédure d'amende forfaitaire, il ne peut faire preuve d'indulgence quant au quantum de la peine qui ne peut être inférieur au montant de l'amende forfaitaire initiale.

[39] Pour une application, v. Cass. crim. 14 oct. 1991 ; *Bull. crim.* n° 339 : « *Si le prévenu a le droit de combattre ces procès-verbaux par tous les moyens légaux de preuve, leur force probante ne peut être infirmée sur les seules dénégations ou allégations*.»

préalable pour rapporter la preuve contraire[40], demande qui peut bien évidemment être rejetée. Le droit à la preuve contraire est dans ce cas purement et simplement conditionné à la volonté du juge. De plus, si le prévenu veut rapporter la preuve contraire par témoins, il doit déposer la liste de ceux qu'il veut entendre au secrétariat-greffe de la juridiction dans le délai de trois jours francs à compter de l'audience au cours de laquelle le renvoi a été prononcé en vue de laisser à la personne mise en cause la possibilité de rapporter la preuve contraire[41].

Une mention particulière doit être réservée à ce stade s'agissant de l'exercice du droit à la preuve contraire face à la constatation d'une contravention des quatre premières classes faisant l'objet d'une procédure d'amende forfaitaire[42]. Dans ce cas le paiement de l'amende entre les mains de l'agent verbalisateur ou ultérieurement auprès du service gestionnaire éteint l'action publique et les règles sur la récidive ne peuvent s'appliquer[43]. Dans le cadre de cette procédure, une nouvelle possibilité de preuve contraire s'ouvre alors par une requête en exonération. Cette action permet de saisir le parquet (généralement l'officier du ministère public près le tribunal de police) qui pourra soit classer sans suite l'infraction, soit décider de poursuivre selon les voies habituelles que constituent l'ordonnance pénale ou la citation devant le tribunal. Les éléments utilisés par le contrevenant sont alors multiples et peuvent aller d'arguments mettant en cause la validité de l'acte de constatation, la réglementation applicable, l'utilisation de causes exonératoires ou la simple dénégation. Le parquet peut alors souverainement prendre en compte l'un ou l'autre de ces arguments quand bien même il ne constituerait pas une preuve par écrit ou par témoin telle qu'elle est exigée par la loi. Il est alors ainsi fréquent que la bonne foi manifeste soit récompensée alors qu'elle ne constitue pas un élément à prendre en compte au sens des articles 431et 537 alinéa 3 du Code de procédure pénale. Cette procédure permet également de ne pas aller jusqu'à l'annulation d'un procès-verbal qui ferait défaut et d'arrêter la procédure en accordant l'exonération qui s'analyse comme un classement sans suite. La difficulté de cette matière tient à la multitude

[40] Art. L.238 al. 2 *LPF* : « *La personne qui fait l'objet des poursuites peut demander à apporter la preuve contraire des faits constatés dans le procès-verbal. Lorsque le tribunal accepte la demande, il reporte l'examen de l'affaire en la renvoyant à au moins quinze jours* ».
[41] Art. L.238 al. 3 *LPF*.
[42] Art. 529 s. et R. 49 s. *C. proc. pén.*
[43] L'amende forfaitaire peut être minorée si le paiement intervient rapidement c'est-à-dire dans le délai de 15 jours à compter de l'envoi de l'avis de contravention (délai porté à 30 jours en cas de paiement par carte bancaire ou par timbre dématérialisé) ou majorée si le paiement n'intervient pas dans un délai de 45 jours ou si une requête en exonération est irrecevable.

d'intervenants (officiers du ministère public près les tribunaux de police[44]) et à l'appréciation différenciée que peut opérer chaque acteur des causes d'exonération. Cette voie de la requête en exonération apparaissait dès lors comme la possibilité la plus efficace d'échapper à la sanction par une analyse extensive de la preuve contraire[45]. Chaque parquet tente néanmoins de plus en plus de définir et limiter les causes d'exonération en s'appuyant sur la jurisprudence permettant la mise en cause de la validité des procès-verbaux. Une information plus précise est également fournie aux officiers du ministère public par des bulletins de synthèse conçus par l'Ecole nationale supérieure de police. Ces démarches ont permis de faire diminuer de manière sensible le taux de classement sans suite des procès-verbaux de constatation de contraventions.

En balayant l'étendue du champ d'application des procès-verbaux et de leur portée, il convient de préciser qu'en matière criminelle, la règle de principe qui veut que les procès-verbaux ne valent qu'à titre de simples renseignements, ne subit aucune entorse. Cette position est souvent justifiée par le fait que les infractions les plus graves, qui peuvent conduire aux sanctions les plus lourdes, nécessitent de ne pas entraver la possibilité pour le défenseur de faire valoir son innocence. On peut également se demander si le fait que les crimes soient jugés par une cour d'assises composée en grande partie de jurés populaires n'est pas indifférent. L'intime conviction des jurés représentants le peuple souverain pourrait apparaître philosophiquement comme la plus sûre orientation vers la vérité matérielle et rien ne devrait alors entraver le libre arbitre des juges.

En matière de procès-verbaux, la limitation la plus affirmée à la possibilité de rapporter la preuve contraire aux éléments qu'ils contiennent se trouve dans les procès-verbaux faisant foi jusqu'à inscription de faux.

b. La preuve contraire aux procès-verbaux valant jusqu'à inscription de faux

L'article 433 du Code de procédure pénale dispose que certains procès-verbaux établis dans des matières particulières font foi jusqu'à inscription de faux. Cela signifie qu'en

[44] 475 en 2007 : sources *les chiffres clés de la justice 2007,* consultable sur le site internet du ministère de la justice.
[45] Le taux de classement sans suite est allé jusqu'à 20% des plaintes, dénonciations et procès-verbaux soumis à un officier du ministère public en 2001 : *annuaire statistique de la justice*, *préc*., p.113.

absence de mise en œuvre de la lourde procédure de l'inscription de faux des articles 646 et suivants du Code de procédure pénale, par laquelle on entend établir que le rédacteur est un faussaire, le juge sera tenu par les constatations que contient le procès-verbal, quand bien même une preuve contraire littérale ou testimoniale serait invoquée[46]. Le juge répressif ne peut écarter les affirmations du rédacteur même si elles lui paraissent suspectes ou mensongères[47].

Une anecdote datant des débuts du Code d'instruction criminelle est révélatrice à ce sujet : *« Je sais un chef de parquet qui reçut un jour, d'un préposé des droits réunis, un procès-verbal relatant une fraude commise par un notable commerçant de la ville. Il venait d'en achever la lecture lorsque le négociant se présenta accompagné de trois citoyens des plus honorables qui attestaient que les constatations du procès-verbal étaient erronées. L'inculpé demandait que l'affaire fût communiquée au juge d'instruction, afin de faire entendre ses témoins et de produire ses preuves. Sa requête fut écartée et il fut cité directement devant les juges répressifs. Ses témoins l'assistaient encore à l'audience. La réputation du rédacteur du procès-verbal était suspecte ; celle de l'inculpé sans tache, et il se dégageait de l'attitude des témoins une telle énergie que les juges paraissaient convaincus de l'innocence du prévenu. Comme il produisait ses témoins : Nous ne pouvons les entendre, lui répondit le président ; la loi nous contraint de vous condamner ».*

S'agissant d'une entorse particulièrement importante à la règle de la liberté de la preuve en matière pénale, la loi prévoit que ces procès-verbaux ne peuvent intervenir que dans les matières expressément prévues par les lois spéciales. Ces matières sont, dans la pratique, peu nombreuses, et il s'agit généralement de domaines présentant un aspect technique rendant difficile la constatation des infractions[48], qui ne laissent pas de traces, ou bien encore de matières dans lesquelles il est difficile de compter sur les témoignages parce qu'elles ne choquent pas profondément le sentiment populaire. Au fur et à mesure de la codification de certaines matières et de la refonte des codes existants, cette catégorie de procès-verbaux tend à diminuer. Nous pouvons citer pour exemple la disparition de la force probante jusqu'à

[46] Cass. crim. 23 mai 1950 ; *D.* 1950 p. 470 ; Cass. crim. 31 mai 1961 ; *Bull. crim*. n° 282.
[47] R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel*, t.2, préc., n° 235.
[48] R. Merle et A. Vitu, préc., n° 235 ; H. Matsopoulou, préc., n° 993 ; P. Bouzat et J. Pinatel, *Traité de droit pénal et de criminologie*, t.2 ; Paris, Dalloz, 2ème édition, 1970, n° 1242 ; S. Guinchard et J. Buisson, *Procédure pénale*, Paris, Litec, coll. « Manuel », 5ème éd., 2009, n° 545 s.

inscription de faux des procès-verbaux dressés par deux agents de l'office national des forêts[49] ou ceux rédigés par deux fonctionnaires en matière de pêche fluviale[50].

Cette catégorie de procès-verbaux n'a pas néanmoins totalement disparu et sont ainsi revêtus de ce caractère les procès-verbaux dressés en matière douanière par deux agents relevant du service des douanes ou de toute autre administration[51], ou encore les procès-verbaux dressés par des officiers commandant des navires de guerre français[52] et les procès-verbaux relatifs à la protection des câbles sous-marins[53].

La valeur probante renforcée de ces actes s'applique aux constatations matérielles qu'ils contiennent. En conséquence, le juge ne peut pas, même si elles lui semblent suspectes, mettre en cause ces constatations matérielles et par exemple ordonner une enquête pour les vérifier[54]. En revanche, tout ce qui s'écarte de ces constatations, comme par exemple les opinions personnelles émises par le rédacteur, les déductions auxquelles il peut se livrer, sont laissées à la libre appréciation des juges du fond et peuvent faire l'objet de discussions[55]. Il en va de même de l'aveu ou de la reconnaissance de l'infraction devant l'agent rédacteur du procès-verbal. Même si l'aveu constitue à n'en pas douter un fait matériel, sa portée et sa véracité ne peuvent relever que de l'appréciation du juge[56]. La matière douanière reconnaît d'ailleurs textuellement que la valeur probante jusqu'à inscription de faux ne peut s'appliquer à la sincérité des aveux qu'ils contiennent[57]. La jurisprudence quant à elle a opéré une distinction entre le cas où l'aveu est le seul acte matériel relevé par le procès-verbal et le cas dans lequel ce dernier contient d'autres constatations qui viennent le corroborer[58]. Dans le premier cas, le procès-verbal fera foi de la matérialité de l'aveu et non de la réalité de l'acte coupable et par conséquent le juge pourra apprécier librement l'aveu et son éventuelle

[49] Ancien art. L. 342-4 *C. for.*
[50] Ancien art. L. 237-4 *C. rur*.
[51] Art. 336 *C. des douanes*
[52] Art. L. 86 *C. des postes et des communications électroniques*
[53] Art. L. 79 *C. des postes et des communications électroniques*
[54] Cass. crim. 23 janv. 1897; *Bull. crim.* n° 21.
[55] Cass. crim. 3 août 1950; *Bull. crim.* n° 229 ; *Rev. Sc. crim*. 1951, p. 281, obs. Patin; V. également Cass. com. 14 mai 1985 ; *Bull. civ*., IV, n° 150 : Dans cette espèce, le procès-verbal ne relatait aucun fait matériel constitutif d'une infraction à la réglementation des changes et se référait à d'autres procès-verbaux antérieurs, non produits devant les juges du fond, l'ensemble servant de base à des déductions tirées par l'administration des douanes sur la culpabilité d'une personne. Les magistrats ont exclu par conséquent la force probante renforcée du procès-verbal pour défaut de constatations matérielles.
[56] R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel*, préc., t. II, n° 236.
[57] Art. 336 al. 2 *C. des douanes*
[58] V. H. Matsopoulou, *Les enquêtes de police* ; Paris, LGDJ, 1996, p. 795, n° 993.

rétractation[59]. Dans le second cas, les constatations relevées viennent à l'appui des aveux, et ces derniers ne peuvent être écartés sans que la preuve contraire n'ait été rapportée[60].

Hormis le cas de l'aveu et des déclarations, il est clairement établi que la preuve contraire aux constatations résultant d'un procès-verbal valant jusqu'à inscription de faux est quasiment impossible à rapporter. En effet, aucune preuve ne saurait être admise contre ces procès-verbaux qui ne peuvent être attaqués que par la procédure d'inscription de faux. Ce système de force probante renforcée interdit au défendeur d'utiliser le système de défense qui consiste à faire naître un doute dans l'esprit du juge, doute qui doit normalement lui profiter. La Cour de cassation fonde la compatibilité de ces actes avec le principe conventionnel de l'égalité des armes sur l'existence d'une possibilité de combattre les énonciations de ces procès-verbaux par le biais de la procédure d'inscription de faux[61]. Mais il s'agit d'un parcours particulièrement difficile. L'inscription de faux s'analyse en effet comme une exception de nullité qui ne peut être invoquée que devant les juridictions de jugement et avant toute défense au fond[62].

S'agissant de la procédure d'inscription de faux, la matière douanière se singularise à nouveau, ce qui a conduit M. Pierre Nazario à relever que « *nous avons une petite procédure douanière bien à nous qui est semée de chausse-trappes et de déchéances à tous les coins, si bien qu'il est assez difficile de s'inscrire en faux d'une manière efficace contre les procès-verbaux de douane* »[63]. Celui qui entend ainsi user de cette voie de droit doit le faire au plus tard à l'audience indiquée par la sommation de comparaître devant le tribunal qui doit connaître de l'infraction. Cette exigence est appliquée strictement et a par exemple conduit à rejeter une demande introduite non à la date indiquée par la sommation, mais ultérieurement, à l'audience à laquelle l'affaire avait été renvoyée par suite de la non-comparution du prévenu[64]. De plus, l'inscription de faux en matière douanière doit être faite par le prévenu en

[59] Cass. crim 4 fév. 1941; *Bull. crim*. n° 4; Cass. crim. 2 nov. 1945 ; *Bull. crim.* n° 102; Cass. crim 28 oct. 1948 ; *Bull. crim.* n° 246.
[60] Cass. crim. 6 juin 1977 ; *Bull. crim.* n° 202 ; *D*. 1977, IR, p. 393; Cass. crim. 5 nov. 1979 ; *Bull. crim.* n° 303 ; *Gaz. Pal*. 1980, 2, p. 440; Cass. crim. 17 janv. 1968 ; *Bull. crim.* n° 15 ; *D*. 1968, somm. p. 65.
[61] Cass. crim. 10 juillet 1996 ; *Juris-Data* n° 003480.
[62] Cass. crim. 10 nov. 1987 ; *Bull. crim.* n° 396, *D.* 1988, IR p. 13, déclarant irrecevable l'exception de faux invoquée devant une chambre d'accusation au cours de l'enquête préliminaire et de l'information. Il en va de même des demande faites pour la première fois en cause d'appel et non pas devant les premiers juges avant toute défense au fond : Cass. crim. 6 mars 1989 ; *Bull. crim.* n° 102.
[63] P. Nazario, *Les infractions douanières*, préc., p. 9 s.
[64] Cass. crim. 7 mars 1996 ; *Bull. crim.* n° 108.

personne ou, élément singulier, « par un fondé de pouvoir spécial passé devant notaire »[65], ce qui exclut l'avocat du prévenu devant la juridiction qui serait dépourvu de ce mandat spécial passé devant notaire[66].

Par preuve contraire, nous entendons tout moyen pour une personne mise en cause de démontrer son innocence. Le moyen qui vient immédiatement à l'esprit est bien sûr de démontrer l'inexactitude des constations relevées dans le procès-verbal, mais cette preuve contraire peut également résulter de la contestation du caractère infractionnel des faits constatés. En la matière, les moyens d'exonération que connaît notre droit pénal peuvent bien sûr s'appliquer aux infractions relevées par des procès-verbaux.

### 2. La preuve contraire par l'utilisation de moyens d'exonération

Le droit pénal général comporte certaines causes d'exonération de la responsabilité qui retirent le caractère infractionnel des faits. S'il apparaît particulièrement délicat de lutter contre la force probante renforcée de certains procès-verbaux, il pourrait apparaître plus aisé d'user des moyens d'exonération pour anéantir tout risque de condamnation. En effet, il s'agira ici non plus de rapporter la preuve contraire aux constatations contenues dans un procès-verbal, mais de rapporter la preuve contraire au caractère infractionnel des faits relevés. Sans s'attarder sur la totalité des causes de non imputabilité et des faits justificatifs, qui ne se prêtent pas tous à la matière qui nous occupe, nous noterons que certaines peuvent apparaître attrayantes pour s'exonérer de constatations incontestables contenues dans des procès-verbaux. Après avoir écarté la classique erreur sur le droit, et le commandement de l'autorité légitime, nous nous intéresserons de manière plus approfondie à la possibilité de recourir à la théorie de la contrainte.

L'erreur sur le droit était traditionnellement écartée de notre législation pénale[67] jusqu'à la réforme de Code pénal de 1992 qui a introduit une disposition selon laquelle « *n'est pas pénalement responsable la personne qui justifie avoir cru, par une erreur sur le droit*

[65] Art. 339 al.1 *C. douanes*.
[66] Cass. crim. 21 janv. 1985 ; *Bull. crim.* n° 31.
[67] La législation antérieure au Code pénal de 1992 s'appuyait sur l'adage « *nul n'est censé ignorer la loi* » que la jurisprudence appliquait strictement (V. par ex. Cass. crim. 4 mars 1986 ; *Bull. crim.* n° 87 : « *l'ignorance de la loi ne saurait être une cause de justification* »).Une seule disposition issue d'un décret loi 5 nov. 1870 permettait d'accueillir l'exception d'ignorance de la loi lorsque l'infraction reprochée avait été commise dans les trois jours de la publication du texte d'incrimination. Ce texte a été abrogé en 2004.

*qu'elle n'était pas en mesure d'éviter, pouvoir légitimement accomplir l'acte* »[68]. A la lecture de cet article, il semblerait que la preuve contraire à la culpabilité puisse résulter de la preuve de cette erreur sur le droit. Mais en la matière, la voie de l'impunité demeure très étroite[69]. Si elle souhaite utiliser cette voie de droit, la personne mise en cause devra démontrer que l'erreur était inévitable, insurmontable et invincible. Il en est ainsi par exemple lorsque le texte fondement de l'incrimination n'a pas été publié ou lorsque les informations fournies par les autorités administratives sont erronées. Depuis l'entrée en vigueur de ces nouvelles dispositions, l'erreur de droit n'a été qu'exceptionnellement admise. Nous pouvons citer le cas d'un gérant de société poursuivi pour infraction à la durée du travail de ses salariés et qui a présenté en moyen de preuve contraire les clauses d'un accord professionnel élaboré sous l'égide d'un médiateur désigné par le gouvernement. Les juges ont dans ces circonstances admis que le prévenu n'avait pu penser que ces prescriptions étaient moins favorables que les prescriptions légales et étaient par conséquent illégales[70]. La jurisprudence considère qu'il ne saurait y avoir d'erreur invincible sans que celui qui l'invoque ait pris soin de s'informer auprès de l'autorité publique compétente[71]. Cette information peut provenir d'un maire, de l'autorité préfectorale, d'un juge[72], de l'inspection du travail…

L'utilisation de l'erreur sur le droit comme moyen de preuve contraire afin de s'exonérer de sa responsabilité semble pour le moins limitée. Nous allons nous arrêter maintenant brièvement sur un autre fait justificatif, le commandement de l'autorité légitime.

L'utilisation du commandement de l'autorité légitime pour lutter contre les constatations d'un procès-verbal ne peut rester qu'un cas d'école. Il s'agirait en effet par exemple du cas d'un automobiliste qui franchirait un feu rouge sur instruction d'un agent de la force publique et qui serait verbalisé pour cette infraction. Aucune jurisprudence n'a été trouvée sur le sujet et l'on peut raisonnablement penser que les agents de la force publique qui donnent des instructions de ce type ne participent pas à la mise en place d'un guet-apens visant la répression d'infractions provoquées.

---

[68] Art. 122-3 *C. pén.*

[69] F. Debove, F. Falletti, et Th. Janville, préc., p. 183 s. ; H. W. Renout, *Droit pénal général* ; Paris, CPU, 2001, p. 234 s.

[70] Cass. crim. 24 nov. 1998, pourvoi n° 97-85378, inédit.

[71] La jurisprudence écarte en effet les informations fournies par une personne privée et qui ont provoqué l'erreur de droit : Cass. crim. 11 oct. 1995 ; *Bull. crim.* n° 301 ; quand bien même cette personne privée serait un professionnel du droit : Cass. crim. 7 janv. 2004 ; *Dr. Pén*. 2004, comm. n° 49, obs. A. Véron.

[72] L'erreur sur la portée ou le sens d'une décision de justice peut être évitée par une requête en interprétation adressée à la juridiction de jugement : Cass. crim. 11 oct. 1995, préc.

La contrainte, cause subjective d'irresponsabilité[73], peut être analysée en un élément de preuve contraire en ce qu'elle a contraint l'auteur de l'infraction à commettre les faits par une suppression de son libre arbitre de sorte qu'il ne pouvait faire autrement que ce commettre cette infraction. Or, en vertu de l'article 122-2 du Code pénal, « n'est pas pénalement responsable la personne qui a agi sous l'empire d'une force ou d'une contrainte à laquelle elle n'a pu résister ». Cette contrainte, autrement appelée « force majeure » anéantit les conséquences juridiques des constatations du procès-verbal et constitue en cela un moyen de preuve contraire qui peut sembler pertinent. Les conditions de mise en œuvre de la contrainte sont néanmoins très restrictives. A l'occasion d'un arrêt récent, la Cour de cassation a réaffirmé les conditions d'admission de la contrainte physique[74]. Dans cette espèce, une femme avait fait l'objet d'une verbalisation pour une contravention au stationnement gênant sur un emplacement réservé aux grands invalides. La juridiction de proximité appelée à juger l'affaire avait prononcé la relaxe en accueillant l'argumentation de la prévenue faisant valoir qu'elle était enceinte de huit mois et qu'elle avait été contrainte de s'arrêter à cet endroit en raison d'un malaise qui l'avait empêché de poursuivre sa route. Le juge, retenant les preuves produites pour justifier de son extrême fatigue avant la commission de l'infraction (à savoir une attestation de la commerçante chez qui elle se rendait), relevait même que la prévenue avait eu « une réaction de bon sens » qui avait permis d'éviter une perte de contrôle de son véhicule dont les conséquences auraient certainement été plus dommageables. La Cour de cassation, pour censurer cette décision, se réfère aux trois conditions de la contrainte physique posées par l'article 122-2 du Code pénal et qui tiennent à la survenance d'un événement imprévisible et insurmontable qui place l'auteur de l'infraction dans l'impossibilité absolue de se conformer à la loi. La haute juridiction souligne alors qu'en statuant ainsi, « *sans préciser en quoi la défaillance physique invoquée par la prévenue l'avait placée dans l'impossibilité de se conformer à la loi, la juridiction de proximité n'a pas justifié sa décision* ».

Faute pour la personne mise en cause de rapporter la preuve contraire aux affirmations du procès-verbal conformément à la loi, ou d'anéantir le caractère infractionnel des faits, il ne reste plus comme moyen de preuve contraire que de mettre en cause la validité de l'acte et par conséquent la substance même du procès-verbal fondement des poursuites.

---

[73] H. W. Renout, préc., p. 230 ; J. Pradel, *Droit pénal Général,* préc., n° 483 s. ; F. Desportes et F. Le Gunehec, *Droit pénal Général* ; Paris, Economica, coll. « Corpus Droit Privé », 6ème éd. 2009, n° 661 s.
[74] Cass. crim. 15 nov. 2006, pourvoi n°06-80087; *JCP* 2006, II, n° 10062, obs. J.-Y. Maréchal.

### B. La mise en cause de la validité de l'acte comme moyen de preuve contraire

Comme nous l'avons vu, la possibilité de rapporter sur le fond des éléments de preuve contraires aux procès-verbaux bénéficiant d'une présomption de vérité, sans être impossible, est relativement limitée. Ce constat nous conduit à nous interroger sur les possibilités d'utiliser la forme de ces actes de procédure comme une possibilité d'ouvrir un droit à la preuve contraire permettant d'anéantir leur contenu et donc les charges de l'accusation. Après nous être interrogé sur le formalisme de ces actes sur lequel repose la présomption de vérité (1), nous envisagerons leur mise en cause par la reconnaissance de leur irrégularité ou de leur nullité comme moyen efficace de preuve contraire face aux affirmations qu'ils renferment (2).

#### 1. Les conditions de validité des procès-verbaux

La foi particulière qui est faite aux affirmations contenues dans les procès-verbaux exige un certain nombre de garanties pour assurer leur authenticité et le respect des règles de procédure. Afin de dégager toute suspicion et d'accorder une confiance renforcée à ces actes, le législateur a entouré leur rédaction de certaines garanties (a) et a exigé la présence de mentions obligatoires permettant l'efficacité d'un contrôle par l'autorité judiciaire (b).

##### a. La rédaction des procès-verbaux

S'agissant de la rédaction d'un procès-verbal, il apparaît déjà surprenant que la loi ne fasse aucunement allusion au fait qu'il doit être rédigé en langue française. Néanmoins, le cas s'est déjà produit, et la Cour de cassation a reconnu depuis longtemps la substantialité de cette règle en sanctionnant par la nullité un procès-verbal rédigé en italien par un garde champêtre d'une commune de Corse[75]. Seules des contraintes liées à la coopération judiciaire internationale peuvent déroger à cette règle si cela est prévu par des conventions. C'est le cas par exemple de la Convention européenne pour la répression des infractions routières qui

[75] Cass. crim. 15 janv. 1875 ; *D*. 1875, 1, p.287 ; *DP* 1875, 1, p. 240 : *« La nullité qui s'attache aux actes rédigés en langue étrangère est un principe essentiel de droit public. [ ...] Par suite, la contravention constatée par procès-verbal rédigé en langue étrangère ne peut plus, à défaut de preuve par témoin, être établie que par l'aveu de l'inculpé ».*

prévoit que les procès-verbaux dressés par les autorités de l'Etat sur lequel s'est déroulée l'infraction ont, dans l'Etat de résidence, la même valeur juridique que s'ils avaient été dressés par les autorités de cet Etat[76].

La loi ne donne pas non plus d'éclairage particulier sur le style à employer dans la rédaction des procès-verbaux. Pour avoir quelques indications, il faut se reporter à la pratique professionnelle et quelques actes réglementaires comme par exemple le décret portant règlement et organisation sur le service de la gendarmerie qui indique que « *La rédaction des procès-verbaux doit être claire, précise, et offrir un exposé des faits dégagé de toute interprétation étrangère à leur but qui est d'éclairer la justice sans chercher à l'influencer* »[77]. Une circulaire du ministère de l'Intérieur à destination de la police nationale reprend ces mêmes exigences en ajoutant le respect de la syntaxe, de l'orthographe et de la ponctuation[78]. Il ressort également de ces textes que les procès-verbaux doivent être rédigés au présent de l'indicatif et que le rédacteur doit se méfier et ne pas utiliser des termes d'argot policier[79]. Ces règles n'ont néanmoins jamais donné lieu à une annulation d'un acte de procédure.

Un certain nombre de règles pratiques sont dictées par la logique et l'objectif d'efficacité de ces actes de procédure. Il est ainsi conseillé de les dactylographier afin de faciliter leur lecture. Il est demandé de rédiger les avis de contravention sur carte-lettre à l'aide d'un stylo à bille permettant de bien marquer la souche[80].

La loi dispose également que les procès-verbaux d'audition et d'interrogatoire établis par le juge d'instruction « *ne peuvent comporter aucun interligne », et que « les ratures et les renvois sont approuvés par le juge d'instruction, le greffier et le témoin, et, s'il y a lieu, par l'interprète. A défaut d'approbation, ces ratures et ces renvois sont non avenus* »[81]. Ce texte

---

[76] Art. 7 de la Convention européenne pour la répression des infractions routières ouverte à la ratification le 30 nov. 1964 (STE n° 52), *JO*. 27 sept. 1972, p. 10031. Il est également à noter que la Commission européenne a adopté le 19 mars 2008 une proposition de directive visant à faciliter la poursuite transfrontalière des infractions au Code de la route en proposant de mettre en place un réseau européen d'échange de données électroniques permettant ainsi d'envoyer des avis de contravention à l'étranger s'agissant des infraction d'excès de vitesse, de conduite en état alcoolique, de non-port de la ceinture de sécurité et de franchissement de feux rouges : *Dr. Pén*. mai 2008, alertes n° 29, p. 4.

[77] Art. 293 al. 2 du décret du 20 mai 1903.

[78] H. Masopoulou, préc., n° 961.

[79] Il faut dès lors éviter les « tonton », « braquage », « lièvre » ou autres « zonzons » (informateur, vol à main armée, porteur de la rançon et écoutes téléphoniques) : V. H. Vlamynck, *Droit de la police* ; Paris, Vuibert, coll. « Dyna'sup droit », 2007, n° 1006.

[80] Nous pouvons relever pour l'anecdote l'arrêt de la CA de Douai du 3 juin 1986 annulant dix huit procès verbaux d'infraction au stationnement payant sur le motif, entre autres, qu'ils étaient rédigés au crayon de papier, « *en une écriture plus ou moins effacée ou illisible* » : *Gaz. pal.* 1986, 2, p. 589.

[81] Art. 107 et 121 *C. proc. pén*.

s'applique aux procès-verbaux établis par le juge d'instruction[82], mais une jurisprudence très ancienne a étendu ces dispositions « *à tous les actes de la procédure criminelle* »[83] et *« aux surcharges qui altèrent la foi due aux écritures authentiques* »[84]. Il semble dès lors que ces règles soient applicables à tous les procès-verbaux, ce qui apparaît souhaitable afin de préserver la procédure de toute suspicion de fraude entachant la présomption de vérité attachée à ces actes et s'assurant que, *a postériori*, rien ne pourra être ajouté au procès-verbal[85]. En ce sens, nous pouvons citer l'exemple du procès-verbal dressé par un vérificateur des poids et mesures dont l'heure d'établissement avait été surchargée sans approbation[86]. Cette exigence de ne pas avoir de surcharges, ratures ou renvois non approuvés sur un procès-verbal mérite néanmoins d'être nuancée. En effet, la jurisprudence ne remet pas en cause la validité des procès-verbaux lorsque ces erreurs de forme n'entraînent pas d'erreur de fond[87] ou lorsqu'elles concernent des mentions non substantielles de l'acte[88].

Le formalisme des procès-verbaux fait l'objet de guides à l'usage des agents verbalisateurs afin d'éviter au maximum les erreurs de rédaction. Par ailleurs, les principaux services de police judiciaire ont mis au point des logiciels spécifiques de rédaction de procédures assistée par ordinateur[89] qui rendent quasiment impossibles les omissions de mentions obligatoires ou les contradictions de mentions.

---

[82] Et par conséquent aux officiers de police judiciaire agissants sur commission rogatoire.
[83] Cass. crim. 9 juin 1898 ; *Bull. crim.* n° 213.
[84] Cass. crim. 12 nov. 1964 ; *Bull. crim.* n° 295 ; Cass. crim. 3 janv. 1991 ; *Bull. crim.* n° 1.
[85] A. Decocq, J. Montreuil, J. Buisson, préc., n° 1423. La pratique nous montre que les « blancs » tels que ceux de bout de ligne ou ceux situés entre les paragraphes sont traditionnellement annulés au moyen de traits d'unions. Par ailleurs, les mots rajoutés en marge doivent être numérotés, approuvés et paraphés par le rédacteur et le déclarant.
[86] Cass. crim. 23 avril 1887 ; *Bull. crim.* n° 156, faisant application à l'époque des mêmes dispositions contenues à l'art. 78 du *C. instr. crim*.
[87] Il en est ainsi de la surcharge non approuvée portant sur un chiffre de la plaque d'immatriculation d'un véhicule en excès de vitesse dès lors que l'examen de la photographie permet de s'assurer de l'immatriculation exacte : Cass. crim. 26 fév. 2002 ; Légifrance, n° 01-80597. Dans cette espèce, le numéro 75 correspondant au département avait été porté par erreur sur le procès verbal dactylographié et avait été rectifié à la main en remplaçant le 5 par le 1, et la photographie a permis au juge de confirmer qu'il s'agissait bien d'une immatriculation 71.
[88] V. par ex. Cass. crim 2 déc. 1992, pourvoi n° 92-82884 : Dans un procès-verbal d'excès de vitesse, les mots « Mesta 206 » avaient été biffés et remplacés par les mots « Mesta 208 » dans la mention pré-imprimée relative au type d'appareil utilisé. Le juge a considéré que la mention du type d'appareil utilisé n'était pas substantielle.
[89] Citons pour exemple l'ancien L.R.P (logiciel de rédaction des procédures) mis en place par la police nationale en 1994 et remplacé progressivement à compter de 2008 par une nouvelle version appelée Ardoise. Ces logiciels proposent des formules normalisées de procès-verbaux et guident l'agent dans la rédaction suivant le type de procès-verbal choisi. La dernière version propose également enfin un traitement de texte performant. La mise en place du logiciel Ardoise ne s'est néanmoins pas faite sans contestation, en particulier sur les fichiers de données concernant des informations personnelles des auteurs. Son expérimentation a d'ailleurs été suspendue le 22 avril 2008 pour cause de discrimination (communiqué du Ministre de l'intérieur du 15 avril 2008 ; *Dr. pénal*, Juin 2008, p. 5).

La rédaction des procès-verbaux est également régie par certains délais. Ils sont réputés dressés « sur le champ », c'est-à-dire dans le même trait de temps que les actes qu'ils relatent. Cette règle est qualifiée par certains auteurs de « principe de la concomitance action-rédaction ». Bien que requis par plusieurs textes du Code de procédure pénale[90], ce principe se heurte à quelques difficultés, en particulier celles que rencontre l'agent qui effectue des constatations ou des opérations sur la voie publique. Toute la difficulté vient de l'interprétation de la locution « sur-le-champ ». Un certain nombre de contrevenants ont alors fait valoir leur point de vue selon lequel les procès-verbaux devaient être rédigés « sur le théâtre même où il se débat quelque chose ». La chambre criminelle ne reprend pas à son compte cette définition restrictive et n'a pas voulu sombrer dans le débat de grammairiens dans lequel les plaideurs voulaient l'entraîner. Elle affirme simplement que cette disposition doit s'analyser « au regard des droits de la défense et du respect du secret professionnel »[91].

Afin de pallier cette difficulté, il a été instauré la tenue d'un « carnet de déclarations »[92]. Cet outil permet aux enquêteurs de consigner « sur les lieux », des constatations ou des déclarations. Les agents peuvent alors recueillir la signature de personnes reconnaissant par exemple une infraction ou d'une personne la contestant, ainsi que leurs déclarations. Les agents peuvent ensuite transcrire les éléments rédigés dans leur carnet de déclarations sur un procès-verbal. Lorsque la signature d'un tiers est nécessaire, l'enquêteur mentionne alors au procès-verbal que la personne a signé au carnet de déclarations en indiquant le numéro de page, recto ou verso, où apparaît cette signature, ceci afin qu'un contrôle de l'objectivité de la transcription soit possible par la voie hiérarchique ou par l'autorité judiciaire.

Après leur rédaction, les procès-verbaux doivent être transmis au procureur de la République ou à l'officier du ministère public territorialement compétent. Les officiers de police judiciaire ont l'obligation de transmettre l'original ainsi qu'une copie conforme des procès-verbaux qu'ils ont dressés[93]. Les procès-verbaux dressés par les agents et agents adjoints de police judiciaire sont généralement transmis sous couvert de leur chef

---

[90] La matière douanière prévoit également que les procès-verbaux sont rédigés « immédiatement » (Art. 324 *C. Douanes*) ou dans le plus court délai en matière de concurrence (Art. 31 D. du 29 déc. 1986 fixant les conditions d'apllication de l'ord. du 1er déc. 1986 relative à la liberté des prix).

[91] Cass. crim. 7 juil. 1963 ; *Bull. crim.* n° 194.

[92] Art. 65 al. 2 *C. proc. pén*. (Art. C.65 de la circulaire générale d'application du 1er mars 1993) et art. 136 du décret du 20 mai 1903 sur la gendarmerie étendu à la police nationale par décret du 21 oct. 1983.

[93] Art. 19 *C. proc. pén*. Il est aussi habituel qu'un exemplaire ou une copie soit conservé aux archives du service dans lequel a été dressé le procès-verbal. Certaines dispositions imposent également la transmission d'un exemplaire de l'acte au Préfet, par exemple en matière d'infractions au *Code de la route* lorsqu'elle entraine un retrait de points.

hiérarchique. Cette transmission au procureur de la République doit respecter un bref délai. Quelques textes, de moins en moins nombreux, imposent un délai fixe dans lequel les procès-verbaux doivent être adressés au parquet[94].

En matière de délais, notre droit connaissait encore il y a peu la procédure d'affirmation des procès-verbaux, réminiscence des temps où les agents étaient illettrés et devaient faire part de leurs constatations devant un officier supérieur. Dans certaines matières, cette procédure imposait au rédacteur d'un procès-verbal de confirmer oralement, sous serment et dans des délais stricts, l'exactitude de ses constatations devant un magistrat ou un maire. Ces dispositions ont été régulièrement abrogées depuis quelques décennies[95] et la suppression générale de la procédure d'affirmation en matière pénale a été réalisée par une ordonnance du 18 décembre 2003[96].

On peut également signaler que dans certaines matières spéciales, un exemplaire des procès-verbaux de constatation doit être remis au contrevenant. Il s'agit par exemple des infractions relatives à la durée du travail[97].

La présomption de vérité conférée à certains procès-verbaux est donc conditionnée par le respect strict de certaines formes. La loi prévoit également des mentions obligatoires en l'absence desquelles cet acte de procédure peut perdre son efficacité.

### b. Les mentions obligatoires

Une ordonnance de 1669 sur les eaux et forêts rappelait déjà que tout procès-verbal doit contenir la date du jour, du mois, de l'année, et de l'heure, que l'agent qui instrumente doit y énoncer ses nom, surnom, âge, qualité, demeure, son installation, qu'il doit également désigner le lieu de sa réception et de sa prestation de serment, les circonstances de son intervention et ses constatations.

---

[94] Citons pour exemple le cas des procès-verbaux d'infractions en matière de défense de la langue française qui doivent être transmis au procureur de la République dans un délai de cinq jours suivant leur clôture (art.18 de la loi du 4 août 1994 relative à l'emploi de la langue française), ou bien encore le cas des gardes champêtres qui doivent transmettre leurs procès-verbaux au procureur dans un délai de cinq jours y compris celui de l'établissement (art. 27 *C. proc. pén*.) ou bien encore les procès-verbaux dressés par les gardes particuliers assermentés qui doivent être transmis au plus tard dans les trois jours y compris celui de la constatation des faits (art. 29 *C. proc. pén*.).

[95] V. par ex la purge des Codes forestier et rural : Loi du 29 juin 1984 qui a abrogé les art. 387 et 460 du *C. rur*. en matière de pêche et de chasse et la loi du 9 juil. 2001qui a retiré cette disposition de l'art. L. 231-1 *C. for*. concernant les délits et contraventions commis dans les bois et ne relevant pas du régime forestier.

[96] Ordonnance n° 2003-1216 du 18 décembre 2003, *JORF* 294 du 20 décembre 2003.

[97] Art. L.8113-7 al. 3 *C. trav*.

La matière n'a pas beaucoup évolué sur les mentions nécessaires à la validité des procès-verbaux. Pour être réguliers en la forme, les procès-verbaux doivent revêtir un certain nombre de mentions dont les principales sont la date, la qualité de l'auteur et sa signature.

En premier lieu, le procès-verbal doit porter la date de son établissement. Il s'agira non seulement du jour, mais aussi de l'heure. On comprendra bien évidemment l'importance d'une telle mention au regard des règles de prescription mais également afin de vérifier que les conditions de l'enquête de flagrance sont réunies ou bien encore pour contrôler que les heures légales ont été respectées lors de l'accomplissement de certains actes comme les perquisitions[98]. La mention de l'heure de la constatation est également essentielle pour permettre au contrevenant d'apporter des éléments de preuve contraire aussi précis que possible, par exemple sur l'existence d'un cas de force majeure ou de l'impossibilité matérielle de réalisation de l'infraction à cet instant précis. Il est à noter que l'obligation de faire enregistrer les procès-verbaux pour leur donner date certaine a disparu avec le Code des impôts de 1950 qui n'a pas repris cette exigence[99]. Lorsqu'il s'agit d'un procès-verbal de constatation d'infraction, il doit comporter la date et le lieu de commission de l'infraction. Néanmoins, une erreur sur ces mentions n'enlève pas sa valeur probante au procès-verbal[100] et peut même être rectifiée à l'audience[101].

En deuxième lieu, le procès-verbal doit mentionner le nom et le prénom usuel de l'agent qui a personnellement instrumenté, l'indication de son exacte qualité au regard du Code de procédure pénale[102] ainsi que le service auquel il appartient. L'intérêt de ces informations est double. Elles permettront tout d'abord de déterminer si l'agent a agit dans son ressort de compétence aussi bien matérielle que territoriale et donc de s'assurer que le document rédigé vaut procès-verbal régulier. Elles permettront dans un second temps de déterminer si les constatations ont été personnellement opérées par l'agent puisque c'est dans ce seul cas que le procès-verbal est revêtu d'une force probante renforcée.

---

[98] La date s'entend alors de l'heure de début et de l'heure de fin de cette opération.
[99] Cass. crim. 3 juil. 1952 ; *JCP* 1953, II, 7358.
[100] Cass. crim. 5 sept. 2001 ; *Jurisp. auto*. nov. 2001, p. 487. Cette décision est rappelée dans les éléments fournis par l'Ecole nationale supérieure de police à destination des Officiers du ministère public.
[101] Il en est ainsi du lieu de commission de l'infraction avec le témoignage à la barre du tribunal de l'agent verbalisateur : V. Cass. crim. 3 avril 1997, pourvoi n° 96-82574 dans le cas d'une erreur sur le lieu d'implantation d'un panneau « STOP ». Il faut néanmoins relever que le témoignage de l'agent verbalisateur à l'audience est un phénomène particulièrement rare et que sans cet élément les juges relèveront naturellement la nullité et que la simple contestation fondée sur cette erreur conduira le plus souvent le parquet classer sans suite l'infraction relevée.
[102] Art. D. 9 et D. 10 *C. proc. pén*.

S'agissant du premier point, l'agent ne peut en effet accomplir que les actes que la loi lui a expressément délégués et uniquement dans le ressort où il est attaché ou sur le territoire pour lequel il est assermenté. Cela permet de préciser si l'agent a bien agi dans l'exercice de ses fonctions[103]. Cette prescription peut se heurter néanmoins aux impératifs de sécurité liés à la participation de fonctionnaires affectés à des services qualifiés de « sensibles ». Un arrêté du ministre de l'Intérieur les protège contre la divulgation de leur identité en reconnaissant que leurs missions commandent qu'ils restent anonymes. Il s'agit des agents de la Direction centrale du renseignement intérieur (D.C.R.I.), de l'Unité de recherche, assistance, intervention, dissuasion (RAID), de l'Unité de coordination de la lute anti-terroriste (UCLAT), de l'Unité de coordination et de recherche antimafias (UCRAM), des groupes d'intervention de la police nationale (GIPN), des agents de la sous-direction des recherche des renseignements généraux, de ceux de la sous-direction chargés de la violence et du terrorisme ainsi que ceux relevant de la cellule des sectes, des agents de la division centrale de la police judiciaire chargés de la répression des atteintes à la sûreté de l'Etat et des menées subversives ; sont également concernés par ces dispositions les agents de la brigade de recherche et d'intervention de la préfecture de police de Paris (BRI), de la section anti-terroristes de la brigade criminelle de la préfecture de police de Paris et des fonctionnaires affectés au groupe de sécurité du Président de la République. Mais cet anonymat autorisé dans la rédaction des procès-verbaux versés au dossier ne peut en aucun cas être opposé aux magistrats chargés des poursuites ou de l'instruction qui doivent, à tout instant, pouvoir obtenir des informations complémentaires de la part des agents qui ont instrumenté.

Une autre exception touchant cette fois le quotidien des services amenés à constater des infractions est apparue récemment dans la jurisprudence. La Cour de cassation a en effet admis la validité d'un procès-verbal « simplifié » ne mentionnant que le numéro matricule de

[103] Les textes qui régissent l'exercice des fonctions de police et la jurisprudence ont une conception extensive de cette notion. Ainsi, un gendarme en uniforme mais au repos alors qu'il regagnait son unité au volant de son véhicule personnel a été considéré comme agissant dans l'exercice de ses fonctions en verbalisant un automobiliste pour une contravention au Code de la route ; la Cour de cassation relevant que le terme de « repos » consigné dans le procès-verbal est administratif et n'a pas pour conséquence de placer le militaire de la gendarmerie hors de l'exercice de ses fonction. La haute juridiction en déduit que « *Tout militaire de la gendarmerie est considéré comme étant en service et agissant dans l'exercice de ses fonctions dès l'instant où il accomplit en uniforme, soit de sa propre initiative, soit sur ordre de son autorité hiérarchique, un acte qui entre légalement dans ses attributions* » : Cass. crim. 12 oct. 1983 ; *Bull. crim.* n° 244 ; CNDS, rapport 2002, saisine 2001-24, J. Dray. Il est à noter que le non port de l'uniforme par les militaires de la gendarmerie, contrairement à l'obligation imposée par le décret du 20 mai 1903, ne saurait entraîner la nullité du procès-verbal : Cass. crim. 21 janv. 1998 ; *Bull. crim.* n° 31. V. également Cass. crim. 19 mai 1980 ; *Rev. sc. crim*. 1981, p. 373, obs. A. Vitu, au sujet d'une intervention analogue d'un inspecteur principal de police.

l'agent verbalisateur. Cette position a été réaffirmée dans un arrêt du 27 octobre 1999[104] dans lequel la Cour de cassation énonce que le numéro matricule de l'agent verbalisateur et la référence de son service permettent de connaître les nom et qualité du constatant et de vérifier le cas échéant ses pouvoirs, de provoquer ses observations en cas de contestation. La seule référence à ces mentions suffit ainsi à la validité du procès-verbal. Si cette interprétation est désormais de jurisprudence constante[105], elle ne semble s'appliquer qu'aux procès-verbaux de constatation d'infractions au Code de la route.

S'agissant du second point, il est de jurisprudence constante que la valeur probante renforcée ne concerne que les procès-verbaux par lesquels les agents ont personnellement constaté les infractions prévues par la loi[106]. La relation par procès-verbal d'une dénonciation ne pourrait alors valoir jusqu'à preuve contraire[107]. Ces dispositions ont également été utilisées lors de la constatation d'infractions par prise de clichés photographiques depuis des appareils de contrôle automatisés comme ceux utilisés en matière de contrôle de vitesse ou de franchissement de feux rouge. Le procès-verbal établi a posteriori par un agent peut néanmoins laisser un doute quant à la constatation personnelle de l'infraction. En matière de franchissement de feux rouge, un tribunal correctionnel avait écarté la preuve de la contravention rapportée par photographie en relevant que le procès-verbal n'avait pas de force probante renforcée en considérant que l'infraction n'avait pas été personnellement constatée par l'agent de police judiciaire, mais simplement relatée à partir de la photographie prise automatiquement. Le juge retrouvait alors le libre exercice de son intime conviction et avait rejeté cette preuve au motif que l'appareil en cause n'était soumis à aucun contrôle d'un organisme agréé et que la photo ne permettait pas de s'assurer que la contravention avait été effectivement commise. Cette argumentation a été en tous points confirmée par la Cour de cassation qui relève que « *dès lors que le procès-verbal, établi par un agent n'ayant pas lui-même constaté la contravention, s'il aurait pu, ses énonciations valant à titre de simples renseignements, fonder, à lui seul, la conviction du juge, était dépourvu de la force probante particulière attribuée par les articles 429 et 537 du Code de procédure pénale.* »[108]

En dernier lieu, le procès-verbal doit comporter la signature de l'agent rédacteur qui a agi « personnellement » afin d'authentifier l'acte de procédure et lui donner toute son autorité.

---

[104] Cass. crim. 27 oct. 1999 ; *Jurisp. Auto*. 2000, p. 75.
[105] Cass. crim. 21 fév. 2007, pourvoi n°06-86758 ; *Juris-Data* n° 2007-038048.
[106] Cass. crim. 4 nov. 1992 ; *Bull. crim.* n° 354.
[107] Cass. crim. 11 déc. 1978 ; *D*. 1979, IR, p. 271 ; Cass. crim. 28 oct. 1991 ; *Bull. crim.* n° 379 ; Cass. crim. 2 avr. 1997 ; *Juris-Data* n° 1997-002599.
[108] Cass. crim. 17 oct. 2001 ; *Procédures*, déc. 2001, p. 17.

Nous nous devons de préciser que seul le procès-verbal doit être signé. S'agissant de la « carte-lettre » par laquelle la plupart des infractions faisant l'objet de la procédure d'amende forfaitaire sont constatées, elle est composée de trois volets. Le premier est constitué par la carte de paiement, le deuxième par l'avis de contravention et le troisième par le procès-verbal proprement dit constitué par duplicata du deuxième volet. Les deux premiers volets sont laissés au contrevenant et seul le troisième est signé par l'agent verbalisateur et transmis aux services judiciaires. La signature donne à l'acte son caractère de « preuve judiciaire »[109]. La jurisprudence confirme cette exigence en déclarant irrégulier un procès-verbal ne portant pas la signature de l'agent qui a instrumenté[110]. Ce principe a donné lieu à contestation dans la mesure où plusieurs agents peuvent collaborer à la constatation de l'infraction. C'est par exemple le cas lorsqu'un agent met en œuvre un cinémomètre détectant la vitesse excessive d'un véhicule tandis qu'un autre agent, avisé par le premier, consigne les résultats de cette observation et les transmets à un troisième voire un quatrième agent chargé d'intercepter le contrevenant. La Cour de cassation a admis la validité d'un procès-verbal non signé par les agents chargés de l'interception simple du contrevenant et de sa conduite à un point fixe où il sera verbalisé. Ces agents n'ont alors qu'un rôle d' « exécutant passif »[111]. Il aurait dès lors été logique d'exiger la signature de l'opérateur du cinémomètre (qui constate réellement l'infraction), et celle de l'agent qui reçoit et consigne des indications et dresse la contravention. Certaines juridictions de premier ressort adoptent régulièrement cette analyse[112] mais sont systématiquement censurées par la Cour de cassation qui considère que ces deux agents ont « *personnellement participé à la constatation d'une contravention d'excès de vitesse, et doivent être considérés comme les rédacteurs communs du procès-verbal, même si un seul d'entre eux en est le signataire* »[113]. Cette position semble bien évidemment contestable puisque seul l'opérateur constate matériellement l'infraction avec les données fournies par le cinémomètre et identifie le véhicule en cause. Celui qui consigne ces données, et procède à la verbalisation, ne se base alors que sur les informations fournies par son collègue. Cette solution semble par conséquent plus fondée sur des considérations pratiques (difficulté pour un seul et même individu de procéder à l'ensemble de ces tâches et

[109] Faustin Hélie, préc., p. 343.
[110] CA Douai, 3 juin 1986 ; *Gaz*. 1986, 2, p. 589.
[111] Cass. crim. 5 juill. 1994 ; *JCP* 1994, IV, 2373. V. également Cass. crim. 9 nov. 1994 ; *Juris-Data* n° 1994-002791 ; *Dr. pén.* 1995, comm.. n° 40, note J.-H. Robert.
[112] V. par ex. T. pol. Paris, 7 mai 1996 ; *Gaz. pal*. 1998, somm. p. 637.
[113] Cass. crim. 8 juin 2006, pourvoi n° 06-81293 ; *Juris-Data* n° 2006-034231. Cette position est constante depuis un arrêt Cass. crim 2 mai 2002 ; *Bull. crim*. n° 97.

nécessité de contrôler un grand nombre de véhicules) que sur un raisonnement juridique cohérent. Le développement des constatations effectuées par des appareils de contrôle automatique pour les infractions relatives à la vitesse des véhicules, au respect des distances de sécurité, au franchissement d'une signalisation imposant l'arrêt, au non paiement des péages ou au non respect de l'affectation de certaines voies ou chaussées, a conduit à adopter des règles spéciales en la matière. Ainsi ces procès-verbaux ou avis de contravention peuvent être revêtus d'une signature numérisée afin de faciliter le traitement d'un contentieux de masse[114].

Cette formalité que constitue l'exigence de signature, est encore accentuée en matière d'enquête de flagrance puisque dans ce cas, les signatures doivent apparaître sur chaque feuillet du procès-verbal[115]. Il en va de même pour les procès-verbaux du juge d'instruction ainsi que ceux de l'officier de police judiciaire délégué par ce magistrat.

Le non respect des prescriptions tenant à la rédaction des procès-verbaux peut entacher de nullité ou d'irrégularité ces actes de procédure. La mise en cause de la validité de ces pièces peut dès lors apparaître comme un réel moyen de preuve contraire aux accusations qu'elles révèlent.

### 2. L'irrégularité et la requête en nullité comme moyens de preuve contraire

S'agissant de la matière des procès verbaux, les règles de mise en cause de leur valeur sont assez complexes et la nullité (a), sanction naturelle de la méconnaissance des règles imposées pour la réalisation des actes de procédure, est limitée, laissant la place à un autre moyen de remise en cause qui laisse subsister une certaine force aux constatations et éléments contenus dans les actes irréguliers (b).

#### a. Le recours en nullité, moyen absolu de preuve contraire

Tout le formalisme imposé aux rédacteurs de procès-verbaux serait inefficace si aucun régime sanctionnateur ne l'accompagnait. Or, à la lecture du Code de procédure pénale, on

[114] Art. 529-11 *C. proc. pén.* et L. 130-9 *C. route*
[115] Art. 66 *C. proc. pén*.

peut constater que la nullité, moyen naturel de mise en cause d'un acte irrégulier le privant de tout effet juridique, n'est prévue que pour l'omission de certaines mentions et prescriptions.

Nous ne reviendrons pas à ce stade sur la théorie des nullités de procédure[116], mais nous illustrerons l'application de cette théorie des nullités à la matière des procès verbaux.

Le premier constat réside dans le fait que les nullités textuelles de procès-verbaux sont particulièrement rares et concerne principalement ceux relatant les actes d'enquête et moins fréquemment les procès-verbaux de constatation d'infractions.

S'agissant des nullités de procès-verbaux relatant les actes d'enquête, on peut citer l'article 59 dernier alinéa du Code de procédure pénale qui prévoit la nullité des perquisitions opérées dans le cadre d'une enquête de flagrance, ou bien encore la nullité qui résulte de l'omission de la motivation du contrôle ou de la vérification d'identité qui doit apparaître dans le procès-verbal ainsi que les modalités de présentation de la personne devant l'officier de police judiciaire, le fait que cette dernière ait été informée de ses droits (par exemple par la remise du document d'explication réalisé par le ministère de l'Intérieur sur cette procédure), l'heure exacte de début et de fin de rétention, sa durée, la motivation de la prise d'empreintes ou de photographies, la signature de l'intéressé et la mention de la transmission au procureur de la République[117].

Concernant les cas de nullité textuelle de procès-verbaux de constatation d'infraction, ils sont très rares et sont issus de lois spéciales qui les prévoient expressément lorsque les procès-verbaux sont établis irrégulièrement. Ces nullités visent essentiellement la remise hors délai légal du procès-verbal au procureur de la République lorsqu'un tel délai est encore exigé. Nous pouvons citer également la nullité prévue en matière de contributions indirectes pour les procès-verbaux « *qui n'ont pas été rédigés par les seuls agents ayant pris une part personnelle et directe à la constatation des faits qui constituent l'infraction* »[118]. Ce type de nullité était encore encouru en cas de défaut d'affirmation dans le délai fixé pour cette formalité lorsqu'elle était encore prévue par les textes.

Le législateur s'en remet par conséquent à l'appréciation que portera le juge pour fonder la grande majorité des cas de nullités des procès-verbaux qui relèvent alors de la catégorie des nullités substantielles.

---

[116] V. supra, p. 210 s.
[117] Art. 78-3 al. 5, 6 et7 *C. proc. pén*.
[118] Art. L. 213 *LPF*

De par leur mode d'élaboration, il paraît difficile, voire impossible d'en dresser une liste exhaustive[119]. Nous pouvons citer comme exemple de nullités substantielles la non remise au contrevenant d'un exemplaire du procès-verbal de constatation en matière d'infraction à la durée du travail[120] ou bien encore l'absence d'une mention obligatoire telle que la date, le nom ou le numéro matricule de l'agent qui a instrumenté ainsi que sa signature. Un certain nombre de mentions sont également exigées pour la constatation d'infractions spécifiques. Leur absence ou la contradiction de mentions peuvent entraîner la nullité du procès-verbal. En matière d'infractions routières, l'indication du lieu exacte de la constatation est exigée[121]. La localisation géographique exacte peut ainsi résulter de l'indication du point kilométrique ou du numéro d'une voie, d'un numéro de lampadaire et de la dénomination de la voie[122]. Pour les excès de vitesse, sont également exigés l'identification du radar utilisé (marque et type)[123] ainsi que la mention de la dernière vérification permettant de s'assurer que le contrôle annuel réglementaire a bien été effectué. Il en va de même en matière de dépistage du taux d'alcoolémie cas dans lequel est exigée l'identification du matériel utilisé qui doit être conforme au type homologué[124].

Le caractère limitatif des nullités de procès-verbaux traduit l'objectif d'efficacité de l'enquête de police et va se retrouver également dans une relative difficulté de leur mise en œuvre, rendant plus déliquat l'exercice du droit à la preuve contraire.

La première limitation dans la mise en œuvre des nullités de procès-verbaux tient au fait qu'elles suivent le régime des exceptions de nullité et toute demande devra en conséquence être soulevée « *in limine litis* », c'est-à-dire avant toute défense au fond. Si tel n'était pas le cas, le demandeur serait alors forclos[125] et la demande irrecevable. L'exception de nullité d'un

---

[119] V. la critique de J. Pradel, *Procédure pénale*, préc., p. 735, n° 781.

[120] Cass. crim. 28 nov. 1995 ; *Bull. crim*. n° 362 : « *le manque ment aux prescriptions de l'art. L.611-10 constitue, par lui-même, une atteint aux droits de la défense entachant de nullité…* »

[121] Cass. crim. 4 avr. 2007 ; *Jurisp. auto* 2007, p. 515 ; Cass. crim. 12 sept. 2007, pourvoi n° 07-82897, inédit.

[122] Certains plaideurs ont été jusqu'à contester un procès verbal pour une faute d'orthographe dans le nom de rue ou une erreur de prénom du personnage ayant donné son nom à la voirie. Ces comportements excessifs ne peuvent à l'évidence aboutir sauf à ce que l'erreur commise puisse provoquer une confusion avec une autre localisation géographique existante.

[123] Cette mention permet de vérifier que l'utilisation du radar était conforme aux spécifications techniques du matériel qui diffèrent beaucoup d'un matériel à l'autre et permet également de s'assurer de l'homologation de l'appareil obligatoire en application du décret du 3 mai 2001 relatif au contrôle des instruments de mesure. L'absence d'identification de l'appareil ou la présence de mentions trop imprécises ou contradictoires conduisent à la nullité du procès-verbal de constatation : CA Bordeaux 21 mars 1985 ; *Gaz. pal*. 1985, I, p. 390 ; CA Grenoble 25 mars 2005.

[124] Art. R. 234-2 *C. route ;* Décret n° 85-1519 du 31 décembre 1985 réglementant la catégorie d'instruments destinés à mesurer la concentration d'alcool dans l'air expiré.

[125] Art. 385 dernier al. *C. proc. pén*.

procès-verbal d'infraction au stationnement qui serait développée après des demandes d'audition de l'agent verbalisateur, une demande de transport sur les lieux, la présentation de clichés photographiques… s'analyse dès lors comme une demande en nullité présentée après un débat au fond et par conséquent irrecevable[126]. De même, l'exception de nullité d'un procès-verbal qui serait soulevée pour la première fois en cause d'appel est irrecevable.

La juridiction, saisie d'une exception de nullité se doit alors d'y répondre puisqu'elle constitue un système de défense[127]. La juridiction qui ne répondrait pas aux conclusions, visées par le greffier et déposées avant tout débat au fond, excipant de la nullité d'un procès-verbal encourrait la cassation quand bien même elle constaterait que les faits reprochés sont suffisamment établis[128].

Lorsqu'une instruction préparatoire est ouverte, la restriction est encore plus flagrante. Une première réforme a été introduite par une loi du 4 janvier 1993 disposant que l'arrêt de renvoi de la chambre d'accusation purge la phase d'instruction de tout vice de procédure. Ainsi, tout moyen de nullité de forme devait être invoqué avant la clôture de l'instruction sous peine d'irrecevabilité. Cette règle a été encore durcie par l'instauration d'une « purge régulière » des nullités. Tout d'abord, la loi du 24 août 1993 instituait un délai de vingt jours à compter de l'envoi par le juge d'instruction de l'avis de fin d'information, pour formuler une requête en nullité[129]. Mais afin de faire échec à des manœuvres tendant à retarder au maximum le prononcé de la nullité d'actes et d'entrainer par voie de conséquence la nullité d'une procédure, le législateur a encadré le dépôt des requêtes en nullité au cours de l'instruction préparatoire par la loi du 15 juin 2000. Ainsi, en vertu de l'article 173-1 du Code de procédure pénale, « *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 dans un délai de six mois à compter de sa mise en examen* ». Afin de terminer la construction de ce système de « purge régulière », une loi du 4 mars 2002[130] a étendu l'article 173-1 « *aux moyens pris de la nullité des actes accomplis avant chacun des interrogatoires ultérieurs* ». A compter de chaque interrogatoire, la personne mise en examen ainsi que le

[126] Cass. crim. 30 sept. 2008, pourvoi n° 08-81601, inédit ; V. également Cass. crim. 20 nov. 2001 ; *Bull. crim*. n° 241.
[127] Art. 593 *C. proc. pén*.
[128] Cass. crim. 12 sept. 2007, pourvoi n° 07-82897, inédit.
[129] Ancien art. 175 *C. proc. pén*.
[130] V. sur le sujet C. Guéry, « Un toilettage progressif et personnalisé : les nullités de l'instruction après l'entrée en vigueur de la loi du 4 mars 2002 » ; *Dr. pén*. 2002, p. 4-7.

témoin assisté[131] et la partie civile, disposent d'un délai de six mois pour relever la nullité de tous les actes accomplis depuis le précédent interrogatoire ou la précédente audition.

Le recours en nullité, par la limitation de son étendue, voit sa portée relativisée face à un procès-verbal constitué en contradiction avec les règles édictées. En effet, la juridiction saisie, tout en constatant l'irrégularité de l'acte de procédure va pouvoir l'utiliser pour entrer en voie de condamnation.

### b. L'irrégularité, moyen relatif de preuve contraire

L'irrégularité est une notion à bien différencier de la nullité. Nous avons vu qu'un procès-verbal irrégulier pouvait ne pas être nul. En effet, un certain nombre de mentions et formalités sont prescrites par la loi afin que l'acte de procédure soit régulier en la forme et que la réalité de son contenu ne puisse pas prêter à discussion. Mais seules certaines de ces mentions ou formalités, finalement très peu, sont sanctionnées judiciairement par la nullité. On peut alors se poser la question du devenir d'un procès-verbal dont une mention obligatoire a été omise, mais dont l'irrégularité ne constitue pas une cause de nullité.

Irrégularité et nullité sont bien deux notions distinctes. L'article 429 du Code de procédure pénale rattache la valeur probante du procès-verbal à sa conformité aux exigences de forme imposées par la loi. Seule l'omission de mentions prescrites à peine de nullité peut anéantir le procès-verbal avec les conséquences que cela peut avoir sur le reste de la procédure. La seule irrégularité du procès-verbal va lui retirer la force probante spéciale dont la loi l'avait investie. En conséquence, les procès-verbaux faisant foi jusqu'à preuve contraire ou jusqu'à inscription de faux déclarés irréguliers vont retrouver la force probante de droit commun et seront conservés dans les débats à titre de simples renseignements. Le juge répressif pourra encore utiliser les constatations ou éléments contenus dans ces actes pour fonder une décision de culpabilité, mais les dénégations ou le contenu des débats pourront conduire le juge à écarter les constatations pour prononcer la relaxe du prévenu.

Cette solution a été affirmée par un arrêt de la Cour de cassation du 5 novembre 1996[132]. Dans cette espèce, un fonctionnaire de police s'était lancé à la poursuite d'un

[131] Ces dispositions ont été étendues au témoin assisté par la loi du 9 mars 2004 : art. 173-1 al. 2 *C. proc. pén*.
[132] Cass. crim. 5 nov. 1996, n° 96-80.151 ; *Dr. Pén*. mai 1997, chr. n° 14, note Lesclous et Marsat. V. également en matière de contributions indirectes : Cass. crim. 28 oct. 1991 ; *Bull. crim*. n° 379. Dans cette espèce un procès verbal 14 agents ont concouru à la rédaction d'un procès-verbal de constations qui n'a été signé que par trois

véhicule en infraction à diverses dispositions du Code la route (non respect d'un couloir de circulation réservé, non respect des signaux d'arrêt). Après avoir lancé un appel radio, c'est une autre patrouille qui procédait à l'interception du contrevenant et dressait un procès-verbal relevant les infractions constatées par leurs collègues. En sus, le contrevenant était soumis à un contrôle d'alcoolémie qui se révéla positif. Le procès-verbal fut bien évidemment contesté en ce que les agents verbalisateurs n'avaient pas personnellement constaté les infractions relevées, et que, partant de là, le procès-verbal de constatation était nul et que cette nullité entraînait celle du contrôle d'alcoolémie qui se trouvait privé de cause légale. Après avoir obtenu gain de cause en première instance, la cour d'appel a infirmé la décision des premiers juges en estimant que les fonctionnaires avaient agi « sur une matière de leur compétence » et qu'ils avaient relevé « ce que leurs collègues avaient constaté en agissant dans l'exercice de leurs fonctions et ce qu'ils avaient eux-mêmes vu et constaté lors de l'interpellation du prévenu ». La Cour de cassation a rejeté le pourvoi du prévenu, mais en ne reprenant pas complètement l'argumentation de la cour d'appel. En effet, la haute juridiction va relever que les agents sont intervenus sur des contraventions qu'ils n'avaient pas eux-mêmes constatées, mais que cela n'avait pour conséquence que de priver le procès-verbal de la force probante renforcée prévue en matière de contraventions par l'article 537 du Code de procédure pénale. La Cour en déduit que les constatations de ce procès-verbal irrégulier valent tout de même « à titre de simples renseignements et peuvent suffirent à fonder à elles seules la conviction des juges » qui non seulement peuvent, mais doivent examiner les éléments concernés.

A la lecture de cette jurisprudence, on peut légitimement se demander ce que seraient les conséquences de l'irrégularité d'un procès-verbal ne valant déjà qu'à titre de simple renseignement. La Cour de cassation à répondu à cette interrogation en fondant sur le principe de la liberté de la preuve l'absence pure et simple de conséquences de l'irrégularité formelle des procès-verbaux ayant valeur de simples renseignements[133]. Certes, l'application de cette règle pourrait paraître choquante à première vue étant donné qu'elle revient à autoriser le juge à fonder une décision de culpabilité sur un acte de procédure déclaré irrégulier, c'est-à-dire un acte dont le formalisme, prescrit dans le but d'assurer son authenticité, n'a pas été respecté. Mais l'omission de certaines mentions, qui ne porte pas atteinte aux droits des parties, ne vaut pas la sanction radicale que constitue la nullité. L'impératif d'efficacité contraint le législateur

---

d'entre eux. La Cour relève que les constations faites par les agents non signataires ne valaient alors qu'à titre de simples renseignements.

[133] Cass. crim. 18 mars 1993, n° H 92-86.187.

et les juridictions à ne pas systématiquement sanctionner les atteintes portées au formalisme procédural.

Cette dernière remarque nous conduit à évoquer l'éventualité de la simple erreur matérielle dans la rédaction du procès-verbal. Cette erreur matérielle peut se définir comme une « inexactitude qui se glisse par inadvertance dans l'exécution d'une opération ou dans la rédaction d'un acte et qui appelle une simple rectification Ŕ sans nouvelle contestation Ŕ à partir des données en général évidentes qui permettent de redresser l'erreur ou de réparer l'omission»[134]. En matière de procès-verbaux, l'erreur matérielle consisterait donc en une mention qui ne correspondrait pas à la réalité des faits et qui serait due à l'inadvertance ou à l'étourderie du rédacteur[135]. La Cour de cassation a depuis longtemps validé la rectification des erreurs purement matérielles dans les actes judiciaires[136]. Prenons par exemple la rectification de la date des faits erronée dans un réquisitoire supplétif[137], ou encore la rectification d'une erreur dans le calcul arithmétique des dommages et intérêts indiqués dans un jugement[138]. La Cour de cassation semble transposer cette jurisprudence en matière de procès-verbaux en faisant néanmoins la distinction entre les erreurs matérielles qui peuvent être rectifiées, et celles qui vont entraîner la nullité du procès-verbal car elles touchent aux conditions de validité de l'acte. Tel est par exemple le cas d'un officier de police judiciaire qui aurait oublié un changement d'heure et qui entrerait dans un appartement à cinq heures du matin en pensant qu'il est six heures. Il s'agit bien d'une erreur par inadvertance, mais cette erreur ne pourrait bien évidemment pas être rectifiée par la suite car l'acte serait entaché d'une nullité qui rejaillirait sur le procès-verbal[139].

La mise en cause de la validité des procès-verbaux apparaît dorénavant comme l'un des moyens principaux de preuve contraire face à la présomption de vérité. L'ensemble de la presse spécialisée en matière automobile, les sites juridiques et divers blogs d'échanges consacrent une place prépondérante à ce moyen de preuve contraire face aux procès-verbaux en constatant que la possibilité de contredire le fond de ces actes est particulièrement difficile. Il est un autre domaine qui semble restreindre le principe du libre exercice du droit à la preuve

---

[134] Association H. Capitant, sous la direction de G. Cornu, *Vocabulaire juridique* ; Paris, PUF, 1987.
[135] A. Decocq, J. Montreuil et J. Buisson, *Le droit de la police* ; Paris, Litec, 1998, n° 1460. V. également J. Buisson, « Erreurs matérielles » ; *Procédures,* 1998, chr. n° 7.
[136] Cass. crim. 24 mai 1890 ; *S.* 1891, 1, p. 44.
[137] Cass. crim. 22 février 1995 ; *Bull. crim*. n° 79.
[138] Cass. crim. 18 sept. 1995, *Juris data* n° 003383.
[139] Exemple cité par A. Decocq, J. Montreuil et J. Buisson, préc., n° 442.

contraire. Il s'agit de l'existence de véritables présomptions de culpabilité ou de responsabilité.

### §2. L'exercice du droit à la preuve contraire face aux présomptions de responsabilité

Les présomptions de responsabilité ont pour principal objet de mettre à la charge de la personne poursuivie la preuve de son innocence[140]. Cette preuve contraire à l'accusation est une exigence sans laquelle la condamnation sera inéluctable. Après avoir étudié l'objet de la preuve contraire dans le cadre des présomptions de responsabilité (A), nous verrons que la limitation du recours à ces présomptions peut également apparaître comme une garantie du droit à la preuve contraire (B).

#### A. La détermination de l'objet de la preuve contraire dans le cadre des présomptions de culpabilité

Les différents mécanismes de présomption de culpabilité vont déterminer l'objet de la preuve contraire qui devra être rapportée par la personne mise en cause afin de faire apparaître son innocence. Ainsi la nature de la preuve contraire pourra varier selon qu'il s'agit d'une présomption d'existence de l'élément matériel de l'infraction reprochée (1), d'une présomption d'existence de l'élément intentionnel de cette infraction (2) ou bien encore une présomption d'imputabilité de l'infraction à une personne déterminée (3).

##### 1. L'objet de la preuve contraire à une présomption d'existence de l'élément matériel de l'infraction

Il nous appartient à ce stade d'analyser au fond chaque mécanisme de présomption d'existence de l'élément matériel de l'infraction pour déterminer l'objet de la preuve contraire que la personne mise en cause devra rapporter afin d'être innocentée. Dans un premier temps,

[140] Voir supra, p. 40 s.

nous nous arrêterons sur la preuve contraire aux présomptions d'existence de l'élément matériel des infractions dites de « fréquentation » (a) pour ensuite nous attacher à la preuve contraire aux présomptions d'existence de l'élément matériel en matière douanière (b).

### a. La preuve contraire aux présomptions d'existence de l'élément matériel des infractions de fréquentation

Le Code pénal a prévu un certain nombre d'infractions qui reposent sur une présomption d'existence de l'élément matériel. Il en ressort que ces incriminations ne se fondent pas sur la participation matériellement constatée à la commission de l'infraction mais au simple lien qui peut exister entre la personne mise en cause et l'auteur d'une autre infraction qui elle est matériellement constatée.

Notre droit pénal a considérablement développé le recours à ces présomptions à partir du fait de ne pouvoir justifier l'origine licite de ses ressources tout en étant en relation habituelle avec certaines catégories d'individus qui se livrent à des activités illicites ou immorales. Le fondement de ces présomptions qui reposent sur l'existence de relations habituelles entre des individus a conduit à qualifier ces infractions de « délits de fréquentation » ou « délits d'entourage ». Mais ce n'est pas cette simple fréquentation qui est incriminée, mais le fait d'en tirer profit. Et c'est au regard de cette infraction que l'on se trouve confronté à un véritable mécanisme de présomption. Le train de vie de la personne au regard de ses ressources légales connues permettra de faire qu'elle tire un bénéfice de l'activité prohibée. Cette présomption constitue un allégement considérable de la tâche de l'accusation puisqu'elle n'a pas à rapporter la preuve pleine et entière que les ressources de la personne poursuivie proviennent de l'activité visée par la prévention.

Ce type de présomption d'existence de l'élément matériel a été instauré initialement en matière de proxénétisme. Cette qualification s'applique au fait « d'aider, d'assister ou de protéger la prostitution d'autrui » ou encore « d'en partager les profits ou de recevoir des subsides d'une personne se livrant habituellement à la prostitution »[141]. La loi a ainsi incriminé le fait « de ne pouvoir justifier de ressources correspondant à son train de vie tout

[141] Art. 225-5 *C. pén*. Il est à noter que la loi ne définit pas précisément ce qu'est la prostitution. La jurisprudence a comblé ce vide en la définissant comme une activité qui consiste « à se prêter, moyennant rémunération, à des contacts physiques de quelque nature qu'ils soient, afin de satisfaire les besoins sexuels d'autrui » : Cass. crim. 27 mars 1996 ; *Bull. crim.* n° 138 ; *Dr. pén.* 1996, p. 182, obs. M. Véron ; *Rev. sc. crim*. 1996, p. 853, obs. Mayaud.

en vivant avec une personne qui se livre habituellement à la prostitution ou tout en étant en relations habituelles avec une ou plusieurs personnes se livrant à la prostitution.»[142] La preuve de l'infraction de proxénétisme est ainsi allégée pour l'accusation qui n'aura pas à démontrer le lien entre les revenus d'une personne et le fruit du proxénétisme. Cette preuve particulièrement difficile à rapporter est réduite à la simple existence d'une situation suspecte. La personne mise en cause devra alors renverser le poids de la présomption en justifiant du caractère licite de ses ressources. Il est toutefois à noter que cette prévention vise l'indignité d'une situation. Le fait de vivre avec une prostituée n'est pas en soi répréhensible. Ainsi, l'enfant, même majeur, d'une prostituée qui vit avec sa mère n'est pas pour autant suspecté de proxénétisme quand bien même il reçoit de l'argent de poche. L'époux légitime d'une personne se livrant à la prostitution ne peut également être inquiété sur ce seul fondement[143].

Cette présomption existant en matière de proxénétisme a été étendue à d'autres infractions contres lesquelles la volonté d'agir efficacement est également apparue de part la forte réprobation sociale qu'elles engendrent. Il s'agit de l'infraction de recel de délinquance habituelle de mineurs[144] étendu au simple recel de délinquance, de trafic de stupéfiants, d'association de malfaiteurs ou d'extorsions aggravées. Pour toutes ces infractions, le législateur a instauré une infraction de fréquentation qui vise à alléger la preuve de l'élément matériel de l'infraction initiale. Ainsi une présomption de recel de délinquance a été instituée à l'encontre de toute personne qui ne peut pas «*justifier de ressources correspondant à son train de vie ou* [ne peut pas] *justifier de l'origine d'un bien détenu, tout en étant en relations habituelles avec une ou plusieurs personnes* […] *qui se livrent à la commission de crimes ou délits punis d'au moins cinq ans d'emprisonnement* »[145]. En dehors de ce mécanisme qui vient sanctionner de manière générale l'infraction de « fréquentation » d'une personne se livrant à des actes délictuels ou criminels dont la peine encourue est supérieure à cinq ans d'emprisonnement, des textes spéciaux visent encore certaines infractions de « fréquentation ». Il en est ainsi pour « le fait de ne pas pouvoir justifier de ressources correspondant à son train de vie, tout en étant en relations habituelles avec une ou plusieurs

[142] Art. 225-6 3° *C. pén.* Disposition introduite par une ordonnance du 25 novembre 1960 relative à la lutte contre le proxénétisme : *JCP 1960*, III, n° 26260.
[143] CA Colmar, 25 janv. 1980 ; *D.* 1981, IR p. 143 (1ère esp.) ; Cassé mais pour contradiction de motifs par Cass. crim. 22 oct. 1980 ; *D.* 1981, IR p.143 (1ère esp.) et p. 156 (2ème esp.). V. également P. Hennion, Thèse préc., p. 51.
[144] Selon l'expression employée par plusieurs auteurs : V. par ex. V. Hecquet, Thèse préc., n° 42, p. 55.
[145] Art. 321-6 *C.pén*. issu de la loi n° 2006-64 du 24 janvier 2006 relative à la lutte contre le terrorisme et portant diverses dispositions relatives à la sécurité et aux contrôles frontaliers qui reprenait en partie le texte de l'art. 461-1 de l'*anc. C. pén.* issu de la loi n° 83-466 du 10 juin 1983.

personnes » se livrant à la mendicité[146], faisant usage de stupéfiants, se livrant à l'extorsion ou l'association de malfaiteurs ou à la traite des êtres humains[147] ou bien encore se livrant à des actes de terrorisme[148].

La preuve contraire à ces infractions par assimilation vise alors à renverser la présomption instituée par la loi. Ce renversement peut s'opérer de deux manières[149].

La première tend tout naturellement à rapporter la preuve contraire exigée par le mécanisme de présomption, c'est-à-dire l'établissement d'un fait positif de nature à démontrer l'inexactitude du fait présumé. Cette preuve contraire doit établir le caractère licite des ressources ou de la possession de certains biens. La preuve des revenus propres est censée être facile à rapporter à l'aide de tout justificatif (bulletins de salaires, acte authentique de succession, reçus de gains, déclarations fiscales...) et la personne mise en cause est considérée comme étant la mieux placée pour rapporter ces éléments de preuve. Cet argument va bien sûr dans le sens de l'existence d'un véritable droit à la preuve contraire permettant à la personne mise en cause de faire valoir son innocence mais au coupable de ne pas pouvoir se dégager de sa responsabilité à cause de la difficulté pour la partie poursuivante de rapporter des éléments de preuve particulièrement difficiles à rassembler.

La seconde consistera à contester l'un des éléments déclencheur de la présomption. En matière de proxénétisme par exemple, il ne s'agira plus de prouver le caractère licite de ses revenus, mais de démontrer l'absence de relations habituelles avec l'une des personnes visées par les textes ou bien encore le fait que la personne avec laquelle le mis en cause entretient de telles relations ne se livre pas à l'activité visée à la prévention[150]. Ce second moyen de preuve contraire est plus délicat à manier que le premier. En effet, il revient à intervenir sur une preuve négative particulièrement difficile à rapporter. Dès lors, la mise en œuvre de cette présomption d'existence de l'élément matériel de l'infraction conduit principalement à donner la possibilité à la personne poursuivie de se dégager de la prévention par la simple justification de l'origine licite de ses ressources.

---

[146] Infraction constitutive par assimilation du délit d'exploitation de la mendicité : Art. 225-12-5 *C. pén.*
[147] Art. 321-6-1 al. 2 *C. pén*.
[148] Art 421-2-3 *C. pén.* Ces incriminations spécifiques en dehors du cas général posé à l'art. 321-6 ont été conservées pour pouvoir faire application de certaines règles spécifiques relatives à ces catégories d'infraction : V. Circ. CRIM. 2006-02 G1, du 3 fév. 2006, relative à la loi du 23 janvier 2006 contre le terrorisme et portant dispositions diverses relatives à la sécurité et aux contrôles frontaliers (NOR JUSD0630013C), *BOMJ* n° 101.
[149] Nous écarterons dans ces développement le recours aux moyens de défense ordinaires comme moyens de preuve contraire (faits justificatifs, causes de non-imputabilité) qui ont été abordés précédemment.
[150] V. V. Hecquet, Thèse préc., n° 76, p.78.

La matière douanière, spécifique à plusieurs titres, est un champ de prédilection de l'application de présomption d'existence de l'élément matériel des infractions.

### b. La preuve contraire aux présomptions d'existence de l'élément matériel en matière douanière

La spécificité de la matière pénale douanière, traitant d'infractions souvent fugaces, qui ne laissent pas de traces et ne provoquent pas de fort sentiment de réprobation de la part du corps social, se prête parfaitement à l'existence de mécanismes de présomptions de responsabilité. Le droit pénal douanier prévoit ainsi une présomption d'existence de l'élément matériel de l'infraction s'agissant principalement des faits de contrebande et d'importation sans déclaration[151].

S'agissant de l'infraction de contrebande, elle se caractérise par « *des importations ou exportations en dehors des bureaux ainsi que toute violation des dispositions légales ou règlementaires relatives à la détention et au transport des marchandises à l'intérieur du territoire douanier* »[152]. Ainsi, sont réputées être des marchandises de contrebande toutes les marchandises trouvées dans le rayon douanier sans être munies des documents obligatoires[153]. Le mécanisme de présomption d'existence de l'élément matériel de l'infraction dispense alors l'accusation d'établir la preuve de l'entrée en fraude de la marchandise. La simple détention ou circulation irrégulière fait présumer l'élément matériel d'introduction en fraude[154]. L'administration n'est alors pas tenue d'apporter la preuve d'un acte positif précis commis par une personne déterminée par la suite duquel est née la situation irrégulière. Les seuls éléments qui devront être rapportés par la partie poursuivante pour mettre en jeu cette présomption sont la nature des marchandises et le lieu ou elles ont été trouvées[155].

Usant du même mécanisme, le Code des douanes prévoit également la même présomption de contrebande pour des marchandises spécifiques telles que les biens

---

[151] V. sur le fonctionnement de ces mécanismes : V. Hecquet, Thèse préc., n° 80 s., p. 81 s.
[152] Art. 417 §1 *C. douanes*
[153] Art. 418 *C. douanes*
[154] V. pour une application jurisprudentielle : Cass. crim. 16 janv. 1963 ; *Bull. crim*. n° 28 ; Cass. crim. 11 mars 1964 ; *Bull. crim*. n° 85: « *L'infraction douanière de détention d'une marchandise prohibée à l'entrée, dans la zone terrestre des douanes, est caractérisée par la simple détention alors que le détenteur ne peut justifier du paiement des droits d'introduction* ».
[155] Cass. crim. 11 mars 1964 ; *Bull. crim*. n° 85 : « *L'infraction douanière de détention d'une marchandise prohibée à l'entrée, dans la zone terrestre des douanes, est caractérisée par la simple détention alors que le détenteur ne peut justifier du paiement des droits d'introduction*.»

culturels[156], les animaux protégés[157] ou les excédents de comptes de marchandises ouverts en douanes pour les magasins frontaliers[158]. De même la présomption d'importation ou d'exportation sans déclaration dispense la partie poursuivante de rapporter la preuve des éléments matériels de ces infractions et plus particulièrement l'origine des marchandises litigieuses et le passage frontalier[159]. La seule preuve de la détention ou de la circulation des marchandises prohibées suffit à caractériser l'infraction visée.

En matière douanière, ce mécanisme de présomption d'existence de l'élément matériel de l'infraction est couplé à un second mécanisme de présomption visant cette fois à désigner un responsable de la commission de l'infraction douanière. Il s'agit ici d'une présomption d'imputation matérielle reposant sur le détenteur de la marchandise prohibée[160]. Si cette présomption de responsabilité semble naturelle lorsque la marchandise litigieuse est découverte sur une personne désignée ou dans ses effets personnels, elle est cependant poussée très loin dans d'autres circonstances. En effet, le droit douanier, afin de préserver les nécessités de la répression, va considérer comme détenteur et donc présumer responsable de l'infraction le préposé à la conduite du moyen de transport dans lequel les marchandises objets de l'infraction ont été trouvées[161], ou encore celui qui a la jouissance des lieux dans lesquels la marchandise prohibée a été déposée[162]. Dans ce dernier cas, la jurisprudence a fixé de longue date les contours de la présomption. Le lieu de dépôt doit être une propriété privée afin de limiter le risque d'une utilisation par une personne extérieure, et la marchandise doit reposer sur le sol ou à l'intérieur d'un bâtiment. Si ces conditions sont remplies, celui qui a la jouissance des lieux (propriétaire, locataire, occupant sans titre, ou toute personne qui utilise de manière notoire et habituelle les lieux) sera présumé détenteur de la marchandise litigieuse[163]. Si cette jouissance est collective, la responsabilité du dépôt sera assumée par les

---

[156] Art. 419
[157] Art. 421 et 422 *C. douanes*
[158] Art. 420 *C. douanes*
[159] Art. 424 à 428 *C. douanes*
[160] Art. 392 *C. douanes*.
[161] L'art. 392§2 *C. douanes* prévoit néanmoins une exonération pour les transporteurs publics lorsque « *par une désignation exacte et régulière de leur commettant, ils mettent l'administration en mesure d'exercer utilement des poursuites contre les véritables auteurs de la fraude* ».
[162] V. C. Touboul, « Le particularisme de la responsabilité pénale en matière douanière », in : *Etudes de droit pénal douanier* ; Paris, PUF, 1968, p. 97.
[163] La jurisprudence nous apprend que le détenteur ne s'entend pas uniquement de « *la personne du propriétaire du lieu où a été déposée la marchandise de fraude, mais englobe, par sa généralité, toute personne à qui, à un titre quelconque, incombe la surveillance dudit lieu, n'en eut-il pas la garde juridique* » : Cass. crim. 11 oct 1972 ; *Bull. crim*. n° 280, p. 273. Dans cette espèce, l'immeuble dans lequel la marchandise de fraude a été saisie

codétenteurs et si l'occupant ne peut être déterminé, la présomption reposera *in fine* sur le propriétaire des lieux[164].

En dehors de la justification de la détention, du transport, de l'importation ou de l'exportation au regard des règles douanières[165], ou bien de l'absence de jouissance des lieux dans lesquels les marchandises litigieuses ont été découvertes[166], le renversement des présomptions d'existence de l'élément matériel de l'infraction en matière douanière a longtemps été décrit comme impossible[167], faisant de cette présomption une présomption quasi irréfragable sauf à prouver un cas de force majeure[168]. En effet, l'ancien article 369§2 du Code des douanes interdisait de prendre en considération la bonne foi des personnes poursuivies pour motiver une relaxe, ce qui écartait des moyens de preuve contraire l'argument tiré de l'ignorance de la nature des marchandises transportées, l'erreur ou bien encore la simple négligence ou imprudence. Même le cas de force majeure était analysé strictement par la jurisprudence qui exigeait une erreur invincible, une force extérieure insurmontable comme pouvait l'être l'action sous la menace d'une arme[169]. Depuis l'abrogation de cette disposition du Code des douanes, la bonne foi est admissible comme moyen de preuve contraire face à cette présomption de responsabilité[170] et les juges du fond peuvent apprécier souverainement le comportement du contrevenant pour décider ou non d'une relaxe[171]. Néanmoins, l'admission de la bonne foi ne peut apparaître comme une possibilité très ouverte d'échapper à la prévention. Elle est en effet analysée strictement au regard de la spécificité des infractions concernées. En effet, seule l'ignorance sur le statut des marchandises détenues ou transportées peut, selon les circonstances, être admise. Comme le

---

appartenait à l'épouse, séparée de biens, du mis en cause. Or, les juges relèvent que malgré cet acte de propriété, l'immeuble constituait le domicile du prévenu et qu'il en avait en conséquence la jouissance.

[164] Cass. crim. 20 janv. 1949 ; *Doc. cont*. n° 864 (réf. citée par V. Hecquet, Thèse préc., n° 95, p. 91.

[165] Cass. crim. 24 sept. 1998 ; *Bull. crim*. n° 235. Dans cette espèce il est rappelé qu'il est toujours possible de renverser la présomption par la justification de l'origine des marchandises litigieuses ou la présentation des documents justificatifs de la, détention ou du transport au regard des règles douanières.

[166] Par exemple en rapportant la preuve de la cession du bien immobilier ou de la fin de son occupation légale, par la preuve de la location ou de la sous-location des lieux afin que la responsabilité pèse bien sur celui qui a la surveillance effective du lieu de dépôt.

[167] Particulièrement s'agissant de la présomption d'imputation.

[168] V. P. Bequet, *La contrebande : législation, jurisprudence et pratique de la douane* ; Paris, Litec, 1959, p. 49 s.

[169] Cass. crim. 16 mars 1989 ; *D.* 1989, p. 517, note C.-J. Berr ; V. V. Hecquet, Thèse préc., n° 79 s.

[170] Cass. crim. 7 dec. 1987 ; *Bull. crim*. n° 446; *Gaz. Pal*. 1988, I, p. 287: « *Mais attendu que l'article 23 de la loi n° 87-502 du 8 juillet 1987 abroge l'article 369-2 susvisé ; que si cette loi nouvelle n'a pas, dans la rédaction de l'article 414 nouveau du même Code, introduit un quelconque élément intentionnel au regard des infractions douanières relevant de la compétence du juge pénal, il en résulte qu'il n'est désormais plus interdit au contrevenant de rapporter la preuve de sa bonne foi* ».

[171] Cass. crim. 13 nov. 1989 ; *Bull. crim*. n° 409.

rappelait M. le Professeur C.-J. Berr, « *Convaincre le juge de sa bonne foi lorsqu'il s'agit de démontrer que l'on a introduit des marchandises en fraude, soit en dehors des bureaux de douanes (contrebande), soit en omettant de les déclarer (importations sans déclaration), ne peut consister à établir son ignorance des obligations auxquelles on était tenu ou des prohibitions qui frappent la marchandise. Il s'agit là en effet de règles générales que nul n'est censé ignorer* »[172]. En conséquence, la jurisprudence déduit le plus souvent de l'acte matériel de détention ou de circulation de marchandise prohibée, *a minima* une forme de négligence en ne prenant pas toutes les précautions de nature à éviter la commission de l'infraction en ne s'assurant pas par exemple du respect des règles douanières[173].

L'objet de la preuve contraire aux présomptions d'existence de l'élément moral des infractions présente également des particularités.

### 2. L'objet de la preuve contraire à une présomption d'existence de l'élément moral de l'infraction

La présomption d'existence de l'élément moral de l'infraction va, comme son nom l'indique, réputer établi l'élément intentionnel caractérisant l'infraction concernée[174]. Tout l'objet de cette présomption va donc être de dispenser l'accusation d'avoir à rapporter la preuve de l'existence de l'élément intentionnel de l'infraction, preuve difficile à appréhender car elle porte sur un élément immatériel, sur un état d'esprit qui anime l'auteur au moment de la commission de l'infraction. Les présomptions d'existence de l'élément moral des infractions peuvent se diviser en deux grandes familles, ce qui nous conduit à étudier successivement la preuve contraire aux présomptions légales d'intention (a) et la preuve contraire aux présomptions quasi-légales d'intention (b). Nous évoquerons enfin brièvement le cas des contraventions, infractions dites « matérielles » pour lesquelles la preuve de l'intension délictuelle est inutile (c).

---

[172] C.-J. Berr, note sous Cass. crim 16 mars 1989 ; *D.* 1989, p. 517.
[173] Cass. crim. 13 nov. 1989 ; *Bull. crim*. n°409 :
[174] En vertu de l'art. 121-3 *C. pén*. « *il n'y a point de crime ou de délit sans intention de le commettre* ».

a. La preuve contraire aux présomptions légales d'intention

La difficulté pour l'accusation de rapporter la preuve de l'intention coupable exigée en matière délictuelle a conduit le législateur à considérablement alléger cette exigence en permettant de fonder sur la constatation de l'existence de l'élément matériel, l'existence de l'élément moral de l'infraction.

Plusieurs exemples nous démontrent que la preuve du caractère intentionnel des infractions est considérablement allégée par le jeu des présomptions d'intention qui vont faire peser sur la personne poursuivie une présomption de mauvaise foi.

En matière de diffamation, la loi prévoit que « *Toute reproduction d'une imputation qui a été jugée diffamatoire sera réputée faite de mauvaise foi, sauf preuve contraire par son auteur.*»[175] Il en ressort que la reproduction d'allégations ou d'imputations jugées de nature à porter atteinte à l'honneur et à la considération de la personne visée, est réputée être commise avec l'intention de diffamer[176].

En matière douanière, nous avons déjà évoqué le lien étroit que retient la jurisprudence entre l'existence de l'élément matériel et l'existence de l'élément moral. Ce peu de considération pour l'élément intellectuel des infractions douanières est ancré dans les fondements de notre droit douanier qui a longtemps considéré que les délits douaniers faisaient partie de la catégorie des infractions matérielles ne nécessitant pas la preuve de l'existence de l'élément intentionnel[177]. En complément de la présomption d'existence de l'élément matériel de l'infraction de contrebande ou d'importation ou exportation sans déclaration nous avons vu que le droit douanier instituait également une présomption d'imputabilité du fait matériel à une personne déterminée. Afin de compléter ce dispositif parfaitement dérogatoire, ce mécanisme se verra également affecté d'une présomption d'existence de l'élément intentionnel de l'infraction douanière. Pour prendre un exemple simple, si l'on retrouve une marchandise prohibée, au sens du Code des douanes, dans le garage d'un individu, l'infraction retenue sera celle de contrebande en application de la

[175] Art. 35 bis de la loi du 29 juillet 1881, issu de l'ordonnance du 6 mai 1944 qui a complété la loi sur la liberté de la presse de 1881, JO du 20 mai 1944, p. 418.

[176] Il est à noter que la Cour de cassation, saisie d'une question prioritaire de constitutionnalité, a jugé que la question posée de la contrariété de la présomption de mauvaise foi à la présomption d'innocence et à la liberté d'expression, « *ne présente pas un caractère sérieux en ce qu'elle tend, en réalité, non à contester la constitutionnalité des dispositions qu'elle vise, mais l'interprétation qu'en a donnée la Cour de cassation au regard du caractère spécifique de la diffamation* ». La haute juridiction n'a donc pas jugé bon de renvoyer cette question au Conseil constitutionnel : Cass. crim. 31 mai 2010, req. n° 09-87578

[177] V. Ph. De Guardia, « L'élément intentionnel dans les affaires douanières » ; *Rev. sc. crim*. 1990, p. 494. V. également CA Paris 10 mars 1986 ; *Gaz. Pal*. 1986, 2, p. 442 s., cité par V. Hecquet, Thèse préc. : dans cette espèce, la Cour d'appel de Paris parle de « délits contraventionnels ».

présomption d'existence de l'élément matériel. Cette infraction sera imputée à celui qui a la jouissance des locaux avec qui plus est application d'une présomption d'existence de l'élément intentionnel de l'infraction douanière, c'est-à-dire une présomption de mauvaise foi et de connaissance du caractère délictueux des faits.

Dans cette spirale qui semble conduire inéluctablement à la condamnation de celui que l'on qualifie de détenteur de la marchandise litigieuse, il est à noter que la matière douanière a fait l'objet d'une évolution importante vers l'affirmation d'un droit à la preuve contraire. Ce constat se révèle particulièrement vrai quant à la preuve contraire aux présomptions d'existence de l'élément moral des infractions douanières. En effet, l'ancien article 369§2 du Code des douanes interdisait purement et simplement aux juges de prendre en considération l'absence d'intention pour exonérer le contrevenant de sa responsabilité[178] et lui interdisait en conséquence de faire état de sa bonne foi, moyen important de preuve contraire. La première évolution est intervenue par l'introduction de la faculté, pour les juges, de prononcer des circonstances atténuantes[179], et donc de prendre en considération une part de l'aspect intellectuel de l'infraction. Mais l'intervention déterminante est venue de la suppression de l'article 369§2[180] qui a permis en conséquence aux juges de prendre en considération le défaut d'intention pour relaxer un prévenu et tout naturellement, en permettant également à ce dernier de faire valoir les preuves de sa bonne foi. Toute la question de la preuve contraire à la présomption d'existence de l'élément moral de l'infraction douanière tient au contenu de cette notion de bonne foi et de la manière dont elle peut être rapportée.

Les infractions douanières concernées reposant sur une détention constatée, la bonne foi devrait alors résider dans le fait de l'ignorance de la matérialité de cette détention. Néanmoins, la présomption a une application plus large puisqu'il sera reproché au détenteur plus que la simple ignorance, une sorte de négligence, de défaut de surveillance qui a conduit à la matérialité de la détention. L'élément moral résiderait alors dans le fait de s'être abstenu de prendre toutes les précautions utiles à la non réalisation de l'infraction. Pour certains auteurs, une application stricte de cette présomption n'est pas tenable car on ne peut placer sur un plan d'égalité le gardien professionnel et le simple propriétaire d'un studio ou d'une cave, l'importateur professionnel et le particulier. On ne peut appliquer indifféremment un même

[178] V. J.-M. Gonnard, « Douanes, infractions et sanctions », *J.-Cl. Pén. Annexes*, fasc. 20, 1997, n° 14-22.
[179] Art. 10-II de la loi du 29 déc. 1977 accordant des garanties de procédure aux contribuables en matière fiscale et douanière, *JO* du 30 nov. 1977.
[180] Par l'art. 23 de la loi du 8 juillet 1987 modifiant les procédures fiscales et douanières, *JO* du 9 juillet 1987, p. 7470.

devoir de surveillance sans s'assurer, en fonction des moyens et de l'expérience dont chacun dispose, qu'il y a eut réellement négligence[181].

La bonne foi doit donc être rapportée par la personne poursuivie et relève de l'appréciation souveraine des juges du fond[182].

A ces présomptions d'existence de l'élément intentionnel de l'infraction prévues par la loi, la jurisprudence a ajouté des présomptions que l'on peut dès lors qualifier de quasi-légales[183].

b. La preuve contraire aux présomptions quasi-légales d'intention

Comme les présomptions légales d'intention, les présomptions quasi-légales d'intention vont s'appuyer sur la présomption de mauvaise foi de la personne mise en cause et donc tirer l'élément moral de l'infraction de l'existence de l'élément matériel. Leur appellation de quasi-légales vient du fait que ces présomptions ne sont pas posées par la loi mais issues d'une construction jurisprudentielle. Comme elles dépassent par leur force le caractère de simples présomptions de fait, elles sont assimilées aux présomptions légales. On retrouvera, dans cette catégorie, le lien étroit qui peut relier l'élément matériel à l'élément intellectuel de l'infraction comme nous l'avons vu dans le cadre des présomptions légales. Il s'agira là encore d'une véritable présomption de mauvaise foi.

On en retrouvera l'application dans des infractions spécifiques comme l'infraction de provocation de mineur à la débauche[184] pour lequel « *l'élément intentionnel résulte de la nature du délit et n'a pas besoin d'être affirmé formellement par le juge ; en conséquence, il n'est pas indispensable d'énoncer expressément dans l'arrêt que le prévenu connaissait l'état de minorité de ceux qu'il a corrompus* »[185]. Il appartiendra au prévenu de rapporter la preuve de sa bonne foi qui ne pourrait relever que d'une erreur dont il ne serait pas responsable et qui ne pourrait en tout état de cause consister à prétendre que le développement physique des mineurs pouvait faire illusion sur leur âge[186]. Il en est de même en matière d'abus de confiance, infraction pour laquelle la Cour de cassation considère que le détournement de

[181] V. Hecquet, Thèse préc., n° 132, p. 123.
[182] Cass. crim. 14 nov. 1996 ; *Bull. crim*. n° 410.
[183] V. supra, p. 40 s.
[184] Art. 227-22 *C. pén*.
[185] Cass. crim. 4 janv. 1902 ; *D.P*. 1902, 1, p. 528.
[186] Cass. crim. 4 janv. 1902, préc.

fonds remis à titre de mandat est présumé frauduleux sauf si la preuve contraire est rapportée[187]. Mais les deux principales applications de cette présomption quasi-légale d'existence de l'élément moral de l'infraction se trouvent en matière de contrefaçon et de diffamation.

S'agissant du délit de contrefaçon, l'élément moral résulte dans le fait de porter atteint sciemment et en connaissance de cause au droit d'un auteur. Or, la Cour de cassation déclare que s'il « *est établi dans sa matérialité,* [il] *implique, sauf justification du contraire, que ce délit a été commis sciemment* »[188]. L'élément intentionnel, dans ce cas la conscience de commettre un acte interdit par la loi, en l'occurrence d'exploiter une œuvre protégée, est constitué par la mauvaise foi présumée de la personne poursuivie. Il appartiendra en conséquence au prévenu de démontrer qu'il « *n'a pas agi sciemment ni commis de faute d'imprudence ou de négligence* »[189]. Il pourra renverser la présomption en établissant sa bonne foi par exemple en rapportant la preuve qu'il a commis une erreur si celle-ci est admissible, ce qui exclut l'erreur sur le droit[190].

Quant au délit de diffamation, il s'entend de « *toute allégation ou imputation d'un fait qui porte atteinte à l'honneur ou à la considération de la personne ou du corps auquel le fait est imputé* »[191]. Bien que ce ne soit pas spécifié dans le texte d'incrimination, l'acte de diffamation constitue un délit intentionnel et suppose par conséquent l'intention de porter atteinte à l'honneur ou la considération de la personne, en d'autres termes, la mauvaise foi[192]. La Cour de cassation a institué en la matière une véritable présomption quasi-légale d'intention en dispensant l'accusation de cette preuve de la mauvaise foi. La haute juridiction considère dès lors que l'acte de diffamation est présumé fait « *avec intention de nuire* »[193] ou

[187] Cass. crim. 9 avril 1973 ; *Bull. crim*. n° 179; *D*. 1975, p. 257, note M. Delmas-Marty.
[188] Cass. crim. 12 février 1969 ; *Bull. crim*. n° 72 ; *D*. 1969, p. 96.
[189] Cass. crim. 18 oct. 1994, pourvoi n° 92-19376.
[190] Cass. crim. 12 fév. 1969, préc.
[191] Art. 29 de la loi du 29 juill. 1881sur la liberté de la presse, *DP* 1881,4, p. 65. Il s'agit d'un délit si la diffamation est réalisée par voie de presse en vertu de l'art. 23 de cette même loi alors qu'à défaut de publicité, la diffamation constitue une contravention de 1ère classe en vertu de l'art R. 621-1 *C. pén*. Il est à noter que le rapport de M. le Professeur Guinchard remis au Garde des Sceaux le 30 juin 2008 préconise la dépénalisation de la majeure partie des délits de diffamation pour en faire « un droit de la réparation civile » comme la également demandé le Président de la République dans son intervention du 7 janvier 2009 lors de l'audience solennelle de rentrée de la Cour de cassation : V. X. Ternisien, *Le Monde*, 12 janv. 2009.
[192] Cass. req., 8 fév. 1909 ; *DP* 1909, 1, p. 535 ; Cass. crim. 3 juill. 1996 ; *Bull. crim.* n° 283. V. J. Pradel et M. Danti-Juan, *Manuel de droit pénal spécial, Droit commun-droit des affaires* ; Paris, Cujas, 3ème éd, 2004, n° 478 s.
[193] Cass. crim. 5 oct. 1993 ; *Bull. crim*. n° 276 ; Cass. crim. 16 mars 2004 ; *Bull. crim*. n° 66.

que la diffamation est « *réputée avoir été faite de mauvaise foi* »[194]. La seule constatation de l'élément matériel de la diffamation suffit à caractériser l'infraction. Il appartiendra alors à la personne mise en cause de rapporter la preuve contraire en renversant la présomption d'intention diffamatoire[195]. Cette preuve contraire pourra être rapportée de deux façons. Il s'agira de faire jouer l'exception de vérité ou d'apporter la preuve de sa bonne foi.

L'exception de vérité constitue un moyen de preuve contraire de portée relative car elle est exclue dans un certain nombre de cas[196]. Elle demeure néanmoins une possibilité d'échapper à la répression, mais elle est strictement encadrée. Elle devra ainsi être parfaite, complète et corrélative aux allégations poursuivies[197]. Elle devra bien évidemment concerner tous les éléments des propos reprochés et être rapportée au moyen d'éléments objectifs[198]. Il faudra non seulement rapporter la preuve de la vérité des faits, mais également celle de la légitimité des propos tenus[199]. L'exception de vérité doit en outre porter sur des faits antérieurs à la perpétration de la diffamation[200]. La preuve de la vérité des faits et donc la preuve contraire à la diffamation peut résulter de tout moyen qui serra laissé à l'appréciation des juges des juges du fond, la Cour de cassation se réservant néanmoins la faculté de *« contrôler si ces mêmes juges ont apprécié la corrélation des faits ainsi déterminés avec les imputations diffamatoires et se sont par suite prononcés à bon droit sur l'administration de la preuve ; qu'il en résulte que les juges du fond ne sauraient se borner à affirmer les résultats de leur appréciation et qu'ils doivent préciser les éléments sur lesquels ils l'ont fondée* »[201]. L'exception de vérité est encadrée par un formalisme strict. Le prévenu qui veut s'en prévaloir doit signifier au ministère public ou au plaignant dans le délai de dix jours à compter

---

[194] Cass. crim. 6 mai 2008 ; *Bull. crim*. n° 103.
[195] V. Hecquet, Thèse préc., n° 161 s., p. 150 s.
[196] Art. 35 al. 3 loi du 29 juill. 1881 : lorsque l'imputation concerne la vie privée de la personne, qu'elle se réfère à des faits de plus de dix ans ou à un fait constituant une infraction amnistiée ou prescrite, ou qui a donné lieu à une condamnation effacée par la réhabilitation ou la révision.
[197] Cass. crim. 2 juin 1980 ; *Bull. crim*. n° 168.
[198] Ainsi, la référence aux éléments contenus d'un tract syndical pour faire valoir la vérité de certains faits ne peut être admise.
[199] Cass. ch. mixte 24 nov. 2000 ; *Bull.* n° 4 : Dans cette espèce, M. Rocard accusait J.-M. Le Pen d'avoir pratiqué des actes de torture en Algérie. La Cour de cassation a relevé que l'auteur des propos avait utilisé des sources d'informations diverses (dont des articles de journaux transcrivant des entretiens dans lesquels J.-M. Le Pen reconnaissait lui-même ces faits) et que le but poursuivi était légitime puisque les propos avaient été tenus lors d'une émission télévisée au cours d'une campagne électorale dans le but d'informer l'électeur.
[200] Cass. crim. 22 mai 1997 ; *Bull. crim*. n° 200 ; Cass. crim. 23 oct. 2007, pourvoi n° 06-87861 : dans cette espèce, un journaliste était poursuivi pour avoir révélé qu'une championne cycliste proposait à la vente sur son site internet un produit dopant. Il a fait valoir l'exception de vérité en faisant réaliser un constat d'huissier démontrant la mise en vente de créatine sur ledit site postérieurement à la publication de son article. Ne pouvant prouver l'antériorité de cette vente par rapport à la publication de son article, l'exception de vérité ne pouvait prospérer.
[201] Cass. crim. 21 nov. 1989 ; *Bull. crim*. n° 431.

de la signification de la citation : les faits articulés et qualifiés dont il entend prouver la vérité, la copie des pièces qu'il souhaite produire ainsi que les nom, profession et demeure des témoins par lesquels il entend faire la démonstration de la preuve contraire à l'accusation[202]. Il est à noter que dans le cadre de l'exception de vérité, l'effort probatoire incombe au seul prévenu qui ne peut pas compter sur le secours du juge d'instruction ou de la juridiction de jugement. En effet, le juge d'instruction ne peut organiser une confrontation[203] ou un interrogatoire[204] sous peine d'excéder ses pouvoirs. Il en va de même des juges composant la juridiction de jugement qui ne peuvent compléter ou parfaire les éléments de preuve de l'exception de vérité en ordonnant un supplément d'information[205] ou la communication du dossier d'instruction d'une autre procédure[206]. Cette position se justifie bien évidemment pour ne pas inciter à la tenue de propos diffamatoires « à la légère » sans que leur auteur soit en mesure d'en apporter la preuve au moment où il les énonce et qu'il se tourne ensuite vers la justice pour obtenir son concours dans la recherche de la vérité des propos tenus[207].

Dans le cas où l'exception de vérité ne peut aboutir[208], le prévenu peut tenter de se justifier par sa bonne foi. Pour être accueilli, ce moyen de preuve contraire nécessite la réunion de quatre conditions[209] : la légitimité du but poursuivi[210], l'absence d'animosité personnelle[211], l'existence d'une enquête sérieuse[212] et enfin la prudence ou la mesure dans l'expression[213]. La bonne foi impose donc à la fois de vérifier les informations collectées et de les présenter sans les dénaturer.

---

[202] Art. 55 de la loi du 29 juill. 1881.
[203] CA Bordeaux, 3 mars 1993 ; *D.* 1994, somm. p. 191.
[204] TGI Avignon 27 sept. 1987 ; *D.* 1999, somm. p. 161.
[205] CA Paris, 8 juin 1977 ; *Gaz. pal.* 1978, 2, somm. p. 389.
[206] Cass. crim. 21 nov. 1989 ; *Bull. crim*. n°431.
[207] A. Bergeaud, Thèse préc., n° 251, p. 252.
[208] La jurisprudence admet que le prévenu n'est pas tenu d'opter pour un moyen de défense à titre exclusif et qu'en cas d'échec de l'exception de vérité, il n'est pas pour autant privé du droit d'exciper de sa bonne foi : Cass. crim. 2 sept. 2003 ; *Bull. crim*. n° 150, *Dr. pén*. 2003, comm. n° 144 ; Cass. crim. 24 mai 2005 ; *Bull. crim*. n° 155.
[209] Cass. crim. 11 sept. 2007 ; *Dr. pén*. 2007, comm. n° 151, obs. M. Véron.
[210] Il faut pour cela exclure la volonté affirmée de nuire à la victime de la diffamation et caractériser un intérêt légitime.
[211] Cet élément peut se déduire des rapports qu'entretient l'auteur avec la victime et la forme que revêt la publication.
[212] La simple reprise d'une rumeur ou d'informations éparses non vérifiées ne saurait justifier la diffamation.
[213] Le ton des propos, l'utilisation ou non de termes outrageants seront ici déterminant.

Une composante particulière de la bonne foi a été relevée par la Cour de cassation lorsque les propos reprochés traitent d'un sujet d'intérêt général et ne dépassent pas les limites de la liberté d'expression[214].

### c. Le cas particulier des contraventions

Lorsque l'on évoque les présomptions d'existence de l'élément moral de l'infraction, le particularisme des infractions dites « matérielles » nécessite un développement. Nous traiterons ici des contraventions puisqu'elles sont par essence non-intentionnelles sauf cas particuliers prévus par les textes[215]. L'analyse de la faute contraventionnelle peut être délicate puisqu'elle se rapproche à n'en pas douter de la faute non intentionnelle que notre droit connaît en matière délictuelle. Il peut s'agir d'une négligence, d'une imprudence ou d'un manquement aux textes. La différence qui existe entre les deux réside dans le fait que la faute contraventionnelle n'a pas à être prouvée, elle est présumée à partir de la matérialité de l'acte. L'infraction est réalisée dès la constatation de la réalisation de l'élément matériel. Ce constat ne doit pas nous conduire à penser que la contravention serait « purement matérielle », c'est-à-dire ne comportant pas d'élément moral. En effet, la faute contraventionnelle existe bien puisque l'infraction n'existe pas si son auteur n'a pas la « capacité de comprendre ou de vouloir », ou s'il était sous l'effet d'un cas de force majeur[216]. Il s'agit donc d'une véritable présomption d'existence de l'élément moral de l'infraction qui pèse de manière très sévère sur la personne mise en cause qui aura beaucoup de difficulté à la renverser. La preuve contraire devra en effet s'attacher à prouver la survenance d'un cas de force majeur ou à contester la constatation de l'élément matériel de l'infraction. Les contraventions étant constatées majoritairement pas la voie des procès-verbaux, c'est au cours de l'analyse de ces pièces de procédure que nous avons étudié l'exercice du droit à la preuve contraire face aux présomptions en matière de contraventions[217].

Après nous être arrêté sur les présomptions d'existence des éléments matériels et intentionnels des infractions et les moyens de les renverser, c'est-à-dire d'en rapporter la

[214] Cass. crim. 11 mars 2008 ; *Bull. crim*. n° 59 : l'espèce concernait une affaire financière qui avait engendré des conséquences importantes à la charge du contribuable national.
[215] C'est le cas par exemple des contraventions d'atteinte à l'intégrité physique des personnes prévues aux art. R. 625-1 s. *C. pén.*
[216] Art. 121-3 dernier al. *C. pén*.
[217] V. supra, p. 303.

preuve contraire, nous allons étudier une dernière catégorie de présomptions également de plus en plus présentes et qui visent cette fois à désigner un responsable de la commission de l'infraction. Dans ce dernier cas, la présomption ne se portera plus sur l'existence d'une infraction mais sur l'imputation de cette infraction à un individu ou à une personne morale.

### 3. L'objet de la preuve contraire aux présomptions tendant à désigner un responsable

Tout comme dans le cas des présomptions d'existence des éléments matériels et intentionnels des infractions, il revient à la partie poursuivante de déterminer la responsabilité et donc l'identité de l'auteur de l'infraction. Dans un grand nombre de cas, cette tâche est délicate. En effet, s'il est très facile de constater qu'un véhicule se trouve en stationnement interdit, il est plus difficile, en l'absence du conducteur, de prouver qui a placé le véhicule en infraction[218]. Le doute devant bénéficier au prévenu et en l'absence de preuve de culpabilité, l'infraction pourrait demeurer impunie. Afin de remédier à cette difficulté, la loi a prévu trois cas dans lesquelles elle va présumer l'imputation de l'infraction à une personne déterminée. Nous nous attacherons par conséquent à étudier l'objet et les moyens de preuve contraire à la présomption de responsabilité pécuniaire du titulaire du certificat d'immatriculation (a), à la présomption de responsabilité du chef d'entreprise (b) et enfin à la présomption de responsabilité du directeur de la publication (c).

#### a. La preuve contraire à la présomption de responsabilité du titulaire du certificat d'immatriculation

L'importance quantitative des infractions routières a conduit à l'adoption d'un mécanisme de présomption de responsabilité. Si la règle demeure celle de la responsabilité du conducteur du véhicule[219], la loi présume, pour certaines catégories d'infractions routières, que le titulaire du certificat d'immatriculation du véhicule est responsable pécuniairement de

[218] Exemple cité par V. Hecquet, Thèse préc., n° 183, p. 178.
[219] Art. L. 121-1 *C. route*

l'infraction[220], ou tout au moins redevable de l'amende encourue[221]. La nuance importe peu étant donné que le Conseil constitutionnel ne fait pas de différence entre sanction pécunière et non pécunière en utilisant le terme générique de « *présomption de culpabilité en matière répressive* »[222]. L'instauration de cette présomption repose sur une simple probabilité de conduite du véhicule qui a servi à commettre l'infraction. Ce fondement est confirmé par le transfert de cette responsabilité au locataire dans le cas d'un véhicule de location.

La preuve contraire à la présomption de responsabilité du titulaire du certificat d'immatriculation peut être rapportée par l'établissement d'un cas de force majeure ou par d'autres éléments permettant d'établir l'innocence du prévenu.

La théorie de la force majeure est applicable aux deux cas prévus aux articles L.121-2 et L.121-3 du Code de la route et se définit comme une « circonstance imprévisible, irrésistible et extérieure à un justiciable, qui interdit de lui imputer l'action ou l'omission qu'elle a provoquée »[223]. Elle était encore appelée jusqu'à une période récente « cas fortuit ». La circonstance du vol du véhicule est expressément citée comme étant un cas de force majeure[224] permettant au titulaire du certificat d'immatriculation de renverser la présomption. Mais les cas de force majeure ne se limitent pas à cette catégorie. Nous pouvons bien évidemment citer la panne du véhicule qui permet de s'exonérer du stationnement interdit ou gênant.

Quant à la seconde possibilité de rapporter la preuve contraire à cette présomption par la fourniture d'éléments tendant à établir l'innocence du titulaire du certificat d'immatriculation, elle diffère sensiblement selon l'article mis en œuvre. En effet, l'article L.121-2 du Code de la route impose au prévenu, en matière de stationnement principalement, de fournir « des renseignements permettant d'identifier l'auteur véritable de l'infraction » alors

---

[220] Art. L. 121-2 *C. route* concernant les infractions au stationnement des véhicules, et depuis la loi du 12 juin 2003 renforçant la lutte contre la violence routière, aux infractions à la réglementation sur l'acquittement des péages. Cette responsabilité du titulaire du certificat d'immatriculation s'applique également au locataire du véhicule et au représentant légal de la personne morale dans le cas des véhicules de société.

[221] Art. L. 211-3 C. *route* concernant les infractions à la réglementation sur les vitesses maximales autorisées et le non respect des signalisations imposant l'arrêt des véhicules, liste étendue par cette même loi du 12 juin 2003, aux infractions à la réglementation sur le respect des distances de sécurité et sur l'usage des voies réservées à certaines catégories de véhicules.

[222] Cons. constit. 16 juin 1999, déc. n°99-411 DC, cons. n° 5.

[223] J.-P. Doucet, *dictionnaire de droit criminel* ; dictionnaire en ligne.

[224] Art. L. 121-3 al. 1 C. *route*

que l'article L.121-3 du même code traitant d'autres infractions routières se limite à demander au prévenu qu'il rapporte tous éléments permettant d'établir qu'il n'est pas l'auteur véritable de l'infraction ».

Si l'identification de l'auteur véritable de l'infraction est une preuve indéniable d'innocence, elle est considérablement limitative. Afin de luter contre la présomption prévue à l'article L. 121-2 du Code de la route, le prévenu devra apporter des éléments permettant d'identifier précisément l'auteur de l'infraction. Cela veut dire, selon le mécanisme des présomptions de responsabilités, que si ces éléments ne permettent pas d'identifier précisément l'auteur de l'infraction, la preuve contraire ne sera pas rapportée et la juridiction devra entrer en voie de condamnation quand bien même il ressort de ces mêmes éléments que le prévenu n'était pas le conducteur du véhicule au moment de l'infraction. Prenons pour exemple le cas d'une succession de prêt du véhicule qui rend quasiment impossible l'identification de l'utilisateur impliqué dans la commission des contraventions au stationnement. Dans cette situation, la présomption n'est pas renversée et le titulaire du certificat d'immatriculation n'échappera pas à sa responsabilité[225].

La preuve contraire à la présomption de responsabilité de l'article L121-3 du Code de la route est plus facile à rapporter. Les éléments tendant à démontrer que le titulaire du certificat d'immatriculation n'est pas l'auteur des infractions relevées peuvent être tirés des mentions du procès-verbal de constatation[226], de témoignages, d'attestations, de justifications d'absence et bien entendu de tout renseignement permettant d'identifier l'auteur véritable de l'infraction. Les juges du fond apprécieront alors souverainement la qualité et la pertinence de cette preuve contraire.

### b. La preuve contraire à la présomption de responsabilité du chef d'entreprise

Alors que notre droit consacre la responsabilité pénale personnelle[227], le chef d'entreprise peut être poursuivi pour des infractions qu'il n'a pas personnellement commises

[225] V. par ex. Cass. crim. 25 avril 1995, n°94-83270 ; *Jur. Auto* 1995, p. 289.
[226] Tel était le cas par exemple des mentions selon lesquelles le conducteur du véhicule en infraction était une femme alors que le titulaire du certificat d'immatriculation était un homme : Cass. crim. 17 fév. 2004 ; *Bull.* crim. n° 43 ; *Dr. pén.* 2004, comm. n° 109, obs. J.-H. Robert; *D.* 2004, p. 1192, obs. Céré ; *Procédures* 2004, comm.. n° 112, obs. J. Buisson.
[227] Art. 121-1 *C. pén.*

mais que la loi lui impute du fait de sa qualité de dirigent « chargé d'une action directe sur les faits de ses subordonnés »[228].

La preuve contraire à cette présomption de responsabilité peut être rapportée de deux façons. La première tend à démontrer l'existence d'une délégation de pouvoir[229]. Ce moyen de preuve contraire a d'ailleurs été pendant longtemps le seul admis pour renverser la présomption de responsabilité du fait d'autrui dans le cas où les dirigeants ne pouvaient veiller personnellement à la bonne application des normes règlementaires applicables à l'ensemble des activités de l'entreprise[230]. Le chef d'entreprise ne peut bien évidemment tout contrôler personnellement soit à cause de la grande taille de l'entreprise, soit à cause de spécificités techniques liées à certains domaines (ressources humaines, règlementation d'hygiène et de sécurité, normes environnementales…). Il serait illusoire de faire peser la prévention de la commission des infractions liées à une activité multiple et complexe sur un seul homme[231]. La jurisprudence a admis très tôt le principe d'une délégation du pouvoir de décision et corrélativement, de la responsabilité du chef d'entreprise sur l'un de ses préposés[232]. Le domaine de la délégation de pouvoir s'est peu à peu élargi par l'apport de nouvelles jurisprudences pour être consacré dans un principe général énonçant que « Sauf si la loi en dispose autrement, le chef d'entreprise, qui n'a pas personnellement pris part à la réalisation de l'infraction, peut s'exonérer de sa responsabilité pénale s'il apporte la preuve qu'il a délégué ses pouvoirs à une personne pourvue de la compétence, de l'autorité et des moyens nécessaires. »[233] Le caractère de preuve contraire à l'accusation de la délégation de pouvoir, et par conséquent son effet exonératoire, est enserré dans des conditions strictes. Elle doit en premier lieu avoir été faite personnellement par le chef d'entreprise[234]. Elle doit en

---

[228] Cass. Crim. 25 juin 1969 ; *Bull. crim.* n° 213 ; Cass. Crim. 19 avril 1972 ; *Rev. Sociétés* 1972, p. 739, obs. B. Bouloc.

[229] Sur la délégation de pouvoir, v. B. Bouloc et P. Lombard, *Guide pénal des commerçants, artisans et chefs d'entreprise* ; Paris, Plon, 2004, p. 26 s.

[230] Cass. crim. 29 fév. 1956 ; *Bull. crim*. n° 213; Cass. crim. 4 nov. 1964 ; *Bull. crim.* n° 287 ; Gaz. pal. 1965, I, p. 80.

[231] M. Giacopelli-Mori, « La délégation de pouvoir en matière de responsabilité du chef d'entreprise » ; *Rev. sc. crim*. 2000, p. 527.

[232] La délégation de pouvoir a été pour la première fois accueillie en matière d'hygiène et de sécurité du travail dans un arrêt de la Cour de cassation du 28 juin 1902.

[233] Principe général issu de cinq arrêts de la chambre criminelle en date du 11 mars 1993 ; *Bull. crim*. n° 112 ; *D*. 1994, *somm.* n° 156, obs. F. Roujou de Boubée ; *Dr. pén.* 1994, n° 39, obs. J.-H. Robert ; *Rev. sc. crim*. 1994, n° 101 et 102, obs. B. Bouloc.

[234] La jurisprudence admet néanmoins le principe de la subdélégation. Dans ce cas, le délégataire peut échapper à sa responsabilité s'il établit qu'il a lui-même subdélégué et que cette subdélégation répond aux mêmes exigences que la délégation initiale : Cass. crim. 8 févr. 1983 ; *Bull. crim*. n° 48 ; *D.* 1983, obs. H. Seillan. La subdélégation est valable quand bien même elle n'aurait pas été expressément prévue par la délégation initiale : Cass. crim. 30 oct. 1996 ; *Bull. crim*. n° 389 ; *Rev. sc. crim*. 1997, p.634, obs. B. Bouloc.

outre être justifiée, limitée dans son domaine, être faite à un salarié de l'entreprise pourvu de qualifications suffisantes[235] et enfin être acceptée et accompagnée d'un pouvoir de direction effectif[236]. Par justification de la délégation de pouvoir, il faut entendre que le chef d'entreprise ne peut décemment assurer le respect effectif de la règlementation dont elle est l'objet et qu'elle vise par conséquent une optimisation de l'organisation de l'entreprise et une efficacité renforcée dans la prévention de la commission des infractions. La justification exigée apparaît dès lors clairement lorsque l'entreprise est d'une taille importante, qu'elle est répartie sur plusieurs sites d'exploitation ou bien encore que l'exercice de cette activité fait l'objet de règles techniques particulières. Il est à noter néanmoins que les règles se rapportant aux compétences du chef d'entreprise ne peuvent faire l'objet d'une délégation. Il en est ainsi des règles applicables à l'administration générale comme la réglementation économique[237], la politique d'entreprise[238] ou les formalités imposées par le droit des sociétés[239]. La preuve de l'existence d'une délégation de pouvoir est certes facilitée par un acte spécifique, mais elle peut aussi apparaître à la lecture de l'organigramme d'une société[240].

La seconde voie pour renverser la présomption de responsabilité du chef d'entreprise tient à la justification de l'absence de faute dans un mécanisme qui est généralement fondé sur une faute de négligence ou de non respect de règles de prudence. Ce moyen est issu d'une construction jurisprudentielle fondée sur la notion de « faute personnelle » du dirigent instaurée par la loi du 6 décembre 1976[241] permettant, par un raisonnement *a contrario*, l'admission de l'absence de faute personnelle comme moyen de preuve contraire à la présomption de responsabilité[242]. Cette ouverture semblait être confirmée par les lois du 13 mai 1996 et du 10 juillet 2000 instaurant et modifiant l'article 121-3 alinéa 3 du Code pénal en vertu duquel « *Il y a également délit, lorsque la loi le prévoit, en cas de faute d'imprudence , de négligence ou de manquement à une obligation de sécurité prévue par la*

[235] Il doit avoir les connaissances techniques et juridiques lui permettant d'assumer pleinement cette délégation de pouvoir. Cette exigence peut s'apprécier au regard de sa formation, de son expérience, du poste occupé au sein de l'entreprise : Cass. crim. 10 janv. 1963 ; *Rev. sc. crim*. 1965, p. 651, obs. A. Legal.
[236] La délégation doit s'accompagner d'une autonomie suffisante, c'est-à-dire d'un véritable pouvoir de décision quant au domaine délégué : Cass. crim. 19 août 1997 ; *Bull crim*. n° 285 ; *Dr. pén*. 1997, n° 158, obs. J.-H. Robert.
[237] Cass. crim. 6 mai 1996 ; *Dr. pén* 1996, n° 261 (2me arrêt), obs. J.-H. Robert.
[238] Cass. crim. 3 mars 1998 ; *Bull. crim*. n° 81 ; *Rev. sc. crim* 1998, p. 763, obs. B. Bouloc.
[239] Cass. crim 15 mai 1974, cité par M. Delmas-Marty in « Le droit pénal, l'individu et l'entreprise, culpabilité du fait d'autrui ou du décideur » ; *JCP* 1985, 1, n°3218.
[240] Cass. crim. 28 juin 1976 ; *Bull. crim*. n° 232.
[241] Ancien art. L.263-2 *C. trav.*
[242] V. M. Delmas-Marty et G. Giudicelli-Delage, *Droit pénal des affaires* ; Paris, PUF, 4ème éd., 2000, p. 63.

*loi ou le règlement, s'il est établit que l'auteur n'a pas accompli les diligences normales, compte tenu, le cas échéant, de la nature de ses missions ou de ses fonctions, de ses compétences ainsi que du pouvoir et des moyens dont il disposait.* » Néanmoins, cette possibilité offerte est bien mince au regard de la jurisprudence qui continue à apprécier la faute *in abstracto* et considère ainsi que la simple survenance du dommage témoigne de la négligence ou de l'absence de prise en compte des diligences normales de nature à prévenir sa survenance[243]. L'absence de faute n'est alors généralement admise que si l'auteur de l'infraction a volontairement désobéi à un ordre du chef d'entreprise[244] et que la réalisation de l'infraction ne pouvait être empêchée. Le renversement de la présomption de responsabilité qui pèse sur le chef d'entreprise apparaît donc particulièrement difficile.

Une présomption de responsabilité spécifique pèse également sur un dirigent bien particulier à savoir le directeur de la publication en matière de presse.

c. La preuve contraire à la présomption de responsabilité du directeur de la publication

Le droit de la presse met en œuvre un mécanisme de présomption de responsabilité en cascade qui fait peser en premier lieu sur le directeur de la publication[245], du fait de sa qualité professionnelle, la responsabilité des infractions de presse ou commises par voie de presse. Cette présomption de responsabilité est particulièrement difficile à renverser car contrairement à la présomption classique pesant sur le chef d'entreprise, le directeur de la publication ne peut se prévaloir d'une quelconque délégation de pouvoir[246]. Il sera en conséquence responsable de tout crime ou délit commis par la voie du journal dont il assure la direction. De par ses fonctions, le directeur de la publication est censé avoir eu connaissance de tous les écrits publiés dans son organe de presse et en avoir approuvé la publication.

---

[243] Cass. crim. 19 nov 1996 ; *Bull. crim*. n° 413 ; *Dr. pén*. 1997, comm.. n° 33, obs. M. Véron ; *Rev. sc. crim*. 1997, p. 634, obs. B. Bouloc et p. 835, obs. Y. Mayaud ; Cass. crim. 4 sept. 2001, n° 01-81378/01-81379 et 01-81380.

[244] Cass. crim.14 mars 1979 ; *Bull. crim*. n° 109; Cass. crim. 14 oct. 1986 ; *Bull. crim*. n° 288 ; *Rev. sc. crim*. 1987, p. 728, obs. C. Lazerges ; Cass. crim 6 juin 1989 ; *Dr. pén*. 1990, comm. n° 65, obs. J.-H. Robert.

[245] A leur défaut, la présomption de responsabilité pèsera sur les auteurs des articles qui conduisent à la commission de l'une des infractions visée, à défaut des auteurs, c'est la responsabilité des imprimeurs qui sera recherchée, et à leur défaut, celle des vendeurs, des distributeurs ou des afficheurs : Art. 42 de la loi de 1881 sur la presse.

[246] Cass. crim. 9 déc. 1949 ; *D.* 1950, p. 75.

Les moyens propres de preuve contraire à disposition du directeur de la publication pour s'exonérer de sa responsabilité sont alors bien maigres[247]. Il devra établir que les conditions de mise en œuvre de la présomption ne sont pas établies. Relève de ce moyen par exemple la preuve que la personne mise en cause n'exerce pas dans les faits les fonctions qu'on lui attribue. La jurisprudence ne s'arrête pas en effet sur la dénomination des fonctions qu'occupe la personne mise en cause mais vérifie qu'elle exerce effectivement les missions d'un directeur de publication. Relève également de ce moyen la preuve que l'infraction reprochée est une infraction de presse ou commise par voie de presse.

Lorsque l'infraction de presse est un acte de diffamation, le directeur de la publication se voit appliquer une double présomption. Une présomption de responsabilité en raison de sa qualité et la présomption de mauvaise foi attachée à la diffamation[248]. La force de cette double présomption va d'ailleurs très loin puisqu'en matière d'allégations diffamatoires, leur auteur peut alléguer la bonne foi, le directeur de la publication se voit interdire la preuve de sa bonne foi, c'est-à-dire l'absence d'intention malveillante. Il pourra seulement se prévaloir de la bonne foi de l'auteur des allégations diffamatoires qui, par ricochet, pourra faire tomber la prévention en privant de base les faits qui lui sont reprochés.

Ces différentes présomptions de culpabilité instituées par la loi ou par la jurisprudence peuvent sembler particulièrement efficaces et laisser peu de possibilités de réponses aux personnes mises en cause. Elles s'inscrivent néanmoins dans l'affirmation générale du principe du droit à la preuve contraire.

### B. Les présomptions de responsabilité et la préservation du droit à la preuve contraire

Les jurisprudences nationale et européenne ont validé le recours aux présomptions de responsabilité[249] mais avec l'exigence d'un encadrement strict de ces mécanismes de renversement de la charge de la preuve et la préoccupation de maintenir un réel droit à la preuve contraire. Ce cadre laisse apparaître des critères restrictifs pour la mise en œuvre des

[247] V. V. Hecquet, Thèse préc. , n° 259, p. 262.
[248] Art. 29 et 35 bis de la loi de 1881 sur la presse. V. pour une application Cass. crim. 17 déc. 1991 ; *Bull. crim*. n° 481.
[249] Cf supra, p. 40 s.

présomptions de responsabilité (1) et une liberté dans les moyens de preuve contraire susceptibles de renverser la présomption (2).

1. Des critères restrictifs de validation du recours aux présomptions de responsabilité

Les présomptions de responsabilité imposent à la personne mise en cause de rapporter la preuve contraire à l'accusation et peuvent sembler en limiter l'exercice. Or, pour que le droit à la preuve contraire reste le principe général et la limitation l'exception, il nous appartient de démontrer que la mise en œuvre des présomptions de responsabilité insiste sur la préservation de ce droit à la preuve contraire. Cette préservation du droit à la preuve contraire apparaît à la fois dans la nécessaire limitation du recours aux présomptions de responsabilité (a) et dans la prohibition des présomptions irréfragables (b) qui interdiraient purement et simplement de pouvoir rapporter la preuve contraire à l'accusation.

a. La préservation du droit à la preuve contraire par la limitation du recours aux présomptions de responsabilité

Si les jurisprudences nationale et européenne concluent à la validité des présomptions de responsabilité, l'atteinte portée à la présomption d'innocence impose que ce mécanisme ne puisse dépasser « un certain seuil »[250]. Les différentes juridictions ont alors élaboré des critères de validation qui peuvent varier quelque peu dans leur présentation. Les limites raisonnables induites pour la mise en œuvre des présomptions de responsabilité doivent ainsi tenir compte pour la Cour européenne des droits de l'Homme et pour la Chambre criminelle de la Cour de cassation, de la « gravité de l'enjeu » et de la sauvegarde « des droits de la défense »[251] . Le Conseil constitutionnel prend en compte le critère de la gravité de l'enjeu sans véritablement le qualifier[252]. Il s'appuie en revanche expressément sur l'absence de caractère irréfragable, le respect des droits de la défense et la nécessité que « les faits

[250] Cf. CEDH 7 oct. 1988, Salabiaku c/ France, préc.
[251] Cass. crim. 30 janv. 1984 ; *Bull. crim*. n° 33 ; Cass. Crim. 16 mars 1993 ; *Bull. crim*. n° 115.
[252] On peut en effet interpréter la validation du recouurs aux présomptions de responsabilité, à titre exceptionnel, « *notamment en matière contraventionnelle* » : Cons. contit. 16 juin 1999, déc. n° 99-411 DC relative à la loi portant diverses mesures relatives à la sécurité routière et aux infractions sur les agents des exploitants de réseau de transport public de voyageurs, cons. n °5 ; *JORF* du 19 juin 1999, p. 9018 s.

induisent raisonnablement la vraisemblance de l'imputabilité » [253]. Ces différents éléments montrent une certaine cohérence dans les critères de validité des présomptions de responsabilité. Les garanties ainsi établies doivent limiter le recours aux présomptions et ainsi préserver le libre exercice du droit à la preuve contraire.

La première limite, basée sur la gravité de l'enjeu, est utilisée aussi bien par la Cour européenne des droits de l'homme, par la chambre criminelle de la Cour de cassation et, de manière, implicite par le Conseil constitutionnel. Le contenu de cette notion, sans une définition précise, peut laisser perplexe et être sujet à de multiples interprétations. De nombreux auteurs apprécient cette notion au regard de la sanction encourue[254]. Afin qu'une présomption de responsabilité puisse être établie, il faudrait alors que la sanction soit d'une faible gravité et que l'enjeu soit donc peu important[255]. Néanmoins, l'éclairage de la Cour européenne des droits de l'Homme sur cette notion semble aller dans un autre sens[256]. L'analyse effectuée par la juridiction européenne dans une décision relative à la présomption de responsabilité du directeur de la publication, fait un lien entre la « gravité de l'enjeu » et le but poursuivi par le législateur en précisant que cette présomption de responsabilité avait pour objectif « *de prévenir efficacement la diffusion dans les médias d'allégations ou imputations diffamatoires ou injurieuses en obligeant le directeur de la publication à exercer un contrôle préalable* ». Dans ce sens, la « gravité de l'enjeu » toucherait à l'importance de l'atteinte portée à la norme sociale et à l'intérêt corrélatif d'inverser la charge de la preuve dans l'objet à la fois préventif et répressif du droit pénal[257]. Il semble que cette conception de la « gravité de l'enjeu » ait également été reprise par le Conseil constitutionnel qui dans un considérant préliminaire de sa décision rendue à propos de l'article L. 21-2 devenu L. 121-3 du Code de la route, a déclaré que « *la prévention d'atteintes à l'ordre public, notamment d'atteintes à l'intégrité physique des personnes, la recherche et la condamnation des auteurs d'infractions sont nécessaires à la sauvegarde de principes et droit de valeur constitutionnelle* »[258].

---

[253] Le Conseil constitutionnel en fait une véritable condition autonome à côté des autres critères de validation : « *de telles présomptions peuvent être établies* […], *dès lors qu'elles ne revêtent pas de caractère irréfragable, qu'est assuré le respect des droits de la défense et que les faits induisent raisonnablement la vraisemblance de l'imputabilité* » : Cons. const. 16 juin 1999, déc. n° 99-411 DC, préc.

[254] B. Bouloc, « Présomption d'innocence et droit pénal des affaires » ; *Rev. sc. crim*. 1995, p. 463 ; J. Pradel, *Droit pénal comparé* ; Paris, Dalloz, 2ème éd., 2002, n° 305, p. 336 ; P. Couvrat et M. Massé, *D*. 1992, somm. p. 204.

[255] La référence du Conseil constitutionnel à la matière contraventionnelle pourrait faire penser à cette interprétation

[256] CEDH 30 mars 2004, Radio France c/France, req. n° 53984/00.

[257] V. Hecquet, Thèse préc., n° 347 s, p. 376 s.

[258] Cons. Const. 16 juin 1999, déc. n° 99-411 DC relative à la loi portant diverses mesures relatives à la sécurité routière et aux infractions sur les agents des exploitants de réseau de transport public de voyageurs, préc.

L'interprétation jurisprudentielle tend par conséquent à limiter le recours aux présomptions de responsabilité aux domaines qui laissent apparaître une particulière gravité de l'atteinte sociale causée par l'acte délictueux ou par le phénomène de masse qu'il représente.

La deuxième limite exposée par l'ensemble des juridictions tient à la sauvegarde ou à la protection des droits de la défense. En effet, la Cour européenne des droits de l'Homme et la Cour de cassation valident le recours aux présomptions de responsabilité lorsqu'elles se situent dans des « *limites raisonnables* », c'est-à-dire qu'elles préservent « *les droits de la défense* ». Le Conseil constitutionnel a adopté la même position en précisant que ces présomptions *« peuvent être établies* […]*, dès lors qu'est assuré le respect des droits de la défense* »[259]. La principale garantie issue des droits de la défense et permettant de valider le recours aux présomptions de responsabilité réside dans le respect du caractère contradictoire de la procédure. Cette exigence tend à démontrer que le défenseur pénal doit être mis en mesure de discuter l'ensemble des preuves retenues contre lui, y compris les présomptions qui lui sont défavorables. Le respect du contradictoire doit permettre à la perosnne mise en cause de contester sa culpabilité. En cela, les présomptions de responsabilité constituent un renversement de la charge de la preuve mais non pas une dispense pleine et entière de recherche de la preuve au profit de l'accusation. Le juge chargé de trancher le litige se déterminera alors en ayant connaissance de tous les arguments développés par les parties qui sont de nature à forger son intime conviction.

A côté de ces limites, le Conseil constitutionnel a érigé en conditions autonomes la vraisemblance raisonnable de l'imputabilité et la prohibition des présomptions irréfragables.

S'agissant de la vraisemblance raisonnable de l'imputabilité, elle constitue l'essence même de la présomption qu'elle soit instituée par le législateur ou par le juge. Nous pouvons même nous interroger sur le caractère redondant de la juxtaposition des termes « vraisemblance » et « raisonnable ». Le choix de ces termes permet à la présomption de se rapprocher des critères de probabilité. Il s'agit bien là du cœur de cette exigence, c'est-à-dire du souhait de voir la présomption se rapprocher de la réalité des faits, de la vérité. Le mécanisme de la présomption doit dès lors puiser ses fondements dans des éléments suffisamment graves, précis et concordants que le raisonnement et l'expérience relient dans la plupart des cas à la culpabilité. Afin de vérifier les fondements des présomptions instituées, il convient de se pencher sur les « éléments déclencheurs » de la présomption. En matière douanière, la présomption de responsabilité du détenteur de marchandises de fraude instituée

[259] Cons. const. 16 juin 1999, préc.

s'appuie sur la preuve que la marchandise est de contrebande et que la personne mise en cause en est le détenteur. Ces deux éléments étant réunis, il paraît raisonnable de penser que la personne poursuivie est responsable de cette infraction.

Dans l'exemple de la validation de la présomption instituée par l'article L.121-3 du Code de la route, la légitimité de la déduction vient du fait que le titulaire du certificat d'immatriculation qui refuse ou est dans l'incapacité d'apporter des éléments de preuve contraire laisse penser qu'il ne souhaite pas contribuer à la manifestation de la vérité ou qu'il a commis une faute personnelle dans la surveillance de son bien. Ces éléments induisent par conséquent de manière vraisemblable et raisonnable sa faute personnelle.

Nous étudierons de manière séparée la prohibition des présomptions irréfragables qui nous semble être le critère déterminant de validation des présomptions de responsabilité en dehors des limites plus floues que constituent le critère de la gravité de l'enjeu et de la vraisemblance de l'imputabilité.

b. La préservation du droit à la preuve contraire par la prohibition des présomptions irréfragables

La justification même de l'existence des présomptions de responsabilité est basée sur la possibilité de renverser ce mécanisme, et donc, pour la personne mise en cause, la possibilité d'apporter au débat des éléments de preuve de son innocence. Dans ces circonstances, aucune présomption ne devrait être absolue[260]. Le Conseil constitutionnel a clairement basé la validation du recours aux présomptions de responsabilité sur la prohibition des présomptions irréfragables alors que les jurisprudences de la Cour européenne et de la Cour de cassation déduisent cet élément de la « préservation des droits de la défense ». En effet, le renversement de la charge de la preuve induit la possibilité pour la personne mise en cause de pouvoir se défendre et par conséquent de rapporter la preuve de son innocence. Un mécanisme interdisant purement et simplement à la personne poursuivie de faire valoir efficacement des arguments contraires à l'accusation serait contraire au respect des droits de la défense et à l'idée même de justice. Ce constat induit l'exigence de la prohibition des présomptions irréfragables. Néanmoins, si les différents cas de présomption laissent apparaître dans la forme la possibilité de renversement, il apparaît très clairement que ces

[260] R. Garraud, *Précis de droit criminel* ; Paris, Sirey, 1907, p. 688.

possibilités ne sont pas toujours effectives dans la pratique. L'existence de présomptions de responsabilité ne doit pas avoir pour corollaire l'impossibilité absolue pour la personne mise en cause de prouver son innocence. Si la jurisprudence aussi bien nationale qu'européenne affirme très clairement la prohibition des présomptions irréfragables, on peut s'interroger sur la prise en compte effective de ce principe. En effet, dans le cas par exemple des présomptions de responsabilité du chef d'entreprise, il ne peut, en pratique, faire valoir l'absence de faute. Le directeur de la publication en matière de presse ne pourra s'exonérer de sa responsabilité qu'en contestant sa qualité effective de directeur de publication ou en s'appuyant sur la bonne foi de l'auteur de l'article comportant des propos diffamatoires.

L'existence de ces minces possibilités d'exonération semble être analysée par la jurisprudence comme de véritables moyens de défense. Or, cela ne semble manifestement pas pertinent. Même si, en effet, il ne s'agit pas à proprement parler de présomptions irréfragables puisqu'une une mince possibilité d'exonération est ouverte, ce qui apparaît comme le plus choquant est que la personne mise en cause ne puisse démontrer par des considérations qui lui sont propres, l'absence de faute, d'élément intentionnel du délit.

Malgré des avancées significatives, la réforme de notre droit pénal ne pourra pas faire l'impasse sur la mise en conformité de ces mécanismes afin de les rendre compatible avec le principe conventionnel de l'égalité des armes et le droit ultime de toute personne mise en cause de rapporter la preuve contraire à l'accusation.

### 2. La liberté des moyens de preuve contraire face aux présomptions de responsabilité

Contrairement à la présomption de vérité attachée à certains procès-verbaux, la preuve contraire aux présomptions de responsabilité n'est pas limitée par un mode de preuve particulier. Dès lors, la preuve contraire est libre et sera appréciée par le juge en vertu de son intime conviction. Il faut ici bien distinguer l'objet de la preuve contraire avec les moyens de preuve contraire. En effet, si le mécanisme des présomptions de culpabilité va orienter la pesonne mise en cause vers un élément de l'affaire contre lequel elle devra lutter, il ne lui impose pas un moyen de preuve particulier. Prenons l'exemple de l'infraction de proxénétisme. Si la présomption va pointer des ressources qui seront réputées provenir de la prostitution d'autrui, obligeant par là-même la personne mise en cause à justifier

principalement ces ressources, elle a toute latitude pour prouver l'origine légales des fonds concernés. Dès lors, l'utilisation de documents domestiques, de témoignages, d'actes juridiques pourra valablement porter. Il suffira qu'ils aient une force suffisante pour emporter l'intime conviction du juge. La jurisprudence a également confirmé que la preuve contraire à une présomption de responsabilité pouvait résulter d'éléments recueillis de manière déloyale[261] ou même par des procédés constitutifs d'une infraction pénale[262].

Dans le cadre des présomptions de responsabilité, la limitation du droit à la preuve contraire vise non pas les moyens de preuve à disposition de la personne mise en cause mais l'objet de la preuve contraire à rapporter. Or, si la limitation des moyens de preuve peut apparaître comme une réelle limite du droit à la preuve contraire, la limitation dans l'objet de la preuve a plus pour vocation de cibler l'intervention de la preuve contraire et peut même à divers égards faciliter la tâche de la personne mise en cause et faciliter l'exercice du droit à la preuve contraire pour la personne qui est effectivement innocente. Cette affirmation se vérifie particulièrement en matière de présomption d'existence de l'élément matériel de l'infraction. La preuve contraire consistera à rapporter la preuve d'un fait positif contredisant la présomption. En matière de proxénétisme, il s'agira de l'origine licite de ses revenus ; en matière de contrebande, il s'agira de la preuve de l'introduction régulière des marchandises sur le territoire national par la production des documents douaniers idoines. L'innocent doit avoir les moyens de produire cette preuve contraire et échapper ainsi à la répression. La tâche semble se compliquer lorsque les présomptions touchent à l'existence de l'élément intentionnel de l'infraction ou tendent à désigner un responsable. L'évolution législative vise néanmoins à renforcer l'effectivité du droit à la preuve contraire en la matière. La preuve du défaut d'intention ou de l'absence de responsabilité est en effet rendue possible par la preuve d'un fait positif comme le cas de force majeure, la délégation de pouvoir, ou la conjonction d'actes positifs qui peuvent laisser apparaître la bonne foi. Outre le fait que ces critères se sont peu à peu imposés dans notre législation, même en matière douanière, ils sont également mieux reçus par la jurisprudence et l'intime conviction du juge même si la marge d'appréciation est par essence plus souple que dans le cadre des présomptions d'existence de l'élément matériel.

Le recours aux présomptions de vérité et de culpabilité participe clairement à l'affirmation d'un droit à la preuve contraire même si les circonstances peuvent en limiter

[261] Cass. crim. 18 nov. 1986 ; *Bull. crim*. n° 345 dans le cas de propos recueillis, à l'insu d'un médecin, consulté par une "fausse patiente" dans le cadre d'une enquête intitulée "Maigrir sur ordonnance".
[262]Cass. crim 11 juin 2002 ; *Bull. crim*. n° 132 : cas d'un recel de violation du secret de l'instruction.

l'exercice. Il en va de même de la « présomption du fait de l'homme », perception subjective des faits par le juge, qui fait peser un lourd sentiment de culpabilité sur la personne mise en cause par des éléments de faits qui peuvent sembler insurmontables. La question qui se pose alors est de savoir si la preuve contraire est possible face à une preuve considérée comme parfaite.

## Section 2 : La preuve contraire à la preuve dite « parfaite »

Pour affirmer l'existence d'un réel droit à la preuve contraire, il est nécessaire de démontrer son application à tous les stades de la procédure et contre toute forme d'accusation. Nous avons pu voire que l'exercice du droit à la preuve contraire pouvait être encadré et limité dans certaines circonstances, il nous appartient désormais de vérifier si ce concept de droit à la preuve contraire est applicable à ce que l'on peut qualifier de bastion de l'accusation. Il s'agit bien sûr du cas où des observations scientifiques ou techniques fondent les éléments culpabilité. Nous nous attacherons dès lors à confronter la notion de droit à la preuve contraire à ce qui constitue les éléments d'une preuve dite « parfaite ». En effet, en s'arrêtant aux mots, il semblerait par essence impossible de lutter contre une preuve parfaite. L'existence d'un droit à la preuve contraire ne peut se satisfaire de ce constat et nous soulignerons l'abus de langage qui conduit à cette expression en développant le mythe et la réalité de cette preuve dite parfaite (§1) avant d'exposer les moyens qui préservent un droit à la preuve contraire dans ce domaine (§2).

### §1. Mythe et réalité de la « preuve parfaite »

Les modes de preuve utilisés pour établir la culpabilité d'un individu soupçonné d'avoir commis une infraction pénale ont évolué au cours des siècles. Si la recherche de l'aveu et le recours aux témoignages ont pendant longtemps guidé la conduite des enquêtes pénales, les évolutions scientifiques et techniques ont renforcé la place des constatations, du traitement des indices matériels et des expertises.

L'irruption de la démarche scientifique dans la technique probatoire n'est pas récente, et à ce titre nous pouvons citer cette anecdote du VI^e siècle avant Jésus Christ issue du Talmud[263] : un homme qui voulait divorcer de sa femme organisa une fête et poussa son épouse et quelques invités à boire plus que de raison. Lorsque son épouse et les invités furent ivres et endormis, il allongea celle-ci et l'un de ses invités sur la même couche et fit couler un albumen d'œuf ente les deux corps. L'époux fit éclater le scandale de l'adultère mais sa femme organisa scientifiquement sa défense. Elle fit venir un médecin qui analysa la substance, objet du soi-disant adultère, et démontra qu'il ne s'agissait pas de liquide séminal, mais tout simplement d'un résidu d'œuf.

Dans l'exemple cité, la science a permis de lever une accusation. Mais il est de plus en plus fréquent que des opérations scientifiques ou techniques fondent le sentiment de culpabilité, participent à l'identification des délinquants et donc servent de pièce maitresse à l'accusation[264]. Les progrès considérables de la science et des techniques peuvent apporter des éléments de conviction emprunts d'objectivité qui rassurent le juge et lèvent les derniers doutes qui pouvaient l'habiter. Face au poids considérable de ces éléments de conviction, on peut s'interroger sur la possibilité même d'organiser une quelconque défense et par conséquent d'apporter des éléments de preuve contraire à ces constatations scientifiques ou techniques souvent qualifiées de « preuves parfaites ». Ces procédés scientifiques ou techniques sont utilisés avec efficacité comme moyens de preuve de nos jours (A), mais leur conférer un caractère absolu relève d'un abus de langage et nous insisterons sur la relativité de ces méthodes (B).

---

[263] V. Smith, « Scientific proof » ; *Southern California Law Review*, 16, 1943, cité par C. Puigelier, « Observations sur le droit penal scientifique à l'aube du troisième millénaire », in : *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire - Mélanges offerts à Jean Pradel* ; Paris, Cujas, 2006 p. 473.

[264] Notons pour l'anecdote que la démarche scientifique n'est pas infaillible et que certaines techniques se sont rapidement révélées inexactes et nous font aujourd'hui sourire. Prenons par exemple le cas de l'anthropologie criminelle introduite par le médecin turinois Cesare Lombroso auteur en 1876 de « l'Uomo delinquente ». Il développa une théorie déterministe selon laquelle les criminelles étaient identifiables par des caractéristiques physiques. A partir de l'examen de 5907 délinquants et 388 crânes, il concluait que le criminel de sexe masculin était souvent gaucher et se caractérisait par une asymétrie crânienne, une atrophie du cœur, un nez aquilin ou crochu, des mâchoires robustes et un fréquent strabisme. La femme criminelle pour sa part est dotée d'une « pilosité désordonnée ». Cf B. Durupt, *La police judiciaire* ; Paris, Galimard, coll. « Découvertes », 2000, p. 15.

### A. L'existence de procédés scientifiques ou techniques utilisés avec efficacité comme moyens de preuve

Dans le cadre du procès pénal, la preuve des faits peut être rapportée en principe par tout moyen[265]. Ce principe de la liberté de la preuve induit qu'aucun moyen de preuve n'a une autorité supérieure à un autre.

Pourtant, le qualificatif de preuve parfaite, autrement dit infaillible, s'applique généralement aux résultats d'expertises scientifiques, ou bien encore à l'utilisation de procédés techniques tels que l'usage du magnétophone, du polygraphe, des écoutes téléphoniques ou de narcotiques. Il apparaît alors que la vérité scientifique ne laisse que peut de place à l'intime conviction qui doit emporter la décision des magistrats. Cette place est particulièrement restreinte en matière de tests génétiques, ce qui a conduit certains auteurs à qualifier cette technique de « reine des preuves »[266]. C'est pourquoi, après avoir tracé un rapide aperçu des techniques modernes de preuves (1), nous développerons de manière spécifique la montée en puissance de l'utilisation des tests génétiques et leur efficacité (2).

#### 1. Aperçu des techniques modernes utilisées dans la recherche de la vérité

Par le terme « preuve scientifique » il conviendra d'entendre toute technique faisant intervenir un procédé scientifique et permettant d'obtenir des aveux ou une analyse précise d'indices recueillis.

Parmi les procédés scientifiques permettant d'obtenir des aveux ou des témoignages, beaucoup sont prohibés en France, mais il ne faut néanmoins pas les passer sous silence (a). Nous verrons donc dans un premier temps l'utilisation des examens polygraphiques, thermographiques, sous hypnose ou narcose ainsi que la montée en puissance du « profilage » pour ensuite étudier le cas des procédés autorisés par notre législation tels que les enregistrements sonores, vidéos, les écoutes téléphoniques ainsi que le recours à la preuve informatique et numérique dont l'exploitation a considérablement augmenté ces dernières années (b).

---

[265] Art. 427 *C. proc. pén.* : « *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* ».

[266] J.-N. Mazen, « Tests et empreintes génétiques: du flou juridique au pouvoir scientifique » ; *Les Petites Affiches*, 14 déc. 1994, n° 149.

a. Les procédés techniques ou scientifiques interdits en droit français

Les examens polygraphiques ou thermographiques reposent sur les réactions psychosomatiques de l'individu : en effet, un changement dans les sentiments consciemment contrôlés provoque chez le sujet des modifications physiologiques de divers ordres imputables au stress. Dans le cas du test par polygraphe (spectaculairement appelé « détecteur de mensonges »), des capteurs enregistrent l'émotivité du sujet face à des questions en prenant en compte sa respiration, son rythme cardiaque et ses réflexes dits « galvanatiques » (réactions nerveuses et musculaires)[267]. S'agissant de l'utilisation de la thermographie infrarouge, elle permet de mettre en évidence ce même stress par une autre modification physiologique qui est l'élévation de la température que l'on peut relever à la surface de certains endroits du corps humain (on peut citer plus particulièrement les tempes, le pavillon de l'oreille, les régions oculaires et le cou). Ces symptômes thermiques de l'émotion peuvent facilement être perçus à distance et donc sans contact à l'aide d'une caméra thermique. Le recours à ces « détecteurs de mensonges » serait dès lors de nature à confondre les individus qui mentent. Au delà de ce constat, ces techniques permettraient également de démasquer les personnes qui, se refusant à mentir, gardent le silence. L'appareil révèlerait alors la crainte ou l'angoisse résultant des réponses que la personne se refuse à faire.

Les Etats-Unis font une utilisation fréquente du détecteur de mensonges aussi bien au cours de procédures judiciaires qu'à l'occasion de recrutements dans certaines administrations sensibles (FBI, NSA, CIA…). Dans d'autres pays, le recours à ces techniques n'est admis que dans le cadre des enquêtes criminelles comme en Inde, au Japon au Canada ou encore en Belgique[268]. Néanmoins la fiabilité de ces techniques a toujours posé de sérieuses interrogations et provoqué de grandes polémiques. Cette technique semble déjà être dépassée par de nouvelles méthodes combinant l'outil informatique et des analyses issues des sciences humaines dont l'objectif premier reste toujours de tester la validité des témoignages. Citons pour exemple l'analyse linguistique ou l'analyse vocale[269] sans parler de ce que laisse

[267] Le Beaunois Etienne Jules Marey, précurseur de la physiologie du mouvement, et du cinéma, a dès 1884, obtenu une transcription graphique des modifications de la pression sanguine dues à l'état de stress.
[268] La Belgique a même inclus l'utilisation du polygraphe dans les formations aux techniques d'audition et autorise son utilisation par le service des sciences comportementales.
[269] Citons pour exemple le développement du logiciel Truster, un analyseur vocal permettant déceler les « microtremblements » de la voix.

entrevoir le développement des neurosciences quant à l'analyse des aires cérébrales du cerveau d'un individu confronté à des questions ou à l'identification d'un visage connu[270].

L'utilisation de l'hypnose et de la narco-analyse, contrairement aux techniques précédentes qui tendent à révéler des signes physiques du mensonge, s'attachent à supprimer toute volonté de masquer la vérité dans le discours en provoquant un état d'altération de la conscience. Longtemps décriée, l'hypnose a été peu à peu réhabilitée par la médecine qui l'utilise dans le traitement de certaines affections. Cette technique vise à atteindre chez le sujet l'état somnambulique, dans lequel l'individu paraît endormi mais au cours duquel on peut lui poser des questions et dont l'état de lucidité permettrait même d'éclairer les recherches d'une enquête. La narco-analyse se rapproche de cette première technique mais en provoquant un état hypnagogique par l'injection d'un hypnotique (Pentothal, Evipan ou autres dérivés de l'acide thiobarbiturique). À la phase de somnolence provoquée par l'injection, succède une phase de réveil à partir de laquelle commence l'analyse facilitée par la baisse de vigilance. L'association d'autres substances telles que méthylamphétamine et barbituriques provoque alors une subnarcose amphétaminée qui facilite l'expression de l'individu. Il va de soi que la pratique d'un tel procédé d'exploration psychique se révèle extrêmement dangereux.

La pratique d'un interrogatoire sous narcose fait bien sûr l'objet d'une forte réprobation de la doctrine et est sanctionnée par la jurisprudence[271]. Cependant, le Tribunal correctionnel de la Seine a admis, dans une célèbre décision du 23 février 1949[272], que des experts chargés de rechercher si un prétendu aphasique était un simulateur avaient pu le placer sous narcose et constater alors qu'il pouvait parler. Il s'agit là d'un cas bien singulier et si le narco-diagnostic pouvait être admis, il n'en est pas de même de la narco-analyse ou du narco-interrogatoire[273]. Quant à l'hypnose somnambulique, son utilisation a encore récemment été condamnée par la jurisprudence dans une affaire où un témoin, gendarme de son état, avait

[270] Sur le développement de ces techniques expérimentales, V. S. Clément, « Songes d'une pure vérité : à propos des détecteurs de mensonges » ; *RICPT* janv.-mars 2004, p. 55.
[271] Aix en Provence 8 mars 1961 ; *Rev. sûr. nat*. mars-mai 1961, p. 48.
[272] T. cor. de la Seine 23 fév. 1949 dans l'affaire Cens ; *D*. 1949, Jurisp. p. 287 ; *JCP* 1949, II, 4786. Dans cette espèce, les experts chargés d'effectuer cette analyse avaient été poursuivis du chef de violences volontaires et violation du secret professionnel pour avoir recherché, grâce à une injection de penthotal si les dires d'un suspect correspondaient bien à son état mental. La juridiction a rejeté les accusations en concluant que les psychiatres pouvaient provoquer par l'emploi de drogue un état hypnagogique afin de déjouer les ruses de l'inculpé et de déceler la simulation.
[273] Le Tribunal correctionnel de la Seine, dans la décision citée précédemment, s'il a justifié le recours au narco-diagnostic, a par ailleurs estimé qu'il était interdit d'utiliser des drogues afin d'interroger par ce biais la personne poursuivie et recueillir des aveux inconscients.

fait l'objet d'une audition sous hypnose réalisée avec son accord et conformément à une commission rogatoire délivrée par un juge d'instruction[274].

Outre l'aspect éthique de l'injection médicamenteuse dans le cas de la narco-analyse, ces deux procédés peuvent conduire un individu à participer à sa propre incrimination sans s'en rendre compte du fait de la baisse de vigilance induite par ces procédés. On serait même tenté de qualifier ces techniques de véritable extorsion d'aveux. Et dans ces circonstances, peu importe que l'intéressé ait apporté son consentement, l'atteinte aux intérêts de la personne est jugée trop importante pour être admissible.

Nous terminerons l'exposé des moyens de preuve techniques ou scientifiques modernes par l'apparition récente et la montée de la prise en compte de ce que l'on a appelé l'expertise psycho-criminologique ou encore « profilage criminel ». Il ne s'agit en effet plus ici de dresser le profil psychiatrique d'un individu qui va passer en jugement afin d'apprécier sa responsabilité ou les déviances décelables qui peuvent expliquer son passage à l'acte, mais en amont de tracer le profil psychologique voire physique d'un délinquant en prenant en compte simplement les circonstances de la commission de l'infraction. Le profil permettant alors de rechercher le coupable. L'emploi de cette technique a véritablement pris naissance en 1957 aux Etats-Unis et plus précisément au sein d'unités spécialisées du FBI. Les résultats obtenus ont rapidement conduit à son utilisation par des services de police du monde entier[275]. En France néanmoins, si l'assistance de psychologue apparaît de plus en plus fréquente au stade de l'enquête ou de l'instruction[276], elle ne doit pas conduire à la délégation pure et simple des pouvoirs du juge à un expert dont les conclusions serviraient seules à la mise en cause et à l'arrestation d'un individu. La Cour de cassation a d'ailleurs écarté cette technique de profilage pure dans le cadre d'une information ouverte pour un assassinat non élucidé[277]. Il apparaissait en l'espèce qu'un juge d'instruction avait délivré une commission rogatoire et confié une expertise à un psycho-criminologue par une mission dont le libellé était

[274] Cass. Crim. 28 nov. 2001 ; *Bull. crim*. n° 248 en ce qui concerne la mise sous hypnose d'un suspect, et dans le cas de l'utilisation de l'hypnose chez un témoin, V. Cass. crim. 12 déc. 2000 ; *Bull. crim*. n° 369 ; *JCP* 2001, II, 10495; *D.* 2001 p. 1340 ; *Dr. pén*. 2001, comm. n° 38 ; *Procédures* 2001, comm. n° 70 ; *Rev. sc. crim*. 2001 p. 610.

[275] Voir sur le sujet : T. Toutin, *Le profilage criminel* ; Paris, La documentation française, 2000 ; R. Ressler, *Chasseurs de tueurs* ; Paris, Presses de la cité, 1993.

[276] En France, la Direction Centrale de la Police Judiciaire a été dotée à l'automne 2002 d'un logiciel de profilage nommé SALVAC (Système d'Analyse des Liens de la Violence Associée aux Crimes) élaboré par la Gendarmerie Royale Canadienne dans les années 1990.

[277] Cass. crim. 29 janvier 2003 ; *Bull. crim*. n° 22 ; *D.* 2003, somm. p. 1730, obs. J. Pradel ; *Dr. pén.* avril 2003, n° 4, comm. n° 53 p. 23, note A. Maron ; *Procédures,* avril 2003, n° 4, comm. n° 100 p. 26, note J. Buisson.

particulièrement large. L'expert après avoir examiné la procédure et les circonstances du décès de la victime, a conclu que la personnalité d'un proche de la victime était « totalement compatible avec un passage à l'acte meurtrier, sous le coup d'une frustration avec une préméditation assez courte ». Le rapport d'expertise fut faxé au service d'enquête et conduisit au placement en garde à vue de l'individu bien avant d'être déposé sur le bureau du juge d'instruction. Au cours de cette garde à vue, l'expert prit « des contacts répétés et suivis avec les enquêteurs » sans en avertir le juge d'instruction. Après avoir été présentée, la personne mise en cause a été mise en examen du chef d'assassinat. L'intéressé a alors soulevé la nullité des opérations d'expertise et par conséquent de la garde à vue. La chambre de l'instruction a fait droit à ses demandes en considérant que la mission confiée à l'expert constituait, en raison de son imprécision, une délégation générale de pouvoir le privant de tout contrôle et que l'expert avait excédé les termes de sa mission sans jamais rendre compte au juge de son action qui a abouti à l'identification de la personne mise en cause sans même l'avoir examinée et, par conséquent, tranché une question entrant dans la seule compétence du magistrat. Il ne pouvait donc s'agir en l'état d'une expertise telle qu'elle est définie et limitée par l'article 156 du Code de procédure pénale.

À la suite d'un pourvoi formé par le procureur général et les parties civiles, la Cour de cassation a confirmé l'argumentation de la chambre de l'instruction et l'annulation de l'expertise psycho-criminologique et de manière subséquente, de la garde à vue. Dans cette décision, ce n'est pas le profilage en lui-même qui est censuré, mais le recours excessif à cette technique sans un contrôle suffisant. Le complément que constitue le profilage criminel doit par conséquent rester strictement encadré, ne pas excéder le cadre de la mission commandée par le juge et doit en aucun cas être analysé comme une possibilité de mise en cause directe d'un individu.

Après avoir rapidement balayé les procédés qui sont interdits par le droit pénal français, et plus globalement par le droit pénal de l'ensemble des pays d'Europe, nous allons maintenant porter notre étude sur quelques techniques admises par notre législation et qui nous poussent à nous interroger quant à la possibilité de prouver le contraire de ce quelles révèlent. Leur redoutable efficacité a d'ailleurs contraint le législateur à en encadrer l'utilisation afin de préserver les libertés individuelles.

b. Le cadre autorisé de l'utilisation des techniques modernes de preuve

Parmi les moyens de preuve modernes, certains rendent difficile voire hasardeuse la production d'une preuve contraire parce qu'ils visent à surprendre et à retenir les manifestations de la volonté délinquante. Il peut alors s'agir de capter ou comme le disaient certains auteurs, de « subtiliser »[278] des paroles que ce soit dans le cadre des activités de la vie quotidienne, dans des lieux privés ou de l'écoute des communications téléphoniques et même dorénavant de l'enregistrement de scènes entières par l'utilisation de moyens vidéos. Nous nous pencherons ensuite sur l'utilisation de plus en plus importante des moyens informatiques à titre de preuve face aux évolutions de la délinquance.

Les progrès rapides de la technologie depuis ces dernières décennies ont eu une application considérable dans le domaine de la captation de parole. Deux possibilités sont alors ouvertes : celle de l'écoute téléphonique et celle de la sonorisation. L'écoute téléphonique se définit comme l'acquisition de contenus d'une communication filaire, électronique ou orale qui a lieu par l'intermédiaire d'un dispositif électronique ou mécanique[279]. Pendant longtemps, aucune législation ne régissait le recours à ces procédés même si la jurisprudence les avait admises[280]. Cet état de fait avait d'ailleurs conduit à des condamnations successives de la France par la Cour européenne des droits de l'Homme aussi bien en matière d'interceptions de communications[281] que de sonorisation[282] (à chaque fois sur un défaut de qualité de la loi en l'occurrence une insuffisance de la prévisibilité de nature à justifier une atteinte à la vie privée).

Le législateur est intervenu sur le domaine des interceptions de correspondances par une loi du 10 juillet 1991 qui précise les cas dans lesquels une telle mesure peut être ordonnée par le juge d'instruction, ou de manière exceptionnelle, par la chambre d'accusation, le

---

[278] P. Bouzat, « Les procédés modernes d'investigation et la protection des droits de la défense », in : *rapports du cinquième congrès international de droit comparé de Bruxelles Ŕ 4/9 août 1958* ; *supplément Rev. sc. crim.* avril-juin 1958, n° 2.

[279] D. Giannalopoulos et R. Parizot, « La preuve technologique des interceptions et surveillances », in : *Les transformations de l'administration de la preuve pénale*, dir. G. Giudicelli-Delage ; Paris, Société de législation comparée, 2006, p. 245.

[280] La Cour de cassation a admis le recours aux interceptions de correspondance à partir de l'affaire Tourney : Cass. crim. 9 oct. 1980 ; *D.* 1981, p. 332, note J. Pradel ; *JCP* 1981, éd. G., II, n° 19378, note G. Di Marino.

[281] CEDH 24 avril 1990, arrêts Kruslin et Huvig c/ France, req. 11801-85 ; *D.* 1990, p. 353, note J. Pradel ; *Rev. sc. crim*. 1990, p. 615, obs. L.E. Pettiti.

[282] CEDH 31 mai 2005, Vetter c/ France ; *RPDP* 2006, p. 137, obs. C. Ambroise-Casrérot ; *D*. 2006, p. 764, note D. Roets.

tribunal correctionnel et la Cour d'assises dans le cadre d'un supplément d'information[283]. La loi opère une double limitation. La première vise les infractions poursuivies qui doivent être d'une certaine gravité. Il doit s'agir d'un crime ou d'un délit pour lequel la peine encourue est égale ou supérieure à deux ans d'emprisonnement[284]. La seconde limitation vise les personnes objets des écoutes. Il ne peut s'agir de parlementaires, d'avocats ou de magistrats sans que les représentants des organes dont ils dépendent ne soient informés de cette mesure[285]. Dans le cadre d'une enquête préliminaire ou de flagrance en matière de criminalité organisée, l'interception de correspondance pourra être autorisée par le juge des libertés sur requête du procureur de la république et pour une durée de quinze jours renouvelable une fois[286].

La sonorisation quant à elle, peut être définie comme l'utilisation de microphones permettant d'écouter voire éventuellement d'enregistrer des conversations qui se tiennent en un lieu précis qui peut être une pièce, un site extérieur ou un véhicule automobile[287]. Elle a fait l'objet d'une loi du 9 mars 2004 mais qui a limité son application à un pan très précis de la législation pénale qui vise la délinquance et la criminalité organisée. La possibilité pour le juge d'instruction d'autoriser la mise *« en place d'un dispositif technique ayant pour objet, sans le consentement des intéressés, la captation, la fixation, la transmission et l'enregistrement de paroles prononcées par une ou plusieurs personnes à titre confidentiel , dans des lieux ou véhicules privés ou publics »*[288] aux crimes et délits entrant dans la qualification de crime ou délit organisé. Même si les infractions relevant de cette qualification sont pour le moins nombreuses, la prescription de ces mesures d'enquêtes ne s'applique pas aux infractions de droit commun.

Au-delà du simple enregistrement sonore, l'image a aussi depuis longtemps alimenté la procédure pénale et plus particulièrement la recherche des preuves. L'adage populaire « il faut le voir pour le croire » nous laisse entrevoir tout le crédit que l'on peut donner à la représentation du réel en images : « L'objet présenté s'imprimant directement sur la couche

[283] Par l'effet du renvoi de texte à texte des art. 205 et 283 *C. proc. pén*. s'agissant de la chambre d'accusation et de la Cour d'assises. S'agissant du tribunal correctionnel, la rédaction de l'art. 463 *C. proc. pén*. est sujette à interprétation, mais la circulaire d'application (art. C. 100) du 26 septembre 1991 va dans ce sens.
[284] Art. 100 *C. proc. pén*.
[285] Art. 100-7 C. *proc. pén*.
[286] Art. 706-95 *C. proc. pén*.
[287] G. Accomando et C. Guéry, « La sonorisation, un mode légal de preuve ? » ; *D.* 2002, n° 25, Doctr. p. 2001.
[288] Art. 706-96 *C. proc. pén.*

sensible de la pellicule, l'image vidéo constitue une preuve, un certificat de réalité. Plus qu'une représentation, il s'agit d'une présentation »[289]. Les évolutions techniques ont profondément marqué ce mode de preuve. D'abord fixe sous forme de photographie, l'image s'est ensuite animée pour retracer des scènes complètes de la vie. Aujourd'hui numérisée, les capteurs passent inaperçus et peuvent fournir des enregistrements de longue durée et d'une qualité telle que l'on peut en saisir tous les détails. Le terme de vidéosurveillance désigne tout système comprenant une caméra couplée à un moniteur ou à un enregistreur et pouvant faire l'objet soit d'une vision directe soit d'un enregistrement vidéo. Certains dispositifs permettent de coupler la perception du son en plus de la perception de l'image.

La vidéosurveillance poursuit deux principaux objectifs. Le premier ne nous intéresse pas au premier chef, il s'agit bien évidemment d'un rôle dissuasif. Par l'information qui est faite sur les lieux d'implantation de ces dispositifs, et la possibilité à la fois d'intervention rapide des services de police et d'exploitation des images, on parvient à prévenir la commission d'infraction dans les zones concernées. Le second objectif poursuivi vise directement la collecte de preuves en vue de l'identification des délinquants et de la détermination des circonstances des infractions. En effet, contrairement aux autres procédés d'identification, la vidéosurveillance apporte des éléments supplémentaires qui peuvent s'analyser comme un témoignage objectif retraçant le déroulement d'une scène de la vie.

Cette technique se trouve, comme nous l'avons vu pour toutes les techniques modernes de preuve, au confluant de la logique répressive et de la préservation des libertés individuelles. Elle se heurte en effet au droit de tout individu au respect de sa vie privée. C'est bien sûr cette préoccupation qui a fait naître une suspicion générale au début de la mise en place de ces dispositifs et qui ont conduit à un encadrement très strict et une limitation des sites d'implantation. Une évolution sensible est intervenue depuis quelques années pour faire de la vidéosurveillance un des moyens les plus efficaces de rétablissement ou de maintien de la sécurité. Peuvent dès lors être équipés de tels dispositifs, les établissements bancaires, les commerces, les transports publics, les parkings, les bâtiments publics, les immeubles privés et bien sûr les voies publiques avec l'utilisation de ce que l'on appelle dorénavant la vidéosurveillance urbaine. Afin de préserver le droit de tout individu au respect de sa vie privée, le législateur est intervenu à plusieurs reprises pour fixer à la fois des limites et un cadre juridique dans l'utilisation des données.

---

[289] A. Vitalis, « Vidéosurveillance et libertés individuelles » ; *Revue de la Gendarmerie Nationale*, 2ème trimestre 2001, n° 199, p. 25.

S'agissant des limites, la première tient à ce que l'exploitation de tels dispositifs est soumise à autorisation préfectorale délivrée après avis d'une commission départementale, présidée par un magistrat de l'ordre judiciaire, chargée d'apprécier la mise en place du dispositif au regard de la préservation des libertés publiques.

La seconde tend à limiter le dispositif à l'objectif qui a été autorisé et à informer le public de la présence d'un tel système. Ainsi, les installations sur la voie publique doivent être réalisées « de telle sorte qu'elles ne visualisent pas les images de l'intérieur des immeubles d'habitation ni, de façon spécifique, celle de leurs entrées »[290]. À l'inverse, les dispositifs privés ne doivent pas visualiser la voie publique. En outre, la loi oblige les gestionnaires de ces dispositifs à informer le public « de manière claire et permanente de l'existence du système de vidéosurveillance et de l'autorité ou de la personne responsable »[291] et ce afin d'exclure toute captation d'image à l'insu des personnes concernées.

L'utilisation des ces techniques a été validée par le Conseil constitutionnel[292] et par la Cour Européenne des Droits de l'Homme qui a admis que le fait de surveiller les actes d'un individu dans un lieu public en utilisant un système de prise de vue sans enregistrer de données visuelles n'entraînait pas en soi une ingérence dans le droit au respect de la vie privée[293].

Parce que «l'histoire de la preuve suit celle de la criminalité »[294], notre procédure pénale a dû faire face à l'évolution de nouvelles formes de délinquance face auxquelles les modes de preuve classiques apparaissent pour le moins obsolètes et inefficaces. Le développement de l'outil informatique et la véritable explosion de l'utilisation de l'Internet ont à la fois servi de nouveaux vecteurs pour la commission d'infractions classiques (citons

---

[290] Art. 10 §3 de la LOPS sus citée. Cette disposition impose donc au gestionnaire de ne pas disposer de caméras dont les angles de vue permettraient de capturer des images d'intérieurs privés ou bien alors d'avoir recours à un procédé technique permettant de masquer certains angles de vision des caméras sans que l'opérateur ou l'ordinateur puisse y avoir accès. V. sur ce sujet J.-L. Besson, « La télésurveillance : le cas concret de la ville de Roubaix », in : *Revue de la Gendarmerie Nationale*, n° 199, 2ème trimestre 2001, p. 19.

[291] Art. 10 §2 de la Loi n°95-73 du 21 janvier 1995 dite Loi d'Orientation et de Programmation relative à la sécurité (LOPS).

[292] Décision n°94-352 DC du 18 janvier 1995 sur la LOPS. Dans cette décision, le Conseil constitutionnel a validé le recours aux dispositifs de vidéosurveillance à l'exclusion d'une disposition prévoyant que l'autorisation d'exploitation de ces systèmes « est réputée acquise à défaut de réponse dans un délai de quatre mois ». En effet, le législateur « compte tenu des risques que peut comporter pour la liberté individuelle l'installation de systèmes de vidéosurveillance, ne peut subordonner à la diligence de l'autorité administrative l'autorisation d'installer de tels systèmes sans priver alors de garanties légales les principes constitutionnels ci-dessus rappelés ».

[293] CEDH 25 sept. 2001, P.G et J.H c/ Royaume Uni, req. n°44787/98 §57.

[294] Equipe de recherche sur la politique criminelle de l'Université de Montpellier, « Les transformation de l'administration de la preuve pénale », Dir. D. Thomas ; *Arch. Pol. crim*., n° 26, Juin 2004, p. 113 s.

par exemple l'escroquerie, les atteintes aux libertés individuelles[295] et à la vie privée[296] comme la diffamation, la violation du secret des correspondances[297], la diffusion ou la détention d'images à caractère pédophile[298], la provocation à la haine raciale[299], la négation de crime contre l'humanité[300], le terrorisme[301]…) et ont également permis la commission de nouvelles infractions comme les atteintes aux systèmes de traitement automatisés de données (STAD)[302], ou à la sécurité des systèmes d'information. Même si la découverte et la constatation des ces nouvelles infractions sont rendues difficiles, les autorités d'enquête et de poursuite ont dû s'adapter aux exigences probatoires de ces nouveaux vecteurs de délinquance. Veille internet et informatique et saisie de supports d'informations[303] sont maintenant des actes courants d'enquête, ce qui conduit inévitablement à s'interroger quant à la conservation de la preuve et à sa fiabilité. Ces nouveaux moyens de preuve sont par la force des choses de plus en plus employés aussi bien par les autorités publiques que par les parties privées au soutien de leurs prétentions ou dans l'organisation de leur défense.

Parmi toutes les nouvelles techniques utilisées à des fins probatoires, il a semblé nécessaire de traiter à part le cas de l'expertise génétique. Ce choix a été dicté par la place qu'a prise cette technique dans l'inconscient collectif et son influence primordiale sur la formation de la conviction aussi bien des autorités publiques d'enquête et de jugement que du grand public entraînant par là-même une plus grande difficulté à rapporter des éléments de preuve contraire à cette preuve qualifiée souvent de « parfaite ».

### 2. L'efficacité redoutable des tests génétiques

Le docteur Edmond Locard, fondateur du premier laboratoire de police scientifique avait dès 1910 perçu l'évolution grandissante des techniques scientifiques d'identification

[295] Art.226-16 *C. pén.*
[296] L. n°78-17 du 6 janv. 1978 et décret n° 81-1142 du 23 déc. 1981, ss art. 226-32 *C. pén*.
[297] TGI Paris 2 nov. 2000 ; *D.* 2000, IR. 286, pris en application de l'art. 226-15 *C.pén.*
[298] Art. 227-23 et 321-1 *C. pén*.
[299] Art. 24 et 32 L. 29 juillet 1881
[300] Art. 24 bis L. 29 juillet 1881
[301] Art. 421-1 2° *C. pén.*
[302] Les art. 323-1 s. *C. pén*. Prévoient les différentes applications de cette incrimination allant du fait d'accéder ou de se maintenir dans un système de traitement automatisé de données jusqu'à l'altération du fonctionnement de tels systèmes, la modification, suppression ou introduction de données.
[303] La loi du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure et la loi du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique ont adaptés les modes classiques de recherche de preuves aux spécificités de l'outil informatique. Ainsi les modes d'accès aux données informatiques et de saisie des supports ou prise de copies ont été consacrées par les art. 56 al.5, 57-1, 76-3 et 97-1 *C. proc. pén*.

dans la résolution des enquêtes pénales en déclarant que *« tout individu, à l'occasion de ses actions criminelles en un lieu donné, dépose et emporte à son insu des traces et des indices : sueur, sang, poussière, fibres, sperme, salive, poils, squames, terre, et* […] *qu'ils soient de nature physique, chimique ou biologique, ces indices une fois passés au crible d'examens de plus en plus sophistiqués, parlent et livrent le récit du crime avant de permettre au lecteur-enquêteur de déchiffrer la signature de l'auteur-coupable »*[304].

L'exploitation des traces biologiques indiciaires a donné lieu à de multiples recherches au cours du siècle dernier afin d'y trouver des caractéristiques individuelles spécifiques. Jusqu'au milieu des années quatre-vingts, la criminalistique avait essentiellement recours, en plus des empreintes digitales facilement contournables, à l'analyse de substances faisant partie des groupes sanguins et des polymorphismes enzymatique et protéiques dont les performances et le caractère discriminant étaient médiocres. Une étape décisive a été franchie en 1985 par l'utilisation d'une technique de l'analyse de l'ADN.

Les crimes de Colin Pitchfork[305] en Grande-Bretagne ont révélé pour la première fois l'efficacité de la technique dite des empreintes génétiques. Si l'exposé de ce cas peut paraître aujourd'hui courant voire banal dans la pratique judiciaire, il a fait à l'époque un bruit retentissant par le potentiel qu'il ouvrait aussi bien pour la poursuite des coupables que pour l'exonération des innocents.

Le 21 novembre 1983, près de Leicester, en Angleterre, on a retrouvé le corps d'une jeune fille de 15 ans. Elle avait été étranglée et agressée sexuellement. Un frottis vaginal a été effectué et l'analyse des résultats, réalisée avec une technique d'examen des protéines qu'on utilisait à l'époque, la sérologie, correspondaient à 10 p. 100 de la population masculine de l'Angleterre. On a organisé une vaste chasse à l'homme, sans pouvoir pour autant trouver l'assassin.

Trois ans plus tard, à moins de cinq ou dix minutes en voiture du lieu du premier meurtre, une autre jeune fille a été agressée sexuellement et brutalement étranglée. Les résultats de l'analyse sérologique de son frottis vaginal correspondaient à ceux de la première victime. Par conséquent, la police savait qu'elle cherchait quelqu'un qui était potentiellement

[304] Cité par B. Durupt, *La police judiciaire, la scène de crime* ; Paris, Gallimard, 2000, p. 23.
[305] M. White et J.-J. Greenwood, « DNA fingerprinting and the law », *Modern Law Review,* vol. 51, 1988, p. 148 s. ; V. également J. Wambaugh, *The Blooding;* New-Yok, Morrow, 1989.

l'auteur des deux crimes et que les résultats de l'analyse pouvaient s'appliquer à 10 p. 100 de la population totale de l'Angleterre.

Vers cette époque, le Docteur Alec Jeffreys, un jeune généticien de Leicester, qui étudiait l'évolution, a découvert une composante de l'ADN qui semblait varier beaucoup d'une personne à l'autre[306]. La police a présenté à Alec Jeffreys les pièces trouvées sur les lieux ainsi que les prélèvements sanguins d'un jeune commis de cuisine qui avait été arrêté et avait confessé avoir commis le deuxième meurtre. Quand Alec Jeffreys a comparé son empreinte génétique avec les autres, elle ne correspondait pas. Les conclusions qu'il a fournies aux services de police faisaient le lien entre les deux agressions sexuelles et assassinats mais étaient sans appel sur le fait la personne arrêtée n'était pas le coupable. C'était la toute première fois que l'identification génétique servait dans une enquête criminelle, et elle a conduit à exonérer un innocent.

Par la suite, des prises de sang ont été effectuées auprès de 4 500 hommes appartenant à un groupe d'âge déterminé. Lors de la première série de tests, l'accusé, Colin Pitchfork, n'a pas été identifié. Quelqu'un d'autre avait soumis un échantillon de sang à sa place. C'est seulement dans un pub local, en écoutant par hasard une conversation, que quelqu'un a entendu parler de cette interversion d'échantillon au profit de Colin Pitchfork. La police lui a fait une prise de sang qui a révélé une concordance génétique parfaite avec les échantillons prélevés sur les scènes de crime et a conduit à sa condamnation à la prison à perpétuité.

La technique des tests génétiques mise à jour par le Docteur Jeffreys est fondée sur l'analyse de l'acide désoxyribonucléique (ADN[307]) et le principe de l'unicité biologique des

[306] Ses travaux ont fait l'objet d'une publication en anglais dans la revue *Nature* : A. J. Jeffreys, V. Wilson et S. L. Thein, « individual specific fingerprints of human DNA » ; *Nature*, 1985, t. 314, p. 67-73 et t. 316, p.76-79.

[307] Révélée dès la fin du 19ème siècle, l'élucidation finale du mystère génétique de l'ADN ne s'est faite qu'en 1953 dans un article publié par les professeurs Francis Crick et James Watson. Ces derniers proposèrent un modèle linéaire en double hélice qui leur valut, en 1962, le Prix Nobel de physiologie et de médecine. Ils ont démontré que le code de la vie s'inscrivait à la manière d'un texte lettre par lettre, avec ses mots, ses espaces, ses phrases, ses paragraphes, sa ponctuation. Au niveau moléculaire, l'ADN est un long polymère constitué, en alternance de désoxyribose (un sucre appelé le ribose auquel il manque un atome d'oxygène) et de phosphates qui, joints entre eux, forment une longue chaîne continue offrant ainsi une base structurale pour porter l'information génétique. Cette information, sous forme de code, est assurée par quatre molécules, que l'on nome les bases et qui jouent littéralement le rôle des lettres d'un texte. Les quatre bases retrouvées chez tous les êtres vivants sont l'adénine, la guanine, la cytosine et la thymine que l'on inscrit généralement sous la forme abrégée A, G, C et T. La suite de ces lettres forme une séquence d'ADN. Pour un descriptif détaillé de l'avènement de la génétique : V. N.M. Le Douarin, « La preuve scientifique des empreintes digitales aux empreintes génétiques : un siècle de découvertes en biologie », in : *La Preuve*, C. Puigelier (dir.) ; Paris, Economica, 2004, p. 29.

individus[308]. Il a révélé la possibilité de décomposer l'ADN en séquences spécifiques à chaque individu. Jeffreys et ses collaborateurs ont en effet démontré qu'une part importante de l'ADN non codant[309] du génome humain contient des séquences de nucléotides répétées un nombre de fois très variable d'un individu à l'autre et dispersée très largement dans le génome. Cette mise en évidence, à la manière d'un code barre, fournit l'empreinte génétique d'un individu dont la probabilité que deux êtres humains aient exactement la même serait de un sur plusieurs millions. En cela, le profil génétique est un moyen d'identification à nul autre comparable[310]. Les autorités publiques ont d'ailleurs rapidement saisi l'efficacité et l'intérêt de cette nouvelle technique : « l'analyse d'identification par empreintes génétiques s'est imposée rapidement aux juridictions comme le moyen incontestable, non seulement d'identifier un criminel avec un degré de certitude jamais atteint, mais encore de disculper avec la même rigueur une personne qui aurait été soupçonnée à tort… »[311]. La publication du Dr Jeffreys a ouvert de nombreuses perspectives dans le domaine de l'identification des personnes et les recherches qui ont suivi ont permis d'affiner les techniques, de les rendre plus rapides et plus efficaces tant dans la fiabilité du résultat que dans la réalisation même de l'analyse par l'utilisation de traces biologiques de plus en plus infimes.

En France, la loi du 29 juin 1994[312], relative au respect du corps humain et son décret d'application du 6 février 1997, dressent le cadre juridique général du recours aux empreintes génétiques. La loi détermine ainsi un triple champ d'application qui vise l'exécution de mesures d'enquête ou d'instruction diligentées lors d'une procédure judiciaire, leur utilisation à des fins médicales ou encore à des fins de recherche scientifique. La recherche des empreintes génétiques à des fins autres que celles retenues par la loi a été érigée en infraction[313] punissable d'un an d'emprisonnement et une amende de 15000 euros. Sans préjudice de la radiation de la liste des experts judiciaires de la personne s'étant prêtée à cette analyse illégale. La détermination d'un profil génétique ou d'une comparaison dans le cadre

[308] Selon ce principe, mis à part les vrais jumeaux, tout individu possède un moi héréditaire fourni pour moitié par chacun de ses parents. Ce moi héréditaire ou génome, déterminé au moment de la fécondation, se retrouve inscrit dans le noyau de chaque cellule somatique sous la forme de vingt trois paires de chromosomes.

[309] Il est à noter que l'expertise en matière pénale s'intéresse uniquement à ce que l'on appelle l'ADN non-codant et ne peut donc apporter aucune information sur la santé ou l'aspect de la personne. On évalue à 40000 le nombre de gènes présents chez l'homme et la partie codante qui intervient dans l'établissement des caractéristiques physiques et physiologiques ne représente qu'environ 10% du génome total.

[310] La technique d'identification est basée sur l'existence de séquences répétitives. Il s'agit de portions d'informations situées en un endroit bien précis de l'ADN et qui vont se répéter un nombre de fois différent selon les individus sans avoir de conséquence sur les caractéristiques physiques.

[311] Circulaire CRIM 00-8 F1 du 10 octobre 2000 présentant les dispositions relatives au fichier national automatisé des empreintes génétiques et au service central de préservation des prélèvements biologiques.

[312] Loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain, *JO* du 30 juillet 1994.

[313] Art. 226-28 à 226-32 *C. pén*.

d'une procédure pénale entre donc dans le cadre des pratiques autorisées par les lois bio-éthiques et peuvent intervenir aussi bien dans le cadre de l'enquête préliminaire sur le fondement de l'article 77-1 du Code de procédure pénale que de l'instruction sur le fondement des articles 81 et 156 du Code de procédure pénale.

Le recours à ces nouveaux moyens de preuve, de par leur force de conviction, a pu fréquemment conduire à une simplification outrancière du raisonnement juridique et du déroulement normal de l'enquête. L'impact de ces techniques sur l'opinion publique n'est pas étranger à ce constat. Néanmoins, il ne doit pas éluder les limites de l'utilisation de ces méthodes probatoires. Et leur efficacité avérée ne doit pas masquer les points d'ombre qui ne peuvent définitivement pas les voir qualifiées de preuves absolues. Cette relativité de la preuve parfaite doit nécessairement apparaître comme une possibilité de mise en cause des conclusions qui en sont déduites et par conséquent comme un premier élément de preuve contraire dont le caractère réel reste néanmoins limité.

### B. La relativité de la « preuve parfaite »

Si le recours à des techniques modernes à des fins probatoires revêt à n'en pas douter un intérêt majeur pour l'efficacité de la répression, il ne faut pas oublier que l'un des principaux vices de la preuve dite scientifique est qu'elle sous-entend pour beaucoup la notion de certitude. Or, si les progrès scientifiques ont apporté leur concours à la justice pour établir des éléments factuels considérés comme autant d'appuis solides dans la réflexion du juge, il faut tout de même relever que l'expertise technique, la médecine légale, la toxicologie, l'analyse graphologique ou la balistique ont aussi suscité des déceptions. L'histoire judiciaire témoigne de nombreuses affaires dans lesquelles les débats ont tourné à la confusion des experts. Mme le Professeur Pierrette Poncela rappelle que, dès 1840, le procès de Marie Lafarge tourna exclusivement autour d'une bataille d'experts tenant à la démonstration de la présence de traces d'arsenic dans une suspicion d'empoisonnement et ce, bien avant le procès de Marie Besnard un siècle plus tard[314]. Nous allons par conséquent montrer que les techniques modernes de preuve, quelles qu'elles soient, ne sont pas infaillibles (1) et qu'elles doivent par conséquent être utilisées et analysée comme tout autre mode de preuve (2).

[314] P. Poncela, « Les experts sont formels » ; *Pouvoirs* 1990, n° 55, p. 98.

### 1. La faillibilité de la preuve scientifique ou technique

Pour être exploitées judiciairement et participer à former l'intime conviction du juge, les preuves, quelles qu'elles soient, doivent garantir une certaine fiabilité, une certaine authenticité quant aux éléments qu'elles mettent à jour. S'agissant des procédés modernes de preuve, force est de constater que leurs difficultés d'exploitation et les risques de manipulation posent la question de leur fiabilité, que ce soit l'utilisation de moyens de fixation de l'image et du son, de l'utilisation de l'informatique (a) ou bien même de l'utilisation du test génétique (b).

#### a. Les difficultés d'exploitation de la preuve scientifique ou technique et les risques de manipulation

L'utilisation des procédés techniques de fixation de l'image et du son ainsi que celle de l'outil informatique n'est pas une garantie en soi d'exactitude ni une preuve de vérité. Ce type de support de la preuve pose le double problème des limites techniques et de l'exactitude de leur contenu.

S'agissant tout d'abord des limites techniques, tous les procédés modernes de preuve y sont confrontés même si des évolutions constantes les ont considérablement réduites. La qualité des enregistrements sonores n'a bien sûr plus grand chose à voir avec les vielles bandes magnétiques du siècle dernier qui rendaient difficile l'identification de la voix des protagonistes. Mais les procédés les plus modernes d'enregistrements numériques n'ont pas complètement résolus les difficultés d'un environnement sonore bruyant, de défaillances momentanées et de problèmes liés à la transmission. Concernant la fixation d'image, même si les possibilités techniques permettent un fonctionnement de jour comme de nuit et ont permis d'éloigner et de miniaturiser les objectifs, un certain nombre de matériels posent encore des difficultés liées à une qualité d'image insuffisante ne permettant pas de grossissement et rendant difficile l'identification d'auteurs d'infractions. Sans parler bien sûr de la possibilité pour tout individu de masquer son visage ou tout autre élément d'identification ou bien encore tout simplement de neutraliser le dispositif mis en place.

La fiabilité des éléments révélé par de nouveaux moyens de preuves pose également question car leur efficacité et leur force probante n'a pas non plus échappé aux criminels qui peuvent y voir un moyen de manipuler les enquêteurs pour diriger leurs recherches vers d'autres personnes ou leur donner une perception du déroulement des faits complètement différente de la réalité.

À ce titre, les nouveaux procédés de preuve n'échappent pas aux risques de manipulations dont font déjà l'objet les moyens de preuve classiques. Des témoignages peuvent volontairement être orientés pour brouiller le travail des enquêteurs, des écrits peuvent être falsifiés ou des indices créés de toute pièce pour permettre à une personne d'échapper à sa responsabilité ou mettre en cause un individu qui n'a commis aucune infraction et ainsi orienter le travail d'enquête.

Les preuves techniques ou scientifiques peuvent également faire l'objet de ces détournements. Leur efficacité pour emporter l'intime conviction des magistrats nécessite de toujours garder à l'esprit ces risques de manipulations et de toujours se reposer sur les techniques d'enquête traditionnelles qui conduisent à fonder une conviction sur plusieurs éléments de preuve. La technologie permet par des moyens relativement simple de manipuler l'image et le son. Le trucage de photos, de vidéo ou de bandes sonores peut être obtenu par des moyens informatiques à la portée du grand public. Il est alors possible d'utiliser l'image ou la voix d'une personne pour la détourner complètement de la situation au cours de laquelle elles ont été obtenues. L'action de manipulation peut également se faire sur les supports d'enregistrement et conduire alors à effacer les éléments prouvant la présence d'une personne sur un lieu ou en modifier les éléments temporels (date et heure de présence…). Le caractère facilement altérable des données informatiques pose également avec persistance la question de l'authenticité et de l'exactitude des éléments qu'elles révèlent sans parler de la particulière difficulté de détermination de l'auteur du comportement frauduleux[315].

Il est de notoriété commune que lors de la constatation d'une infraction, il est dorénavant fréquent que les enquêteurs saisissent en premier lieu les éléments qui peuvent retracer les circonstances de l'infraction, à savoir, bien sûr, les empreintes digitales, les traces biologiques, les supports de vidéo surveillance, les disques durs informatiques, les données de

[315] L'exemple de l'affaire Frodo met en évidence la difficulté d'imputation d'une infraction informatique. Il s'agissait dans cette affaire de l'introduction d'un virus informatique et malgré les multiples expertises commandées pendant les trois d'instruction, l'auteur de l'introduction du virus dans le système informatique n'a jamais pu être identifié : CA Paris, 15 mars 1995 ; *JCP* 1995, IV, n° 1425 et Cass. crim. 12 déc. 1996 ; *Bull. crim*. n° 465.

contrôle d'accès à des bâtiments… Dès lors, il suffit au délinquant qui a minutieusement préparé son méfait d'intervenir sur ces différents éléments pour effacer les traces de son intervention voire orienter les recherches sur d'autres personnes. Il est par exemple extrêmement facile de recueillir les traces ADN d'une personne quelconque (mégot de cigarette, vêtement, trognon de fruit, verre, canette, mouchoir...) et de les abandonner sur les lieux d'un méfait. Un tel acte reviendrait quasiment à laisser sur ce lieu la carte d'identité de la personne concernée.

De par leur force de conviction, les éléments de preuves recueillis à l'aide de techniques modernes doivent faire l'objet d'une analyse minutieuse, d'une authentification et d'un examen critique de la part des magistrats et des enquêteurs parce qu'ils ne peuvent être infaillibles. La preuve parfaite par excellence, savoir la technique du profil génétique, pour efficace et prometteuse qu'elle est, a également ses points faibles qui ne peuvent la faire apparaître comme un procédé infaillible de preuve.

b. La controverse tenant à la fiabilité des tests génétiques

S'il apparaît que l'empreinte génétique est un moyen de preuve fiable, on ne peut en aucun cas lui conférer de caractère absolu qui entrainerait l'impossibilité de rapporter des éléments de preuve contraires. Cette technique peut en effet subir la critique sur deux points principaux. Tout d'abord celui de l'erreur humaine qui est toujours envisageable, et d'autre part la difficulté dans l'évaluation de la rareté des profils génétiques.

La réalisation d'un test génétique met en œuvre une procédure à laquelle participent plusieurs intervenants qui, chacun à leur niveau peuvent commettre une erreur mettant en cause le résultat de l'expertise et par conséquent faussant l'analyse et l'interprétation qui peuvent en être fait. À l'origine, se trouvent les prélèvements effectués sur une scène de crime. Pour les tests génétiques comme pour toutes les autres expertises, la qualité de ces prélèvements est essentielle à la réussite de l'enquête. Tout défaut dans la saisie des échantillons peut potentiellement les contaminer et les rendre inexploitables. La question du mode de conservation se pose également et nécessite un strict respect des protocoles établis (les taches biologiques doivent « être séchées, classées dans des enveloppes propres et conservées au froid », il faut également « que les délais d'acheminement vers le laboratoire

soient raccourcis au maximum »[316]. Par la suite « la congélation est le mode de conservation le plus approprié pour la majorité des prélèvements biologiques et ils doivent être conservés sans addition de milieu de culture, de milieu de conservation ou de formol »[317]). Ce risque est néanmoins de plus en plus faible grâce à l'effort de formation en direction de tous les enquêteurs, grâce à la spécialisation des « gestionnaires de scènes d'infractions[318] », à la mise en place de guides méthodologiques et à la généralisation de kits de prélèvement. Les instances européennes poussent les Etats vers une standardisation des procédures et l'obtention d'assurances qualités[319] pour les laboratoires autorisés à opérer des analyses de l'ADN. Les dispositifs d'encadrement viseront dès lors la recherche de garanties concernant à la fois les personnes, les locaux et la maîtrise des techniques d'élaboration des profils génétiques et des comparaisons.

Le décret du 6 février 1997[320], pris en application des lois bio-éthiques de 1994, établit le cadre général permettant d'obtenir une fiabilité maximum dans les procédures d'identifications par empreintes génétiques. S'agissant tout d'abord des personnes habilitées à effectuer des identifications par empreintes génétiques, elles doivent faire l'objet d'un agrément délivré par une commission spéciale instituée auprès du ministre de la Justice et présidée par un magistrat de la Cour de cassation. Cet agrément ne peut être délivré qu'à des personnes, physiques ou morales, inscrites sur les listes d'experts judiciaires et pouvant justifier d'une condition de diplôme très stricte[321] ainsi que de travaux ou d'une expérience suffisante dans les activités d'application de la biologie moléculaire. Le maintien de cet agrément est soumis à la participation de leurs titulaires à un contrôle de qualité organisé deux

---

[316] C. Doutremepuich : *Guide des prélèvements nécessaires aux empreintes génétiques* ; Bordeaux, ENM, 1996.
[317] Publication du laboratoire CODGENE : *Guide des techniques de biologie moléculaire mises en œuvre pour l'identification génétique* , Strasbourg, 2001.
[318] Autrefois appelés « techniciens en scènes de crimes ».
[319] V. la Recommandation R.(92) 1 du Conseil de l'Europe sur l'utilisation des analyses ADN dans le cadre du système de justice pénale adoptée par le Conseil des Ministres la 10 février 1992 et en particulier son article 6 concernant l' « *agrément de laboratoire et d'institutions et le contrôle des analyses ADN* »,
[320] Décret n° 97-109 du 6 février 1997 relatif aux conditions d'agrément des personnes habilitées à procéder à des identifications par empreintes génétiques dans le cadre d'une procédure judiciaire, JO du 9 février 1997, modifié par les décrets 2002-931 du 11 juin 2002 et 2004-471 du 25 mai 2004.
[321] Le décret du 6 février 1997, dans son article 5, prévoit en effet que la personne doit être titulaire d'un diplôme d'études spécialisées en biologie médicale, d'un diplôme d'études spécialisées de génétique médicale, d'un diplôme d'études spécialisées complémentaire de biologie moléculaire ou de cytogénétique humaine, ou de l'obtention de quatre certificats d'études spéciales parmi ceux d'hématologie, d'immunologie générale, de biochimie clinique, de bactériologie et virologie clinique, de diagnostic biologique parasitaire ou bien enfin de tout diplôme national de troisième cycle dont le contenu en sciences biologiques est reconnu par la commission d'habilitation instituée auprès du Garde des Sceaux. Une exception à la condition de diplôme a néanmoins été introduite pour les personnels dépendants des laboratoires de la police technique et scientifique de la police nationale, de l'institut de recherche criminelle de la gendarmerie nationale justifiants d'une formation ou d'une expérience suffisante dans les domaines de la biologie moléculaire (art.7).

fois par an par l'Agence française de sécurité sanitaire des produits de santé et qui s'apparente à la réalisation dans des conditions réelles d'identifications par empreintes génétiques. En ce qui concerne les laboratoires dans lesquels les analyses génétiques peuvent être effectuées, ils doivent disposer de matériel technique précis, garantir une confidentialité absolue, une protection contre le vol et l'intrusion et assurer la bonne conservation des scellés et des résultats d'analyses[322].

Mais ces améliorations notables ne peuvent faire disparaître entièrement le risque d'erreur humaine. Au Etats-Unis, on estime qu'un tube sur mille est mal étiqueté, sans parler bien sûr des cas de faute délibérée, comme par exemple le cas de cette technicienne du département ADN du laboratoire du FBI de Houston qui avait mis en place d'elle-même des protocoles d'analyse « raccourcis ». À la suite de la révélation des irrégularités commises, une centaine de contre-expertises ont dû être menées sur les dossiers traités par cette technicienne, dont dix-sept concernaient des condamnés à mort. C'est ainsi qu'une contre-expertise ADN a révélé l'innocence de Josiah Sutton, condamnée à vingt cinq années de prison, alors qu'elle avait déjà purgé quatre années d'emprisonnement[323].

S'agissant maintenant de l'évaluation de la rareté des profils génétiques, si elle ne remet pas en cause son statut de mode d'identification le plus fiable, la controverse scientifique qui l'entoure remet en cause son caractère supposé de preuve absolue. Cette difficulté découle d'une simple constatation. Lors d'une analyse de profil génétique, il arrive que la longueur des fragments d'ADN observés diffère entre les échantillons prélevés sur une personne et ceux provenant de la scène d'un crime. Dans ce cas la conclusion est simple, les traces analysées ne proviennent pas du même individu, et cette exclusion n'a pas besoin de notion statistique pour être correctement interprétée. L'exclusion est formelle et ne souffre aucun risque d'erreur[324]. Il n'en va pas de même si la comparaison conclut à une concordance positive sans pouvoir totalement écarter la possibilité qu'un autre individu possède, sur cette région précise de l'ADN, les mêmes caractéristiques génétiques[325]. Il paraît dès lors normal de s'interroger sur la possibilité d'une concordance fortuite. En d'autres termes, quelle est la

[322] Art. 9 du décret du 6 février 1997.
[323] Exemple cité par H. Ancel, « La preuve biologique », in : *Les transformations de l'administration de la preuve pénale*, G. Giudicelli-Delage (dir.) ; Paris, Société de Législation comparée, 2006, p. 153.
[324] Sous la réserve, bien évidemment de l'erreur de comparaison ou de prélèvement.
[325] C'est la raison pour laquelle les scientifiques préfèrent le terme de « profil génétique » à celui « d'empreinte » laissant penser à la même certitude du résultat comparatif qu'avec les empreintes digitales.

probabilité que le profil de la personne mise en cause concorde avec les échantillons de la scène de crime, considérant qu'elle est innocente ?

C'est la raison pour laquelle le résultat d'une analyse génétique est traditionnellement accompagné d'une probabilité qui correspond à la possibilité de trouver au hasard quelqu'un qui présente les mêmes caractéristiques génétiques que la personne poursuivie pour les marqueurs étudiés. Deux éléments peuvent avoir une influence sur cette probabilité.

Il s'agit tout d'abord du nombre de marqueurs utilisés pour la comparaison. Plus le nombre de marqueurs utilisés est élevé, moins il y a de risque de concordance entre deux individus pris aléatoirement dans une population. Ainsi, sur un test ADN ayant recours à dix marqueurs, le risque de coïncidence entre deux individus est statistiquement évalué à un sur trente-sept millions[326]. Mais encore faut il qu'il n'y ait pas de différences entre laboratoires quant au nombre et à la nature des segments d'ADN analysés afin que des comparaisons puissent être opérées. Dans ce cadre, une uniformisation des techniques a été mise en œuvre par un arrêté du 18 mai 2000[327] qui a déterminé sept marqueurs[328] à utiliser en fonction de leur forte capacité de discrimination entre individus et à compléter de l'analyse du gène de l'amélogénine, marqueur spécifique du sexe. La conjugaison de l'analyse de ces différents marqueurs présente une capacité de discrimination suffisante du fait du polymorphisme de l'ADN. Ainsi cette capacité est-elle de l'ordre de un sur un milliard au sein de la population caucasienne qui, du point de vue de la génétique des populations, comprend les différentes populations européennes. En d'autres termes, le risque de voir deux individus non apparentés présenter le même profil sur ces marqueurs de référence sont de l'ordre d'une sur un milliard.

Comme nous l'avons évoqué, afin de calculer cette probabilité, les scientifiques ont également recours à des bases de données édifiées à partir d'études de populations qui recensent les fréquences d'apparition de chaque marqueur concerné par catégorie de

[326] Mais toutes les analyses génétiques ne recourent pas à autant de marqueurs et ce pour des raisons de coût. En effet, le coût d'une identification ADN est proportionnelle au nombre de marqueurs utilisés. Les protocoles américains n'utilisent en général que 6 à 8 marqueurs. En Europe, des groupes de travail comme le Groupe Européen sur l'analyse ADN (EDNAP) ou le Réseau Européen d'Instituts de Police Scientifique (ENFSI) préconisent l'utilisation d'un minimum de 8 marqueurs. L'organisation Interpol a également œuvré pour harmoniser les procédés d'intervention des différents Etats en fixant un certain nombre de marqueurs de référence qui permettent de standardiser les fichiers et d'opérer plus facilement des comparaisons. V. Interpol : Guide sur l'échange de données génétiques et sur les pratiques en matière d'analyses ADN, consultable sur le site http:/www.interpol.int

[327] Arrêté JUSD0030066A ; *JORF* n° 116 du 19 mai 2000 p. 7545.

[328] Il s'agit des marqueurs D21S11 (chromosome n° 21), VWA (chromosome n° 12), TH01 (chromosome n° 11), FGA (chromosome n° 4), D8S1179 (chromosome n° 8), D3S1358 (chromosome n° 3) et D18S51 (chromosome n° 18).

population. Quatre groupes humains principaux ont été retenus pour constituer les bases statistiques. Il s'agit des groupes afro-américain, caucasien, asiatique et hispanique. Mais la question se pose alors de la concordance de ces éléments statistiques avec d'autres groupes humains minoritaires ou, au sein de ces groupes, à des communautés fermées dans lesquelles une sorte de consanguinité peut s'établir. Dans ces circonstances, le risque que deux individus aient le même profil génétique ou des marqueurs identiques en nombre plus important est plus élevé. Le rapport de probabilité peut également être faussé si l'on compare le profil ADN d'un individu issu d'un groupe humain différent de celui auquel se réfère l'étude de population. Si ce point n'a jamais suscité de grand débat en France, tel n'a pas été le cas dans d'autre pays ou l'on a même assisté à des rejets de conclusions de tests ADN pour absence de consensus scientifique sur la fiabilité de la méthode basée sur l'analyse de population. Cette mise en cause a été particulièrement claire dans l'affaire Castro jugée aux Etats-Unis en 1989[329]. Dans cette affaire, alors que les analyses génétiques avaient déjà emporté la conviction des jurés dans près d'une centaine de cas, l'expertise commandée à la société *Lifecodes* (l'un des principaux laboratoires privés commercialisant le procédé dans le monde), fut rejetée par le juge. Au cours du procès de la personne mise en cause dans cette affaire de meurtre par la présence de taches de sang provenant de l'une des victimes sur sa montre, les différents experts appelés à témoigner se réunissent lors d'une audience judiciaire spéciale afin d'examiner la qualité des preuves. Se fondant sur une jurisprudence *Frye* de 1923, les tribunaux américains peuvent en effet organiser ce type d'audience technique pour décider, en l'absence des jurés, de la fiabilité d'une expertise scientifique. La conclusion de l'un des experts est sans appel, il souligne l'incroyable légèreté avec laquelle les expertises ADN sont réalisées notamment quant à la population de référence utilisée pour la fréquence du profil génétique. Cette position a été confirmée en décembre 1991 par la publication d'un article signé par deux généticiens des populations[330] confirmant que les résultats des tests d'identification génétique seront sujets à caution tant que des études approfondies sur la distribution des allèles n'auront pas été effectuées sur une grande variété de groupes humains. Ceci sans oublier également la spécificité des comparaisons ADN lorsque plusieurs membres d'une même famille peuvent soupçonnés. Dans le cas ou deux frères sont soupçonnés,

[329]V. sur cette affaire E. Heilmann, « En quête de l'identité, les empreintes génétiques et l'identification judiciaire », in : *Science ou justice ? Les savants, l'ordre et la loi* ; Paris, éd. Autrement, 1994.
[330] R. Lewontin et D. Hartl, « Population genetics in forensic DNA typing » ; *Science*, décembre 1991, vol. 254, p. 1745. V. également R. Lewontin, *Biology as Ideology*; New-York, éd. Harper Collins, 1993.

l'analyse de quatre marqueurs laisse une chance sur deux cent cinquante-six d'obtenir des profils identiques[331].

L'analyse d'ADN est aujourd'hui un élément important de l'enquête parce que celle-ci se fonde de plus en plus, non sur des déclarations et témoignages, mais sur des éléments matériels permettant de conférer à la décision de mise hors de cause ou de culpabilité un caractère aussi objectif que possible. Ainsi l'empreinte génétique est-elle un outil d'investigation remarquable pour identifier les personnes présentes sur le lieu d'une infraction. Cet élément important n'en est pas moins relatif, et comme tout autre moyen moderne de preuve il conviendra de placer le résultat de l'expertise scientifique ou l'exploitation de données techniques sonores, vidéo ou informatique dans le déroulement de l'enquête pénale et de les confronter aux autres méthodes traditionnelles d'enquête pour la constitution du faisceau de preuves qui permettra de se rapprocher de la vérité. C'est au juge qu'il appartient de dire si ce fait matériel révélé par la preuve scientifique ou technique est, compte tenu des autres éléments rassemblés dans le dossier, un facteur déterminant et de former sa conviction en conséquence.

### 2. L'exploitation de la preuve scientifique ou technique et son influence sur l'intime conviction

À cette étape, une précision fondamentale doit être faite : les techniques modernes et scientifiques de preuve, au premier rang desquelles se placent les tests génétiques, n'ont pas pour vocation d'énoncer la culpabilité ou l'innocence d'une personne, mais de rapporter la preuve d'un fait matériel dont l'importance peut être, selon les cas, considérable ou insignifiante. Il ne faudrait d'ailleurs pas que ce type de réflexion rapide voire simpliste, frôlant le langage abusif, persiste dans l'inconscient collectif. Elles permettent simplement dans la plupart des cas de préciser si une personne était ou non présente sur les lieux d'une infraction. Le recours à la science dans l'administration de la preuve ne doit pas minimiser la place du raisonnement de l'enquêteur ou du juge qui doivent prendre en considération l'ensemble des faits et circonstance d'un dossier pénal dont la preuve technique ou scientifique ne constitue qu'un élément.

[331] Exemple cité par L. Lavergne, « Deux aspects de l'identification génétique en médecine légale : la position du généticien dans ce nouvel environnement et l'évaluation de rareté des profils génétiques », in : *L'analyse génétique à des fins de preuve et les droits de l'homme* - travaux de la faculté de droit de l'Université catholique de Louvain n° 7 ; Bruxelles, Bruylant, 1997.

En vertu du principe de la liberté des preuves, la réalité des faits incriminés peut être rapportée par n'importe quel moyen, hors les cas où la loi en dispose autrement, et le juge se détermine d'après son intime conviction[332].

L'application de ce principe de notre procédure pénale induit que le juge n'est pas lié par les conclusions d'une expertise scientifique ou toute autre technique moderne de preuve. L'empreinte génétique au même titre qu'un enregistrement de vidéosurveillance ne serait alors, par exemple, qu'une preuve parmi d'autres et n'aurait pas de valeur juridique particulière.

On peut néanmoins légitimement se demander ce que devient l'intime conviction d'un juge « face à une preuve qui entraine certitude du résultat à quatre millions contre un, qualifiée de preuve parfaite ou de reine des preuves ? »[333] ou face au déroulé minutieux de la scène d'une infraction donnant l'impression de constater en tant réel la matérialité des faits. On entrevoit ici les dangers de la simplification du raisonnement créée par le recours à des moyens scientifiques de preuve. Il faut donc toujours se souvenir que, s'agissant par exemple des tests génétiques, une analyse ADN peut prouver qu'une trace biologique appartient à un individu déterminé, mais en aucun cas elle ne peut indiquer l'importance ou le rapport de la trace biologique avec le crime. Il n'existe en effet pas de système d'horodatage des traces biologiques. C'est peut être en effet vos traces biologiques, votre ADN qui a été retrouvé sur la scène d'un crime, mais de là à déterminer quand vous avez perdu vos cheveux ou laisser une quelconque autre trace, le scientifique est bien incapable de le préciser. La meilleure démonstration de la relativité de la preuve scientifique est exprimée par la Chambre criminelle de la Cour de cassation dans son arrêt du 20 novembre 2002[334] rejetant la demande de révision formulée par M. Omar Raddad : *« Si la découverte d'empreintes génétiques masculines sur les deux portes servant de support aux inscriptions accusatrices, ainsi que sur le chevron, constitue un élément nouveau, il est impossible de déterminer à quel moment, antérieur, concomitant ou postérieur au meurtre, ces traces ont été laissées* […]. *De nombreuses personnes ont pu approcher les pièces à conviction avant le meurtre et, faute de précautions suffisantes, après celui-ci* […]. *D'où il suit que la demande en révision ne peut être admise. »*

---

[332] Art. 427 *C. proc. pén*.
[333] D. Viriot-Barial, « De l'identification d'une personne par ses empreintes génétiques », in : *Le droit de la biologie humaine : vieux débats et nouveaux enjeux*, sous la Direction d'A. Seriaux ; Ellipses, Paris 2000, p. 111.
[334] Cour de révision 20 novembre 2002 ; *Bull. crim.* n° 209.

L'engouement constaté en faveur de la preuve génétique et d'autres moyens scientifiques ou techniques d'établissement de la vérité ne sont pas sans conséquences dans l'évolution du déroulement des enquêtes de police et des procédures judiciaires en règle générale. En effet, ces « preuves parfaites » peuvent aisément affaiblir l'esprit critique des enquêteurs et des magistrats dans un mécanisme comparable à celui rencontré au cours d'un interrogatoire lorsque le suspect avoue. L'enquêteur ou le magistrat pourraient alors négliger la suite des investigations en ne recherchant pas d'autres éléments de preuve et ils pourraient même négliger des éléments de preuve contraire à l'accusation qui leur seraient soumis. Le risque d'erreur judiciaire serait alors plus fréquent et moins visible. Il faut alors bien préciser que si cette technique d'analyse biologique ou tout autre procédé scientifique de preuve représente une avancée considérable pour la justice, leur fonction est de compléter et non de remplacer une enquête judiciaire. On a pu dire, depuis le début du XXème siècle, que les progrès de la science marquaient une évolution vers « la justice en blouse blanche ». Mais force est de constater, plus d'un siècle après, que l'on a toujours besoin de témoins et des techniques classiques et éprouvées d'enquête[335].

À titre d'exemple, nous pouvons citer le cas de deux jeunes amoureux[336] qui se connaissent depuis peu de temps et qui ont une relation sexuelle complète dans le véhicule de la jeune fille. Ils se sont garés dans une zone isolée à proximité de la résidence du jeune homme, une ferme dans laquelle il occupe un emploi saisonnier. Un inconnu surprend la scène et observe discrètement leurs ébats sans être remarqué par les amoureux. Le jeune homme, pressé par son travail, quitte son amie qui décide de rester quelques instants encore sur place en prenant l'air à côté de sa voiture. L'inconnu s'approche alors de la jeune femme, faisant mine de chercher son chemin, l'agresse par surprise, l'assomme et abuse d'elle sans éjaculer ou en utilisant un préservatif ou un objet. Ces actes sexuels occasionnent des lésions et la jeune fille reprenant ses esprits, l'inconnu l'étrangle. Il quitte ensuite les lieux après avoir remis sa victime dans sa voiture. Les premières constatations vont établir la mort de la victime et sa cause. Le viol sera alors établi à partir des lésions et permettra de déduire le mobile probable du meurtre. Les prélèvements vont établir la présence de sperme dans le vagin et si l'inconnu n'a pas été blessé lors de l'agression (griffures, morsure…), la police ne

[335] B. Bouloc, « La preuve en matière pénale », in : *La preuve*, dir. C. Puigelier ; Paris, Economica, coll. « Etudes juridiques », 2004, p. 47.
[336] Exemple présenté par J-H. Matelly, « Influence de la preuve génétique dans l'enquête judiciaire », in : *10 ans d'empreintes génétiques* ; Paris, La documentation française, 2001, p. 132 s.

découvrira pas de trace biologique lui correspondant (sous réserve éventuellement de quelques poils mais pas nécessairement avec bulbe ou en quantité suffisante pour une analyse génétique). L'analyse des fibres textiles prélevées dans la voiture mènera dans de multiples directions (personnes étant montées dans le véhicule sur une longue période, personnes en contact avec les vêtements de la jeune fille sur une période plus courte…) et bien sûr un certain nombre d'entre elles correspondront au jeune amoureux. Le sol sec et dur rendra illusoire toute déduction à partir d'empreintes de pas. L'enquête commencera bien évidemment avec l'entourage immédiat et les personnes du voisinage et la comparaison génétique établira l'origine du sperme trouvé sur la victime. Les enquêteurs pourraient alors conclure à un rendez-vous qui a mal tourné, et le jeune homme éconduit en est venu au viol et au meurtre. Ce cas pratique démontre que l'analyse génétique ne prouve rien à elle seule et que l'interprétation de preuves matérielles scientifiques indiscutables peut donner naissance à des scénarii bien différents.

L'expertise ADN et les autres techniques scientifiques ne peuvent être analysées que comme des éléments « du puzzle des enquêtes judiciaires » et sortir une partie des analyses de leur contexte reviendrait à sortir quelques mots d'un discours pour en changer la signification[337]. Le Docteur Olivier Pascal citait comme démonstration le cas de la médiatique affaire Vuillemin. Dans cette affaire, l'analyse des traces de la salive déposée sur un timbre conservé parmi les pièces à conviction n'aurait permis tout au plus que d'identifier l'individu qui avait collé ce timbre, et en aucun cas d'identifier le rédacteur du message anonyme ni *a fortiori*, l'assassin.

Si le recours à la preuve scientifique est un progrès indéniable, ceux qui appellent de leurs vœux une procédure dans laquelle la décision dépendrait d'indices et d'expertises oublient que l'indice est une preuve indirecte et que s'il a pour mérite de ne pouvoir mentir, c'est essentiellement parce qu'il ne parle pas non plus. Le recours aux nouveaux moyens de preuves ne doit pas marginaliser les principes ancestraux de l'enquête pénale qui tiennent au recoupement des indices, à l'appréciation du comportement des personnes, à la qualité des interrogatoires, aux investigations menées dans les entourages personnels et professionnels et à la culture du doute.

[337] O. Pascal, « *Le mythe de la preuve absolue* » ; *Libération*, 26 mai 2000.

L'efficacité avérée mais non absolue des moyens de preuve modernes ainsi que les possibilités de manipulation dont ils peuvent faire l'objet, doivent conduire le législateur, l'enquêteur ou le juge à préserver la possibilité de rapporter la preuve contraire à l'existence même de ces éléments et aux conclusions qui peuvent découler de leur analyse.

### §2. La préservation d'un droit à la preuve contraire face à la « preuve parfaite »

On a pu dire que pour relatifs qu'ils soient, les moyens modernes de preuve pouvaient encore troubler le sommeil de nombre d'avocats de la défense par l'impact qu'ils peuvent avoir sur la formation de la conviction des magistrats malgré un risque d'erreur toujours présent et le fait qu'ils ne résolvent pas à eux seuls toutes les interrogations qui entourent la commission d'une infraction pénale. Notre système procédural étant imprégné du principe fondamental de la liberté de la preuve, la preuve contraire à des éléments techniques ou scientifiques devrait pouvoir être rapportée par tout moyen. Néanmoins, les éléments susceptibles de renverser la conviction du juge formée à partir d'une expertise scientifique, d'un test génétique, d'un enregistrement audio ou vidéo semblent difficiles à réunir. Même si le juge n'est pas lié par les conclusions d'une expertise, il n'a que rarement les compétences techniques pour contester les conclusions de l'expert. Par conséquent, la difficulté pour les juges et les jurés de maîtriser les implications des preuves techniques ou scientifiques restreint leur capacité d'appréciation[338]. La simple dénégation, le recours aux témoignages sembleront alors n'avoir que peu d'effets. Sans écarter leur utilisation à des fins répressives, notre système procédural doit fournir à la personne mise en cause des moyens suffisants de lutter contre la force probante de ces éléments et ainsi faire éclater son innocence. Cet encadrement procédural nécessaire fait référence à la fois à des garanties de nature à préserver un droit à la preuve contraire (A), et si, comme nous l'avons vu, le concept de droit à la preuve contraire ne peut se contenter d'une protection passive de l'individu, il doit également ménager une possibilité d'intervention de la personne mise en cause dans le processus probatoire constitué de moyens techniques modernes (B).

[338] M. Olinet et K. Martin-Chenut, « La preuve cybernétique », in : *Les transformations de l'administration de la preuve pénale*, Dir. G. Giudicelli-Delage ; Paris, société de législation comparée, 2006, p. 235.

### A. Les garanties nécessaires à la préservation d'un droit à la preuve contraire

Nous avons pu voir que les moyens modernes de preuve pouvaient se révéler des outils très efficaces au service de la personne mise en cause afin de faire éclater son innocence. Néanmoins, le recours à ces nouvelles techniques probatoires ne se fait pas toujours à l'initiative de l'accusé ou avec son consentement. On peut alors assister à une véritable transformation du droit à la preuve contraire en obligation pure et simple de rapporter cette preuve contraire par la soumission à une technique probatoire déterminée. Si l'on peut penser que l'innocent ne peut avoir de raison plausible de refuser de se soumettre à une technique qui peut faire tomber l'accusation, cela ne va pas sans poser de sérieuses questions quant à la compatibilité avec le droit pour toute personne de ne pas s'auto-accuser.

Le droit de ne pas participer à sa propre incrimination peut se définir comme l'exclusion de toute forme de contrainte pouvant amener une personne à fournir des preuves contre elle-même. Certains auteurs ont prôné une application stricte de ce principe à l'image de Roger Merle qui déclare que « *la justice ne doit pas avoir de prise sur celui qu'elle soupçonne, le suspect n'a pour ainsi dire aucune obligation vis-à-vis des enquêteurs ou des juges, la justice ne peut rien en principe sur son corps. Elle ne peut pas lui extraire par effraction les secrets que recèle sa constitution biologique*[339] » ou bien encore que « tout inculpé est présumé innocent, la charge de la preuve incombe ainsi à la société et cette preuve, la société ne doit pas l'extorquer ». Mais l'application de ce principe ne peut pas décemment primer systématiquement l'intérêt que représente la découverte de la vérité.

Nous sommes ici dans l'essence même du concept de droit à la preuve contraire qui implique une nouvelle manière de penser la place de la personne poursuivie. Nos propos ne visent pas à mettre à bas entièrement les principes généraux de notre procédure pénale régissant l'administration de la preuve. Il s'agit simplement d'en avoir une approche, une interprétation qui, tout en préservant les garanties essentielles afin d'éviter les erreurs judiciaires, ne facilite pas l'exonération des coupables. La « substantifique moelle » de la présomption d'innocence n'est-elle pas, *in fine*, de permettre au suspect de faire éclater son innocence ? Et cette recherche est-elle par essence incompatible avec l'efficacité de la répression ? C'est une lapalissade que de dire que le droit à la preuve contraire est d'autant plus effectif que la personne mise en cause est réellement innocente. Des éléments factuels

[339] R. Merle, « Le corps humain, la justice pénale et les experts » ; *JCP* 1955, I, n° 1219.

d'exonération sont ont en conséquence plus de chance d'être apportés au débat. Mais le champ d'action du droit à la preuve contraire est plus large et doit s'entendre non seulement de l'apport d'éléments factuels de nature à entrainer la conviction de l'innocence, mais également d'éléments de droit venant anéantir les fondements de l'accusation. En cela, la preuve de la culpabilité ne peut pas s'appuyer sur n'importe quelle démarche probatoire. Le fait que la preuve de la culpabilité repose en tout premier lieu sur les autorités publiques impose une certaine éthique dans l'administration de la preuve. Aucun doute ne doit subsister sur la réalité des éléments soumis au juge. Cette éthique, s'agissant du recours à des moyens moderne de preuve, repose essentiellement sur le respect dû à l'intégrité physique et à la vie privée (1) et à l'application du principe de loyauté dans la recherche des preuves (2).

### 1. Le respect dû à l'intégrité physique et le droit au respect de la vie privée

Les phases les plus critiques de notre procédure pénale quant aux atteintes à l'intégrité physique et à la vie privée sont bien évidemment les phases actives de recherche de la preuve que constituent l'enquête de police et l'instruction. Dans la recherche d'un équilibre entre l'efficacité de la répression et la préservation des libertés individuelle, le recours aux nouveaux moyens de preuve se heurte à des règles qui doivent éviter toute dérive. Nous évoquerons dans un premier temps le respect dû à l'intégrité physique et psychique de la personne mise en cause (a) et dans un second temps le respect de son droit à la vie privée (b).

#### a. Le respect dû à l'intégrité physique et psychique de la personne mise en cause

La Convention européenne des droits de l'Homme consacre dans son article 3 l'interdiction des mauvais traitements[340]. L'application de ce principe général au processus probatoire établi par le législateur doit prévenir à la fois des violences policières et du caractère invasif de certaines techniques. L'atteinte à l'intégrité physique de la personne dans

[340] Cette prohibition visant à la fois la torture et tout traitement inhumain ou dégradant a également été consacrée par l'art. 7 du pacte de l'ONU et l'art. 5 de la Déclaration universelle des droits de l'homme ainsi que par la Convention de New York contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants du 10 décembre 1984.

le but d'obtenir des aveux, mode de preuve qualifié pendant longtemps de *probatio probissima* ou de reine des preuves, fait l'objet d'une forte réprobation du corps social depuis la remise en cause du recours à « la question », c'est-à-dire à torture exécutée en vue de la reconnaissance des crimes et des délits[341]. L'abolition de cette pratique date d'avant la Révolution[342]. Cette réforme a trouvé son aboutissement dans le Code pénal de 1810 qui proscrit tout acte de torture ou de barbarie sous peine de lourdes sanctions[343]. Mais il faudra attendre la loi du 4 janvier 1993[344] pour trouver dans notre législation des dispositions permettant de garantir l'absence de violences physiques au stade de l'enquête de police en accordant à la personne placée en garde à vue le droit de consulter un médecin dès la première heure de sa rétention policière[345]. L'examen par un médecin, personnel extérieur à l'autorité d'enquête et de poursuite, garantissant alors l'état physique et psychique du suspect dès l'ouverture de l'enquête et permettant, par un suivi à différentes phases de la procédure, de s'assurer de l'absence d'atteintes à l'intégrité physique et psychique de la personne mise ne cause faisant l'objet de mesures coercitives.

La jurisprudence condamne fermement le recours à la violence physique pour obtenir des aveux[346]. La jurisprudence a même à cet égard une lecture extensive de l'atteinte à l'intégrité physique ou psychique. Elle a par exemple sanctionné le recours à une prolongation anormale des interrogatoires sans phases suffisantes de repos[347], c'est également sur ce fondement que le recours aux procédés scientifiques d'obtention de l'aveu a été sanctionné (cas de la narco-analyse, et de tout autre procédé chimique ou médical dont l'objectif est de forcer la volonté d'une personne[348]). Le contrôle opéré par la Cour européenne des droits de l'Homme a également considérablement renforcé la protection de l'intégrité physique et psychique des personnes mises en cause principalement au stade de l'enquête de police. Par un important arrêt du 27 novembre 1992[349], la Cour de Strasbourg a confronté les garanties de l'article 3 de la Convention avec des violences illégitimes commises par des agents de la force

[341] Le mouvement de remise en cause de la torture en tant que mode de preuve a été initié en France par Montesquieu qui se rallie en cela à une tradition humaniste plaidant contre la torture au nom du sentiment d'humanité. Le combat contre la torture a ensuite fait l'objet d'un remarquable plaidoyer du juriste milanais Cesare Beccaria qui la qualifie de « *cruauté consacrée par l'usage », « prétendu critère de vérité* […] *digne d'un cannibale* ». V. C. Beccaria, *Des délits et des peines* ; Paris, Flammarion, 1991, p. 95 s.
[342] La question préparatoire fut abolie en 1780 et c'est un édit du 1er mai 1788 qui supprime cette fois le recours à la sellette et à la question préalable.
[343] Art. 186 du *C. pén*. de 1810.
[344] L. n° 93-2 du 4 janvier 1993.
[345] Art. 63-3 *C. proc. pén*.
[346] CA Bourges, 9 mars 1950 ; *JCP* 1950, II, n° 5594.
[347] Cass. crim 26 février 1991 ; *Bull. crim.* n° 97.
[348] Aix en Provence, 8 mars 1961.
[349] CEDH 27 novembre 1992, Tomasi c/ France ; Série A, n° 241-A.

publique dans l'exercice de leurs fonctions en interdisant toute atteinte à l'intégrité physique : « Les nécessités de l'enquête et les indéniables difficultés de la lutte contre la criminalité, notamment en matière de terrorisme, ne sauraient conduire à limiter la protection due à l'intégrité physique de la personne »[350]. Cette position a été réaffirmée dans une décision du 28 juillet 1999 dans laquelle la Cour relève « *qu'à l'égard d'une personne privée de sa liberté, l'usage de la force physique qui n'est pas rendue nécessaire par le comportement de ladite personne porte atteinte à la dignité humaine et constitue, en principe, une violation du droit garanti par l'article 3* »[351].

Si la jurisprudence nationale et européenne est particulièrement vigilante au strict respect de l'intégrité physique et psychique de l'individu dans le cadre des violences perpétrées par des agents publics en vue de l'obtention des aveux, tel n'est pas le cas de la protection de l'intégrité physique dans le cadre du prélèvement d'éléments corporels qui peuvent servir par la suite de preuves et de fondements à une mise en cause.

Le recours aux prélèvements corporels dans le cadre de diligences probatoires pose la double question de l'atteinte à l'intégrité physique de la personne et de la contradiction avec le principe selon lequel nul ne peut être contraint de participer à sa propre incrimination selon l'adage *nemo tenetur prodere se ipsum*. De telles mesures doivent donc être strictement prévues par la loi[352]. Un tel dispositif a été mis en place à l'encontre de personnes soupçonnées au cours d'une enquête ou de personnes mises en examen[353]. Ces mesures ont été validées par le Conseil constitutionnel[354] dans la mesure où elles n'entraînent « *aucune intervention corporelle interne* », « *aucun procédé douloureux, intrusif ou attentatoire à la dignité des intéressés* » et par conséquent, ces mesures ne portent atteinte ni à l'inviolabilité du corps humain ni à la présomption d'innocence. Par ailleurs, de telles investigations doivent être réalisées sur une personne à l'encontre de laquelle *« il existe une ou plusieurs raisons*

---

[350] *Idem*, §115.
[351] CEDH 28 juillet 1999, Selmouni c/ France ; *Rec.* 1999, II, §101 ; F. Sudre, « Torture et garde à vue : un arrêt de principe » ; *JCP* 1999, n° 5, I, 203.
[352] La commission justice pénale et droits de l'Homme insistait déjà sur le fait que le développement du recours à la preuve scientifique devait répondre à plusieurs exigences : « *dès lors qu'il s'agit non de réaliser des expériences mais d'asseoir une culpabilité,* […] *la liberté de recourir à toute forme de preuve trouve ses limites dans le respect des principes qui fondent la procédure : la preuve est libre, mais sa collecte doit être légale* » : *Rapport sur la mise en état des affaires pénales*, préc., p. 201.
[353] L. n° 2003-239 du 18 mars 2003 sur la sécurité intérieure, art. 30.
[354] Cons. constit. 13 mars 2003, décision 2003-467 DC ; *JORF* du 19 mars 2003, p. 4789, considérants n° 52 à 57.

*plausibles de soupçonner qu'elle a commis ou tenté de commettre l'infraction* ». Ce dernier élément laisse pour le moins perplexe étant donné que le texte de loi vise non seulement « *toute personne à l'encontre de laquelle il existe une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis ou tenter de commettre l'infraction* », mais également « *toute personne susceptible de fournir des renseignements* ». Cette dernière catégorie s'appelle ni plus ni moins qu'un témoin. Néanmoins, le refus pour un simple témoin de se prêter à des prélèvements externes n'est pas sanctionné. Seul le refus opposé par « *une personne à l'encontre de laquelle il existe une ou plusieurs raisons de soupçonner qu'elle a commis ou tenté de commettre une infraction* »[355] est punissable sans préjuger du sentiment de culpabilité supplémentaire que cela peut entraîner.

En matière d'atteinte à l'intégrité physique de la personne, la loi prévoit également la possibilité exceptionnelle de procéder à des investigations corporelles internes[356]. Cette appellation nous renvoie non plus à de simples prélèvements externes, mais à des actes d'investigation qui touchent au corps même de la personne mise en cause. Ces investigations ne peuvent être réalisées que par un médecin spécialement requis à cet effet et concernent la recherche de produits stupéfiants non pas consommés mais cachés dans l'organisme afin de les transporter et de leur faire passer les frontières discrètement[357]. La contrainte utilisée dans ce cadre doit néanmoins être proportionnée au but recherché comme le souligne la Cour européenne des droits de l'Homme. En effet, dans une espèce[358], un requérant avait été suspecté de vendre des produits stupéfiants qu'il dissimulait dans sa bouche. Après son interpellation, la fouille à corps ne donne pas de résultat. Les policiers, soupçonnant que le suspect avait avalé un sachet de drogue, le forcèrent à ingérer un produit vomitif afin de recueillir la preuve ultime de son trafic. Bien que la preuve ainsi recueillie ait servi à l'établissement de la culpabilité, la Cour relève que le mode opératoire « *a considérablement porté atteinte à l'intégrité physique et mentale* [de l'intéressé] ». La technique utilisée, l'introduction d'une sonde nasogastrique et l'administration de substances chimiques sous la contrainte de quatre policiers qui le maintenaient a même été considérée comme un traitement inhumain et dégradant.

---

[355] Art. 55-1 al. 3 *C. proc. pén.*
[356] Art. 63-5 *C. proc. pén*.
[357] Les dispositions du *Code de procédure pénale* reprennent d'ailleurs le mécanisme connu de l'art. 60 bis *C. des douanes*.
[358] CEDH, Jalloh c. Allemagne, 11 juil. 2006, req. n° 54810/00 ; *JCP* 2007, I, 106, obs. F. Sudre.

En plus du droit au respect de l'intégrité physique et psychique, le respect du droit à la vie privée de la personne mise en cause constitue également une garantie permettant de préserver l'effectivité d'un droit à la preuve contraire.

b. Le respect du droit à la vie privée de la personne mise en cause

La protection de la vie privée pourrait être définie comme la défense d'une *« sphère à l'intérieur de laquelle la personne peut se réfugier afin de déterminer sa façon d'agir ou, tout simplement, afin de cacher et de protéger ce qu'elle considère appartenir à elle-même »*[359]. Ce principe a été reconnu pour la première fois comme un droit de l'Homme dans la Déclaration universelle des droits de l'Homme[360] et a été consacré par la Convention européenne des droits de l'Homme[361]. Ce droit a été maintes fois réaffirmé[362], mais la « *prévention des infractions pénales* »[363] peut constituer l'un des buts légitimes permettant de porter atteinte à ce droit pour autant que cette atteinte soit également prévue par la loi et qu'elle apparaisse nécessaire et proportionnée au but poursuivi. Un certain nombre de procédés tels que les perquisitions, les fouilles, les interceptions de correspondances qu'elles soient écrites ou par la voie des télécommunications, les sonorisations, les enregistrements vidéos… pourront ainsi être autorisés. Le législateur devra néanmoins assurer à ces procédures la légitimité nécessaire en fixant un cadre précis de leur mise en œuvre. Le juge devra s'assurer également que les mesures attentatoires à la vie privée sont effectivement nécessaires à la manifestation de la vérité et qu'elles sont proportionnées à l'enjeu, c'est-à-dire qu'elles ne vont pas au-delà de ce qui est utile à la manifestation de cette vérité.

2. Le principe de loyauté dans la recherche des preuves

Le principe de loyauté dans la recherche des preuves touche de près le recours aux nouveaux moyens de preuve. En effet, comme nous l'avons vu, la technique et le recours à certains stratagèmes permettent de surprendre le comportement, les paroles d'un individu sans

[359] D. Giannalopoulos et R. Parizot, préc., p. 245.
[360] Art. 12 de la Convention du 10 décembre 1948 adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies.
[361] Art. 8 CEDH.
[362] V. par exemple l'art. 17 du pacte international relatif aux droits civils et politiques de l'ONU du 16 décembre 1966, l'art. 16 de la Convention de New-York du 26 janvier 1990 relative aux droits de l'enfant.
[363] Art. 8 al. 2 de la Convention.

que ce dernier s'y attende et ait conscience que ces éléments peuvent être utilisés contre lui. Les autorités utilisent ainsi de plus en plus les écoutes téléphoniques, et autres enregistrements clandestins qui font maintenant partie des éléments de preuve de droit commun[364]. Il conviendra alors d'étudier la fonction modératrice du principe de loyauté qui s'applique à l'action des autorités publiques dans leur activité de recherche des preuves (a) pour en analyser ensuite les limites (b).

### a. La fonction modératrice du principe de loyauté

« *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 la tromperie, les artifices, les promesses, les menaces, tous agissements réduisant ou supprimant le libre arbitre*.»[365] Le fondement du principe de loyauté dans la recherche des preuves repose sur le principe de légalité et l'exigence de dignité de la justice[366]. Le principe de loyauté ne figure pas expressément dans le Code de procédure pénale, mais découle de l'exigence d'équité inscrite dorénavant dans l'article préliminaire[367]. Il part du constat simple que la fin ne justifie pas les moyens et que les autorités publiques ne peuvent pas user de n'importe quelle méthode pour arriver à la vérité. Bouzat écrivait que « *La justice doit inspirer confiance et respect. Elle doit mener sa lutte ingrate contre les délinquants avec dignité : on comprendrait mal qu'elle utilisât pour confondre les malfaiteurs les moyens qu'elle leur reproche d'employer*.»[368]

Une illustration de cette conception de la loyauté peut être trouvée dans la célèbre affaire Wilson[369]. Dans cette espèce, un juge d'instruction avait usé d'un stratagème en maquillant sa voix et en se faisant passer au téléphone pour l'inculpé afin d'obtenir d'un ami de celui-ci les aveux de sa participation à un trafic de décorations. La haute juridiction a ainsi

---

[364]G. Di Marino, *Le statut des écoutes et enregistrements clandestins en procédure pénale, Rapport du 7ème Congrès de l'Association française de droit pénal*, Grenoble 28-30 nov. 1985, p.4.
[365] J. Pradel, *Procédure pénale*, préc., n° 413, p. 373.
[366] B. de Lamy, « De la loyauté en procédure pénale, brèves remarques sur l'application des règles de la chevalerie à la procédure pénale », in : *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire, mélanges offerts à Jean Pradel* ; Paris, Cujas, 2006, p. 97.
[367] Il est à noter que les débats qui ont conduit à l'adoption de cet article préliminaire du Code de procédure pénale font apparaître une véritable discussion sur la place que devait y tenir le principe de loyauté. On peut dès lors légitimement penser que l'absence de consécration législative de ce principe s'est faite volontairement. Cf. *JOAN*, séance du 24 mars 1999, p. 2791, et séance du 9 février 2000, p. 910.
[368] P. Bouzat, « La loyauté dans la recherche des preuves », in : *Mélanges Hugueney* ; Paris, Sirey, 1964, p. 165.
[369] Cass. ch. réunies 31 janv. 1888 ; *S.* 1889, 1, p. 241.

eu l'opportunité d'affirmer sa conception de la loyauté en condamnant l'attitude du magistrat en cause qui a employé « un procédé s'écartant des règles de loyauté que doit observer toute information judiciaire, et constituant, par cela même, un acte contraire aux devoirs et à la dignité du magistrat ».

L'énoncé du principe de loyauté dans la recherche des preuves laisse apparaître ses propres limites. L'application en sens unique des règles de la « chevalerie »[370] ne doit pas conduire à l'impuissance des autorités de poursuites en créant un déséquilibre trop important cette fois au désavantage de la partie poursuivante. Il apparaît dès lors que ce principe fondamental ne peut pas être d'une application absolue. Mais une fois de plus, comme pour d'autre garanties processuelles, l'absence de caractère absolu ne doit pas nier l'importance de la diffusion d'une philosophie générale de la recherche de la preuve dont l'objet est de garantir tout individu d'une atteinte disproportionnée à ses libertés individuelles. Le principe de loyauté dans la recherche de la preuve acquiert alors une fonction modératrice et impose un contrôle particulier de l'autorité judiciaire sur toutes les mesures attentatoires aux libertés individuelles.

### b. Le principe de loyauté, une garantie limitée

La limitation du principe de loyauté dans l'administration de la preuve pénale est de deux ordres. Elle tient tout d'abord à une entorse faite à l'obligation pour les autorités d'enquêtes et de poursuite de recueillir loyalement les éléments de preuve fondant la culpabilité. Une autre brèche importante à l'application de se principe renvoie cette fois à la possibilité qu'a la partie civile de s'affranchir complètement du respect de cette règle procédurale, au même titre que la personne mise en cause.

Alors que le principe de loyauté a été considéré pendant longtemps comme étant d'application stricte pour les autorités publiques, la jurisprudence tend à démontrer qu'elle n'est pas hostile à une certaine déloyauté strictement encadrée.

Un arrêt nous conduit même à nous interroger sur l'exigence de nécessité d'un contrôle par le juge de l'utilisation de procédés déloyaux dans la recherche de preuve. En effet, dans

[370] B. de Lamy, préc., p. 97 s.

l'affaire très médiatisée de l'incendie d'une paillotte sur le littoral corse[371], le préfet de Corse du Sud, soupçonné d'avoir illégalement ordonné la destruction de cette construction, avait été enregistré à son insu pendant l'enquête par un officier supérieur de la Gendarmerie nationale agissant dans l'exercice de ses fonctions. Après une expertise authentifiant l'enregistrement obtenu de manière clandestine, une transcription de celui-ci a été versée au dossier et a servi au tribunal pour entrer en voie de condamnation. Le Préfet, reconnu coupable de complicité par fourniture d'instruction du délit de destruction, dégradation ou détérioration de biens appartenant à autrui, a été condamné à trois ans d'emprisonnement dont deux ans assortis d'un sursis simple ainsi qu'à une interdiction des droits civils et civiques pour une durée de trois ans. C'est bien sûr le défaut de loyauté dans l'obtention de cet élément de preuve et une atteinte au droit au procès équitable protégé par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme qui ont été soulevés par le préfet devant la cour d'appel et la Cour de cassation. Cette argumentation fondée sur une constance de la doctrine et de la jurisprudence a néanmoins été écartée au motif que la bande enregistrée avait été authentifiée par un processus d'expertise et que son contenu avait été soumis à la libre discussion des parties : « *Attendu qu'en cet état, et dès lors que cet enregistrement ne constituait que l'un des éléments probatoires laissés à l'appréciation souveraine des juges, la Cour d'appel a justifié sa décision au regard des dispositions légales et conventionnelles invoquées* ».

Le devoir de loyauté des victimes est analysé avec la même bienveillance que celle dont bénéficie la personne mise en cause[372]. La Cour de cassation affirme cette position de manière très claire : « 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 »[373]. Peuvent ainsi servir de fondement à une accusation venant d'une partie privée aussi bien des enregistrements sonores, vidéos, des courriers électroniques, des rapports de détectives privés ou tout autre moyen de preuve. Cette admission de la preuve déloyalement obtenue a pu conduire des particuliers, parties civiles, à pré-constituer la preuve des infractions dont ils ont été victimes. L'analyse de la jurisprudence va très loin puisqu'elle remet en cause la traditionnelle distinction entre la provocation à la preuve et la provocation à l'infraction. La portée de la provocation est différente. Les provocations tendant à rassembler les preuves d'une infraction déjà commise ou qui était sur le point de l'être étaient

[371] Cass. crim. 13 oct. 2004 ; *Bull. crim*. n° 243 ; *RPDP* juin 2005, n° 2, p. 410, note C. Ambroise-Castérot.
[372] V. supra, p. 186.
[373] Cass. crim. 6 avril 1994 ; *Bull. crim*. n° 136 ; Cass. crim. 15 juin 1993 ; *D* 1994, p. 613, note C. Mascala ; Cass. crim. 19 janvier 1999 ; *JCP* 1999, II, n° 10156, note D. Rebut.

traditionnellement admises alors que celles dont l'objectif était de provoquer la commission d'une infraction étaient interdites[374]. La haute juridiction a validé le recours à la provocation à l'infraction lorsqu'elle émane d'une partie privée dans le cas de « testings » organisés par l'association SOS racisme à l'entrée d'établissements de nuit[375].

On notera ici la particulière difficulté de lutter contre les éléments ainsi recueillis qui n'ont pu être filtrés par les différentes garanties contre les atteintes aux libertés individuelles. Que ce soit face à une accusation produite par les autorités publiques ou par des parties privées, le fort impact probatoire des éléments de preuve scientifiques ou techniques posent nécessairement la question de la place de la personne mise en cause et des moyens qui lui sont laissés pour faire éclater son innocence.

Le seul garde-fou affirmé par la jurisprudence contre des éléments réside dans la faculté toujours préservée de discuter contradictoirement ces preuves. Le respect du principe du contradictoire apparaît alors comme la façon de *« rééquilibrer la déloyauté des moyens employés »*[376]. Si cette possibilité n'est pas négligeable, l'expression du droit à la preuve contraire face à des éléments de preuve recueillis à l'aide de procédés scientifiques ou techniques nécessite l'affirmation d'un rôle plus présent et actif à la fois dans le processus de recherche de la preuve scientifique que dans la contestation des opérations de recherche ayants conduits à la découverte d'éléments de preuve.

### B. La place de la personne mise en cause face à la « preuve parfaite »

Face au « rouleau compresseur » que peut constituer une preuve dite « parfaite », le rôle du défenseur pénal ne semble pas aisé. La difficulté de rapporter un élément matériel de preuve contraire peut conduire à privilégier la contestation comme moyen de preuve contraire efficace (1), mais une autre voie s'ouvre à travers la procédure d'expertise qui laisse entrevoir une nouvelle expression du droit à la preuve contraire (2).

---

[374] P. Maistre du Chambon, « La régularité des provocations policières : l'évolution de la jurisprudence » ; *JCP* 1989, I, n° 3422.
[375] Cass. crim. 11 juin 2002; *Bull. crim.* 131.
[376] C. Ambroise-Castérot, *La procédure pénale*, préc., p. 207.

1. La contestation comme moyen de preuve contraire face à la « preuve parfaite »

Comme en matière générale, la contestation peut apparaître comme un moyen de preuve contraire face à une preuve qualifiée de « parfaite ». Sans revenir sur l'exposé du cadre général des nullités de procédures, nous allons évoquer brièvement le recours en annulation d'actes de procédures comme moyen de preuve contraire face à la preuve scientifique et technique (a) avant d'aborder la contestation de la procédure d'expertise plus spécifique à la prise en compte d'un moyen scientifique ou technique de preuve (b).

a. Le recours en annulation d'actes de procédures comme moyen de preuve contraire face à la preuve scientifique et technique

La preuve contraire à des éléments techniques ou scientifique est particulièrement délicate, ce qui a conduit le législateur à encadrer très strictement les actes d'investigations qui ont recours à des techniques modernes afin de garantir non seulement une loyauté du procédé utilisé, mais également une légitimité du recours à ces techniques. Le cadre strict de ces investigations ouvre un moyen actif voir réactif de défense qui consiste à contester la procédure suivie par le biais de recours en nullités.

La preuve technique ou scientifique s'appuie le plus souvent sur une procédure préalable de recherche d'indices mettant en œuvre des actes de perquisitions, de fouilles, de saisie dont le formalisme est strictement encadré et permet d'ouvrir des cas de nullité pouvant rejaillir sur leur exploitation.

Il s'agira alors de vérifier la compétence des agents qui ont opérés, le respect des horaires prescrits pour des catégories d'investigations précises, le respect de la protection du cabinet ou du domicile d'un avocat[377], du cabinet d'un médecin, d'un notaire, d'un avoué, d'un huissier de justice[378], ou bien encore des locaux d'une entreprise de presse[379].

[377] Art. 56-1 *C. proc. pén*.
[378] Art. 56-3 *C. proc. pén*.
[379] Art. 56-2 *C. proc. pén*.

Ces actes étant particulièrement fréquents, le recours en nullité ne constitue pas une voie anecdotique de l'exercice du droit à la preuve contraire pour priver d'effets l'obtention d'une preuve qualifiée de parfaite[380].

Au-delà de la requête en nullité des actes de recollement d'indices, la procédure d'expertise en elle-même peut faire l'objet de contestations.

### b. La contestation de la procédure d'expertise comme moyen de preuve contraire face à la preuve scientifique et technique

Le recours en nullité contre une procédure d'expertise comme moyen de preuve contraire reste une voie étroite afin de faire tomber les éléments de l'accusation qui en sont issus.

Les nullités d'ordre public sont particulièrement rares en matière d'expertise. Une telle nullité pourra être recherchée dans le cas ou l'ordonnance judiciaire commettant l'expert n'a pas été signée[381], en cas d'absence de motivation du recours à un expert qui n'est pas inscrit sur la liste nationale dressée par la cour de cassation ou sur l'une des listes des cours d'appel[382], ou bien encore en cas d'absence de prestation de serment[383]. Le caractère automatique du prononcé des nullités dans ces circonstances démontre la force accordée à la mission d'expertise et la nécessité de recourir à des personnes considérées comme ayant un savoir et des connaissances.

Les autres nullités relèvent du droit commun et nécessitent par conséquent la démonstration d'un grief[384]. Dans ces conditions, peuvent faire l'objet d'une nullité par exemple le dépôt des conclusions de l'expert après expiration du délai imparti par le juge[385], la notification tardive aux parties du rapport d'expertise[386], il en est encore ainsi du non

---

[380] Pour le recours en nullité comme moyen de preuve contraire, V. supra, p. 210 s.
[381] Art. 159 *C. proc. pén*.
[382] Art. 157 *C. proc. pén.*
[383] Le serment est prévu par l'art. 160 *C. proc. pén*. La jurisprudence exige que soit versé au rapport d'expertise le procès-verbal de prestation de serment et la simple mention de la réalisation de cette formalité ne suffit pas (Cass. crim. 7 août 1951; *Bull. crim*. n° 254 ; Cass. crim. 10 avr. 1975 ; *Bull. crim*. n° 90). Il est néanmoins admis que la prestation de serment ne soit pas préalable au commencement des opérations d'expertise, mais qu'elle intervienne « à bref délai » après la désignation de l'expert : Cass. crim. 27 oct. 2004 ; *Bull. crim*. n° 260.
[384] Art. 802 *C. proc. pén*.
[385] Cass. crim. 16 oct. 1979 ; *Bull. crim*. n° 281.
[386] Cass. crim. 23 fév. 1966 ; *Bull. crim*. n° 60.

respect des formalités prévues pour l'audition, par les experts, de la personne mise en cause ou de toute autre personne[387].

Au-delà de la contestation par le recours en nullité, l'expression du droit à la preuve contraire au cours de la procédure d'expertise doit conférer à la personne mise en cause un réel droit d'intervention dans la mission de l'expert pour que son travail puisse également servir à établir son innocence.

### 2. L'expression du droit à la preuve contraire dans le processus d'expertise

L'exploitation des nouveaux moyens de preuve, par la technicité qu'elle nécessite, n'est que rarement opérée directement par les enquêteurs ou les magistrats. La justice va alors avoir recours à une expertise qui peut se définir comme l'examen de questions d'ordre technique ou scientifique confié à un spécialiste[388]. De tout temps, la justice s'est entourée de l'avis d'hommes de l'art pour assoir ses décisions. Pour donner à des constatations techniques ou scientifiques la qualité d'une expertise, il convient qu'elles impliquent un choix, un avis, une réponse reposant sur une interprétation. Par ailleurs, son incidence est bien probatoire et cet acte doit par conséquent avoir pour objet d'établir la preuve de faits. Or, ce qui en théorie qu'un simple avis technique prend vite le poids d'une preuve difficilement surmontable.

Toute analyse d'ordre médicale, biologique, balistique, psychologique, comptable, toute étude d'un enregistrement sonore, vidéo ou informatique tendant à déterminer son authenticité pourront dès lors être confiées à un personnel spécialisé et qualifié dans le cadre d'une procédure d'expertise. Nous étudierons par conséquent de quelle manière l'existence d'un droit à la preuve contraire peut donner la possibilité à la personne mise en cause d'accompagner le travail d'expertise et ainsi faire valoir les orientations de la défense dans le résultat de l'expertise qui influencera considérablement la conviction du juge (b) et nous verrons même de quelle manière le recours à l'expertise et aux techniques modernes de preuve peut constituer un véritable moyen de preuve contraire (a).

---

[387] Art. 164 *C. proc. pén*.

[388] Le recours à l'expertise doit nécessiter une interprétation et non une simple constatation. En conséquence, la simple détermination d'un taux d'alcoolémie (Cass. crim. 6 oct. 1986 ; *Bull. crim*. n° 270), d'un groupe sanguin (Cass. crim. 4 nov. 1987 ; *D*. 1988, somm. 192), du poids d'un projectile (Cass. crim. 20 janvier 1972 ; *Bull. crim.* n° 30) ne peuvent donner lieux à une opération qualifiée d'expertise. V. P. Compte et P. Maistre du Chambon, *Procédure Pénale*, préc., n° 361.

a. Les techniques modernes et les expertises comme moyens de preuve contraire

Si la preuve technique ou scientifique emporte une telle force de conviction, il semble logique qu'elle puisse tout autant accuser que disculper. Dès lors, la personne poursuivie pourrait avoir recours à un tel moyen de preuve pour se dégager des accusations qui pèsent contre elle. Nous avons déjà abordé l'efficacité de ce moyen de preuve contraire s'agissant des tests génétiques qui ont permis de dégager la responsabilité de nombreuses personnes mises en cause, particulièrement dans des affaires sexuelles[389]. Les autres techniques modernes de preuves peuvent également être utilisées pour exonérer des innocents. La force de conviction des nouveaux moyens de preuve est telle qu'elle pourra venir appuyer tout moyen de défense émis par la personne mise en cause. Elle pourra aussi bien venir confirmer un alibi par des enregistrements vidéos de lieux de passage, par des mouvements de carte bancaire, des analyses d'origines d'appels téléphoniques…, démontrer l'absence d'infraction pénale dans le cas d'une mort suspecte par des expertises médico-légales prouvant la non intervention d'un tiers, ou bien encore

Les techniques modernes nécessitent néanmoins le plus souvent des moyens importants de recherche et par conséquent d'obtenir la coopération des services d'enquête ou l'autorisation judiciaire de procéder à des examens scientifiques, des saisies de matériels ou de documents (enregistrements vidéos…). La situation d'une partie privée face à l'utilisation des moyens moderne de preuve est donc plus délicate que celle des autorités de poursuites, ce quia conduit à rééquilibrer les droits des parties quant à la sollicitation d'actes de recherche de la vérité.

Parmi les expertises utilisées au cours du procès pénal, l'une mérite une attention particulière, il s'agit de l'expertise médico-psychologique. Obligatoire en matière criminelle, cette expertise peut également être décidée par le juge d'instruction et sollicitée par l'une des parties. L'enjeu de cette expertise réside bien souvent dans le fait de savoir si la personne poursuivie peut échapper à sa responsabilité pénale[390] ou tirer de sa situation psychologique une atténuation de la sanction[391]. L'intérêt de cet acte apparaît clairement dans l'expression d'un droit à la preuve contraire. L'expertise s'attachera alors à démontrer le degré de

[389] La première utilisation des tests génétiques dans une affaire pénale avait justement conduit à la preuve de l'innocence d'un mis en cause. V. infra affaire Colin Pitchfork.
[390] Art. 122-1 al. 1 *C. pén*.
[391] Art. 122-1 al. 2 *C. pén*.

discernement de la personne poursuivie au moment des faits et particulier si un trouble psychique ou neuropsychique a pu l' « abolir » ou l' « altérer ». Dans ce cas l'expertise peut être analysée comme un moyen de preuve contraire à la responsabilité pénale présentée par l'acte d'accusation. Il faut néanmoins souligner que le jeu de l'irresponsabilité pénale suite à une expertise médico-psychologique reste exceptionnellement admis par les juridictions.

La recherche d'équité dans la procédure d'expertise et corrélativement la consécration d'un droit à la preuve contraire s'exprime principalement dans le mouvement d'affirmation d'un droit à l'expertise équitable.

### b. Vers un droit à l'expertise équitable garantie de l'effectivité d'un droit à la preuve contraire

Parce qu'elles sont faillibles et que leurs résultats ont une force de conviction sans égale, les expertises scientifiques nécessitent une surveillance, un contrôle constant aussi bien quant à la méthode utilisée qu'à l'analyse des résultats obtenus.

La doctrine a régulièrement appelé de ses vœux l'institution d'une procédure d'expertise « *équitable* ». D'Henri Charliac en 1937[392] à M. le Professeur Jean-Pierre Marguénaud plus de soixante ans après[393], de multiples études ont mis en lumière le déséquilibre d'une procédure d'expertise qui repose entre les mains des autorités de poursuites et ne laisse que peu de place aux intérêts de la personne poursuivie.

Parce que le droit à la preuve contraire puise ses fondements dans l'expression d'un droit au procès équitable, son application à la phase d'expertise doit conduire au rétablissement d'un équilibre entre les parties à l'expertise. La montée en puissance des droits de la personne mise en cause lors d'une procédure d'expertise a fait l'objet d'une longue maturation. La Cour européenne des droits de l'homme a tout d'abord étendu son contrôle du droit au procès équitable à la phase d'enquête avant procès : *« L'article 6 a pour finalité principale, au pénal, d'assurer un procès équitable devant un tribunal compétent pour décider du bien-fondé de l'accusation, mais il n'en résulte pas qu'il se désintéresse des phases qui se déroulent avant la procédure de jugement. […] D'autres exigences de l'article 6, notamment de son paragraphe 3, peuvent elles aussi jouer un rôle avant la saisine du juge au fond et ce dans la mesure où leur inobservation risque de compromettre gravement le*

[392] H. Charliac, *L'expertise en matière pénale* ; Paris, Dalloz, 1937, p. 237.
[393] J.-P. Marguénaud, « Le droit à l'expertise équitable » ; *D.* 2000, p. 111 s.

*caractère équitable du procès* »[394]. Elle a plus récemment et formellement étendu son contrôle à la phase d'expertise en vertu de sa jurisprudence *Mantovanelli*[395] qui entre dans la logique de l'extension des garanties de l'article 6 à l'ensemble de la procédure. Dans cette espèce qui relevait d'un contentieux administratif dans le cadre d'une erreur médicale, les plaignants contestaient le fait de n'avoir pas été informé de la procédure d'expertise et en conséquence, de n'avoir pu assister aux auditions menées par l'expert ou tout au moins contester ses conclusions avant le dépôt de son rapport définitif. Bien que le tribunal administratif reconnu l'irrégularité de l'expertise pour non respect du principe du contradictoire, il n'en tira aucune conséquence de droit et s'appuya même sur le rapport d'expertise pour écarter la responsabilité de l'établissement concerné. Après un appel infructueux et un rejet de demande d'aide juridictionnelle devant le Conseil d'Etat, l'affaire a été portée devant la Cour européenne des droits de l'homme. Le raisonnement des juges de Strasbourg mérite d'être souligné. En effet, ils ont commencé par rappeler que « *Le respect du contradictoire, comme celui des autres garanties de procédure consacrées par l'article 6§1, vise l'instance devant un « tribunal » et que, dès lors, il ne peut être déduit de cette disposition (art. 6§1) un principe général et abstrait selon lequel, lorsqu'un expert a été désigné par un tribunal, les parties doivent avoir dans ce cas la faculté d'assister aux entretiens conduits par le premier ou de recevoir communication des pièces qu'il a prises à son compte. L'essentiel est que les parties puissent participer de manière adéquate à la procédure devant le tribunal* »[396]. Face à ce constat qui aurait pu aisément justifier le rejet de la demande et la non soumission de la phase d'expertise au principe du contradictoire, les juges de Strasbourg ont tout de même permis de baser une atteinte au principe de la contradiction en relevant que la simple contestation des conclusions du rapport d'expertise devant le tribunal ne constituait pas « *une possibilité véritable de commenter efficacement celui-ci. En effet, la question à laquelle l'expert était chargé de répondre se confondait avec celle que devait trancher le tribunal (...) [et] ressortissait à un domaine technique échappant à la connaissance des juges. Ainsi, bien que le tribunal administratif ne fût pas juridiquement lié par les conclusions de l'expertise litigieuse, celles-ci étaient susceptibles d'influencer de manière prépondérante son appréciation des faits*»[397]. Sans faire de cette espèce une

[394] CEDH 24 novembre 1993, Imbrioscia c/ Suisse ; Série A, n° 275, §36.
[395] CEDH 18 mars 1997, Mantovanelli c/ France ; *Rec*. 1997-II ; *JCP* 1998, I, 107, note F. Sudre ; *AJDA* 1999, p. 173, note H. Muscat ; *R.T.D.Civ*. 1997, oct.-déc. n° 4, p. 1007, note J.-P. Marguénaud.
[396] CEDH 18 mars 1997, Mantovanelli c/ France, §33, préc.
[397] CEDH 18 mars 1997, Mantovanelli c/ France, §36, préc.

application générale[398], la Cour européenne se donne ici la possibilité d'intervenir quasi systématiquement dans le contrôle des procédures d'expertises en soulignant les difficultés pour les magistrats de contredire eux-mêmes des données techniques ou scientifiques qu'ils ne maîtrisent pas et qui ont une incidence évidente sur leur conviction.

À l'aune de ces évolutions de la jurisprudence européenne, il apparaissait nécessaire de faire évoluer le cadre d'intervention des experts en procédure pénale[399]. Après un grand nombre de tentatives avortées qui tendaient à instaurer une procédure d'expertise contrôlée[400] ou contradictoire[401], le législateur s'est imprégné du vent de Strasbourg pour modifier le cadre procédural de l'expertise vers une présence plus affirmée de la défense, marquant par là même un progrès réel vers une procédure d'expertise équitable ménageant ainsi un droit à la preuve contraire.

Les principales avancées introduites par l'article 18 de la loi du 5 mars 2007 tendant à renforcer l'équilibre de la procédure pénale, tiennent à la fois à la phase de désignation de l'expert par le juge et à l'instauration d'une véritable phase contradictoire pour discuter les conclusions de l'expert. S'agissant de la désignation des experts, le nouvel article 161-1 du

---

[398] V. CEDH 18 mars 1997, Mantovanelli c/ France, opinion concordante du juge Jambrek.

[399] Il est à noter qu'en matières civile et administrative, le caractère équitable de l'expertise était déjà affirmé. En matière civile, l'expert doit convoquer les parties et il doit exécuter sa mission en leur présence ou celle de leurs représentants, avocats ou conseils techniques (art. 160 s. *NCPC*). En outre, les parties peuvent faire toute observation qu'elles jugent nécessaires et qui seront jointes, si elles le souhaitent, aux conclusions de l'expert (art. 276 *NCPC*). S'agissant de la matière administrative, les expertises doivent être réalisées en présence des parties, ou tout au moins doivent-elles être dûment appelées et leurs observations sont également consignées dans le rapport d'expertise (art. R. 621-7 *CJA*).

[400] Dans le système de l'expertise contrôlée, le juge reste maître de la désignation de l'expert, mais les parties ont la possibilité de nommer un conseiller technique amené à les représenter, à veiller à la bonne exécution de l'expertise et à remettre au juge un rapport dans lequel il consigne ses observations. Ce système a été proposé tour à tour par le projet Le Royer de 1879 préparé par une commission extra-parlementaire présidée par Faustin Hélie et par le rapport du sénateur Dauphin de 1882. Le premier projet fut repoussé par le Sénat avec l'ensemble des réformes de procédure qu'il contenait, jugées trop libérales, et le second fut rejeté en bloc par la chambre des députés comme faisant preuve d'un trop fort conservatisme. Ce système fut également préconisé par le projet Donnedieu de Vabres de 1949 mais connu le même sort que les deux tentatives précédentes car il confiait la direction de l'instruction préparatoire au Procureur de la République. V. P. Le Royer, « Projet de loi tendant à réformer le Code d'instruction criminelle, présenté au nom de M. Jules Grévy, Président de la République Française » ; *Annales du Sénat et de la Chambre,* débats parlementaires, session extraordinaire de 1879, séance du 27 novembre 1879, annexe n° 7, p.197 s., et plus précisément les art. 48 à 54 ; H. Dauphin, « Rapport fait au nom de la commission chargée d'examiner le projet de loi tendant à réformer le Code d'instruction criminelle », *Annales du Sénat et de la Chambre,* documents parlementaires, séance du 6 mars 1882, annexe n° 63, p. 50 s. ; « Nouveau projet de Code d'instruction criminelle » ; *Rev. sc. crim* 1949, avril-juin, n° 2, p. 43 s. ; Y. Arnoux, *Le recours à l'expert en matière pénale*, Thèse, Aix-Marseille, Aix-en Provence, PUAM, 2004, p. 156 s.

[401] Ce système, plus aboutit que le précédent, vise à permettre aux parties le droit de nommer des experts avec les prérogatives qui s'attachent à cette fonction et qui concourent, en parfaite égalité avec l'expert désigné par le juge, à la mission d'expertise. Ils rendent alors un rapport commun, et en cas de désaccord, ont recours à un tiers-expert qui départagera. Ce système fut exposé dans les propositions de lois Cruppi de 1898 et Besson de 1957 qui furent également repoussées. V. J. Cruppi, « Proposition de loi relative au régime des expertises » ; *Annales de la Chambre des députés,* documents parlementaires, session extraordinaire de 1898, séance du 22 novembre 1898, annexe n° 407, p. 310 s. ; A. Besson, « L'origine, l'esprit et la portée du Code de procédure pénale » ; *Rev. sc. crim.* 1969, avr-juin, n° 2, p. 271 s. ; Y. Arnoux, préc., p. 162 s.

Code de procédure pénale impose au juge qui ordonne une expertise d'adresser une copie de sa décision au procureur de la République et aux avocats des parties qui disposent alors de la possibilité, dans un délai de dix jours, de demander au juge d'instruction de modifier les questions posées à l'expert ou même de désigner un autre expert sur les listes des experts judiciaires qui participera, aux côtés de celui ou de ceux déjà désignés aux opération techniques ou scientifique demandées. Cette nouvelle faculté, ouverte entre autres à la défense, constitue une demande d'intervention formulée auprès du juge d'instruction qui conserve la possibilité de ne pas y faire droit. Néanmoins, ce refus reste soumis à une obligation de motivation et à la possibilité de contestation devant le président de la chambre de l'instruction[402]. S'agissant du contrôle et du suivi des opérations d'expertise, le caractère contradictoire est accentué par l'obligation faite à l'expert de déposer un rapport d'étape notifié aux parties lorsque la durée de l'expertise excède un an. Au-delà d'une simple information sur les avancées de l'acte, les parties ont la possibilité de réagir face à ces premières conclusions ou orientations afin de pousser l'expert à affiner ou modifier ses conclusions définitives[403]. Il est à noter encore que ces conclusions ne lient pas le juge et qu'elles sont soumises à la discussion contradictoire des parties après en avoir eu communication[404]. La loi prévoit en outre l'ouverture d'un nouveau délai à partir du dépôt des conclusions définitives afin de permettre à la personne mise en cause et plus globalement aux parties, de solliciter un complément d'expertise ou la réalisation d'une contre-expertise[405].

L'avancée de ces dispositions vers l'effectivité d'une expertise équitable et l'efficacité d'un droit à la preuve contraire face aux conclusions d'une expertise est considérable. La personne mise en cause dispose en effet dorénavant de la possibilité d'interférer dans la procédure de désignation de l'expert et de discuter en amont du déroulement de l'acte d'expertise, en permettant d'entrevoir l'établissement d'une discussion contradictoire au cours et à l'échéance de la mission d'expertise. Même si le juge d'instruction maîtrise encore la possibilité de refuser les demandes de la défense, ce texte introduit la possibilité de présenter à l'expert et au juge une vision technique, une analyse scientifique différente permettant d'approfondir la mission d'expertise et, *in fine*, d'apporter des éléments favorables à la personne mise en cause.

---

[402] Art. 161-1 al.2 *C. proc. pén*.
[403] Art. 161-2 *C. proc. pén.*
[404] Art. 167 al. 1 et 2 C. proc. pén.
[405] Art. 167 al. 3 *C. proc. pén*.

# Chapitre 2 : La construction inachevée du droit à la preuve contraire

Le mouvement d'affirmation d'un droit à la preuve contraire est bien présent tant à l'échelon international qu'à l'échelon national sous la poussée grandissante des concepts protecteurs des droits de l'Homme et des garanties des justiciables. La construction de ce droit à la preuve contraire reste néanmoins inachevée. L'ordre juridique interne n'est pas encore allé jusqu'au bout de la logique induite par cette révolution procédurale. Notre tradition juridique reste sur le constat que l'efficacité répressive passe nécessairement par des moyens de recherche et de coercition favorables à l'accusation au détriment du droit pour la personne poursuivie de se défendre. Plusieurs domaines témoignent particulièrement de la mise en cause du droit à la preuve contraire (Section 1). Il conviendra également de s'interroger sur l'inégale reconnaissance du droit à la preuve contraire suivant le stade de la procédure (Section 2). Ces développements nous permettrons d'étendre notre analyse à la phase d'enquête au cours de laquelle le droit à la preuve contraire n'est pas encore reconnu. Les évolutions de notre procédure pénale et la suppression programmée de la phase d'instruction au profit du cadre d'enquête élargi pose alors la question de l'avenir du droit à la preuve contraire lors de la mise en état des affaires pénales.

## Section 1 : La mise en cause du droit à la preuve contraire

Il existe encore dans notre procédure pénale des circonstances dans lesquelles il devient impossible pour la personne poursuivie de rapporter des éléments de preuve contraires à l'accusation. Ces exceptions sont de deux ordres. Dans le premier cas, le droit à la preuve contraire est mis en échec par la loi (§1), c'est-à-dire que les textes prévoient expressément l'impossibilité pour la personne mise en cause de prouver son innocence. Le second cas est plus fréquent et témoigne de la montée en puissance des modes alternatifs de règlement des conflits qui impliquent une renonciation au droit à la preuve contraire (§2).

### §1. Le droit à la preuve contraire mis en échec par la loi ou la preuve contraire impossible

Le droit à la preuve contraire, parce qu'il est gage de bonne justice, devrait octroyer à la personne mise en cause une véritable licence lui permettant présenter les arguments démontrant son innocence. Au-delà de la limitation des moyens de preuve, il est encore une matière dans laquelle la loi interdit à la personne poursuivie de rapporter matériellement la preuve contraire à l'accusation, c'est-à-dire de faire éclater la vérité (A). Mais cette exception, si elle est réelle, mérite néanmoins quelques tempéraments, tant dans son application que dans l'impossibilité absolue de s'exonérer de sa responsabilité (B)

#### A. La persistance d'une impossibilité de rapporter la preuve contraire dans certaines situations

Le délit de diffamation, comme d'autres infractions en matière de droit de la presse, connaît un régime singulier. Cette exception apparaît d'autant plus qu'il s'agit de la seule matière pour laquelle la loi prévoit expressément une impossibilité de rapporter la preuve contraire à l'accusation.

Nous avons déjà vu que la matière offrait une double possibilité de s'exonérer : l'exception de vérité et la preuve de la bonne foi de l'auteur des propos diffamatoires [1]. Or, la loi sur la presse, après avoir réaffirmé solennellement que « *la vérité des faits diffamatoires peut toujours être prouvée* », prévoit trois exceptions au principe : « *a) lorsque l'imputation concerne la vie privée de la personne ; b) lorsque l'imputation se réfère à des faits qui remontent à plus de dix années ; c) lorsque l'imputation se réfère à un fait constituant une infraction amnistiée ou prescrite, ou qui a donné lieu à une condamnation effacée par la réhabilitation ou la révision* »[2].

Cette interdiction est particulièrement lourde de conséquence puisqu'elle prive la personne poursuivie d'un moyen essentiel de prouver son innocence (il ne saurait y avoir délit de diffamation dans le cas où les faits reprochés seraient vrais) quand bien même la partie diffamée y consentirait. En effet, la jurisprudence considère que cette interdiction est d'ordre

[1] V. supra, p. 344 s.
[2] Art. 35 L. du 29 juil.1881sur la liberté de la presse issu d'une ordonnance du 6 mai 1944.

public et qu'il appartient par conséquent au juge d'en faire d'office assurer le respect[3]. On peut donc légitimement s'interroger sur la justification de cette exception. A la lecture des trois alinéas concernés, on peut penser que cette exception vient protéger à la fois le droit au respect de la vie privée et le droit à l'oubli[4].

S'agissant du droit au respect de la vie privée, il tend à protéger les individus d'imputations concernant leur vie personnelle ou familiale, leur moralité ou leur honnêteté. Cette exception à l'exception de vérité peut être fondée sur l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme qui dispose que « *toute personne a droit au respect de sa vie privée* ». La jurisprudence a également étendu cette conception de la vie privée à la vie commerciale afin de maintenir la tranquillité publique et de ne pas conduire à des différents trop fréquents. Dans un cas d'espèce[5], un directeur de cinéma s'est vu reprocher publiquement de ne pas faire honneur à sa signature, d'avoir laissé une traite impayée et d'avoir un « pédigrée ». Ces imputations ont été considérées comme relevant de la vie privée au sens de la loi sur la presse et par conséquent, la preuve de la vérité des faits ne pouvait être admise.

Quant au droit à l'oubli, il tend à consacrer l'effet absolutoire du temps ou de certaines décisions judicaires. La loi sur la presse expose clairement que les faits remontant à plus de dix ans ne peuvent plus être utilisés à l'encontre d'une personne et la réalité de ces faits ne saurait servir à justifier les propos tenus relativement à ces faits. Ces dispositions soulèvent de nombreuses difficultés, en particulier pour les historiens qui désirent évoquer un passé récent. Cette exclusion légale du droit à la preuve contraire est reprise bien évidemment par la jurisprudence qui ne la juge pas incompatible avec le droit au procès équitable. Dans une espèce, la Cour de cassation a même repris la justification de cette exclusion en soulignant qu'il s'agissait de « *mesures nécessaires à la protection de la réputation et des droits d'autrui au sens de l'article 10 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales*»[6]. La Cour européenne des droits de l'Homme ne semble pourtant pas avoir la même interprétation. En effet, elle a jugé, dans une affaire concernant des propos diffamatoires considérés comme trop ancien pour permettre l'exception de vérité, que « *les personnes poursuivies à raison de propos qu'elles ont tenus sur un sujet d'intérêt général doivent pouvoir s'exonérer de leur responsabilité en établissant*

[3] Cass. crim. 12 oct 1954, *D.* 1954, p.765; Cass. crim. 24 nov. 1960 ; *Bull. crim*. n° 551.
[4] V. J. Pradel et M. Danti-Juan, *Manuel de droit pénal spécial* ; Paris, Cujas, 4ème éd, 2007, p. 384 s. ; M. Véron, *Droit pénal spécial* ; Paris, Siry, 12ème éd., 2008, n° 242 s.
[5] Cass. crim. 10 juin 1959 ; *JCP* 1960, jurisp. n° 11441, obs. P. Mimin ; V. dans le même sens, Cass. crim. 22 avr. 1958; *Bull. crim*. n°333.
[6] Cass. crim. 10 fév. 1987; *Bull. crim*. n° 68.

*leur bonne foi et, s'agissant d'assertions de faits, en prouvant la véracité de ceux-ci (arrêt Castells c. Espagne du 23 avril 1992, série A n° 236, § 48 ; voir aussi l'arrêt Colombani et autres c. France du 25 juin 2002, n° 51279/99, CEDH 2002-V, § 66). En l'espèce, les propos litigieux tenaient du jugement de valeur mais aussi Ŕ comme l'ont retenu les juridictions internes Ŕ de l'imputation de faits ; le requérant devait donc se voir offrir cette double possibilité* »[7]. Par cette jurisprudence, la cour de Strasbourg semble clairement affirmer au législateur français que l'exception prévue en matière de faits de plus de dix ans est incompatible avec les dispositions conventionnelles et qu'elle ne peut conduire à une limitation de l'exercice du droit à la preuve contraire. Nous pourrions résumer que le critère de « l'intérêt général » exposé par la Cour européenne des droits de l'Homme constitue une sorte de limite générale aux limites spéciales pévues par la loi en matière de droit à la preuve contraire.

L'exception de vérité est également exclue lorsque les imputations diffamatoires se rapportent à des faits constitutifs d'une infraction amnistiée ou prescrite, ou qui a donné lieu à une condamnation effacée par la réhabilitation ou la révision. Le texte de loi va plus loin en protégeant également la vérité judicaire. En effet, Ces dispositions allant dans le sens du droit à l'oubli ont pour vocation de respecter un objectif de tranquillité publique. Il semble d'ailleurs que cette exception puisse rentrer dans le cadre des justifications d'atteintes à la liberté d'expression prévues par la Convention européenne[8].

### B. Une exception limitée

L'impossibilité de rapporter la preuve contraire à la diffamation par la démonstration de la vérité des faits diffamatoires doit néanmoins être relativisée à deux titres.

En premier lieu, le texte de loi prévoit lui mêmes des exceptions à cette impossibilité. En effet, *l'exceptio veritatis* est rétablie lorsque les faits en cause, alors même qu'ils concernent la vie privée, constituent l'infraction de viol, d'agression sexuelle[9], d'atteinte sexuelle sur mineur[10], ainsi que d'autres infractions relatives à la protection des mineurs[11]. Nous sommes en présence d'une situation bien singulière d'une exception aux exceptions permettant à nouveau d'utiliser le fait justificatif tiré de la vérité des faits diffamatoires.

[7] CEDH, Mamère c. France, 7 nov. 2006, req. n° 12697/03.
[8] Art. 10 §2 de la Convention.
[9] L'art. 35 de la loi de 1881 vise les infractions prévues aux art. 222-23 à 222-32 *C. pén.*
[10] Art. 227-25 à 227-27 *C. pén*.
[11] Art. 227-22 à 227-24 *C. pén*.

Toutefois, la Cour de cassation n'admet toujours pas la preuve de la vérité dans ces domaines si les faits constitutifs des infractions remontent à plus de dix ans[12].

En second lieu, et cela constitue le principal argument de la relativité de cette exception, l'impossibilité d'utiliser *l'exceptio veritatis* en matière de diffamation n'interdit pas d'utiliser d'autres moyens de preuve contraire. La personne poursuivie ne pouvant s'exonérer de sa responsabilité en rapportant la preuve de la vérité des faits diffamatoires, le seul moyen restant à sa disposition est de combattre la présomption de mauvaise foi qui pèse sur elle. La vérité des faits ne constitue qu'un élément, non nécessaire et non suffisant, de la bonne foi. La jurisprudence reconnaît en effet que « *les juges ne peuvent s'opposer à l'administration de la preuve de faits justificatifs de nature à combattre la présomption de mauvaise foi qui s'attache de plein droit aux imputations diffamatoires alors même que serait irrecevable la preuve de la vérité des faits diffamatoires* »[13]. La preuve de la bonne foi reste néanmoins une tache particulièrement périlleuse et ne couvre qu'un petit nombre de diffamations que l'on pourrait qualifier de « légitimes »[14]. Pour être admise, l'auteur des propos diffamatoire devra apporter la preuve de la sincérité de ses propos, du but légitime poursuivi[15], de la proportion convenable entre l'imputation et le but poursuivi et enfin une certaine prudence dans la démarche[16] et un caractère sérieux des vérifications[17]. Les tribunaux sont en effet réticents à admettre le bénéfice de la bonne foi[18]. Ainsi, l'absence d'animosité personnelle, la croyance en l'exactitude des faits rapportés[19], l'erreur sur l'identité de la victime[20] ou bien encore la reprise d'une imputation diffamatoire émise par d'autres personnes[21] ne peuvent justifier de la bonne foi.

Ethiquement, le mécanisme institué peut tout de même apparaître profondément choquant. En effet, la loi nous dit clairement que vous ne pouvez utiliser la vérité pour faire apparaître votre innocence. C'est une technique pour le moins singulière et qui apparaît clairement comme une mise en cause du droit à la preuve contraire.

---

[12] Cass. crim. 14 fév. 2006 ; *Bull. crim*. n° 41 ; *Dr. pén*. 2006, comm.. n° 66.
[13] Cass. civ 2ème 29 juin 1988 ; *Bull. civ*. II, n° 160 ; V. également Cass. crim. 21 fév. 1967, *Bull. crim*. n°76.
[14] P. Mimin, obs. sous Cass. crim. 10 juin 1959, préc.
[15] Comme par exemple la nécessité d'information du public en période électorale (Cass. crim. 5 nov. 1969 ; *Bull. crim.* n° 292), la critique littéraire, artistique ou scientifique (Cass. crim. 22 mars 1966 ; *Bull. crim*. n° 109), la libre expression des revendications syndicales (Cass. crim. 7 sept. 1993 ; *Dr. pén*. 1994, comm. n° 5) …
[16] V. Cass. crim. 27 janv. 1949, *Bull. crim*. n°37, *Rev. sc. crim*. 1950, p. 60, obs. Patin.
[17] CA Paris, 3 fév. 1999 ; *D*. 1999, IR p. 83.
[18] V. supra, p. 344 s.
[19] Cass. crim. 18 mai 1954 ; *JCP* 1954, II, 8247.
[20] Cass. crim. 8 juill. 1986 ; *Bull. crim*. n° 233.
[21] CA Agen, 15 sept. 1994 ; *D.* 1995, p. 553, obs. P. Nicoleau, s'agissant de la reprise par un journaliste d'informations émanant d'une agence de presse.

Outre cette exception, l'exercice du droit à la preuve contraire peut encore être mis en échec par la loi, mais cette fois, aussi surprenant que cela puisse paraître, avec l'assentiment de la personne mise en cause.

## §2. La renonciation à la preuve contraire

La question de la preuve n'a de pertinence que dans la mesure où l'on a quelqu'un à convaincre, un juge ou tout autre arbitre qui sera chargé de déterminer la vérité judiciaire et de rendre une décision de condamnation, de relaxe ou d'acquittement.

La procédure civile connaît depuis longtemps des procédures de justice dite « négociée » par lesquelles les parties se mettent d'accord sur l'issue du litige. Le tiers ou le juge n'intervient alors que pour entériner l'accord des parties[22]. Ces procédures sont le témoignage d'une justice consensuelle.

La procédure pénale n'est plus étrangère à ces modes alternatifs de résolution des procédures et pose désormais la question de la volonté consentie de ne pas recourir à la preuve contraire. Depuis le début des années quatre-vingt dix, les réformes successives ont instauré toute une palette de réponses pénales entre le classement sans suite de l'infraction par le ministère public et le procès traditionnel. Ainsi, la transaction, la médiation, la composition pénale et plus récemment la comparution sur reconnaissance préalable de responsabilité témoignent d'une volonté consentie de ne pas recourir à la preuve contraire (A), mais ce choix étant lourd de conséquences, il nécessite que l'on s'assure du consentement nécessaire à la renonciation de ce droit à la preuve contraire (B).

### A. Une volonté consentie de ne pas recourir à la preuve contraire

La procédure pénale, à la différence de la procédure civile, tend à la découverte de la vérité matérielle et doit pour cela se détacher des seuls éléments apportés par les parties. Le juge a un devoir de participer à l'émission de la preuve et en particulier de la preuve contraire[23]. Les notions mêmes de consentement et de matière pénale peuvent paraître

[22] Le constat de l'accord est formalisé par un « *donner acte* » qui ne constitue pas une décision judiciaire : TGI Paris, 6 juin 1980 ; *Gaz. pal.* 1981, I, p. 254, note Angeli.
[23] V. supra, p. 237 s.

antinomiques[24]. Nous assistons néanmoins à l'émergence de procédures simplifiées dans lesquels le juge s'efface pour laisser toute la place à un accord des parties sur l'issue du procès, rendant par la-même inutile le débat sur la preuve. Nous verrons donc les différents modes alternatifs de règlement du contentieux pénal (1) avant d'étudier l'incidence du recours à ces procédures sur le droit à la preuve contraire (2).

### 1. Les différents modes alternatifs de règlement du contentieux pénal

La procédure de transaction, qui existe dans des matières spécifiques[25], participe de ce mécanisme. Elle permet à l'administration, parfois avec l'aval nécessaire du procureur de la République[26], d'abandonner les poursuites contre une sanction plus légère acceptée par le contrevenant.

Notre droit pénal connaît encore les procédures de médiation et de composition pénales. La médiation pénale[27] s'attache à s'assurer de la réparation du dommage causé avant toute décision sur l'action publique. Le procureur de la République peut engager une telle procédure avec l'accord de la victime et de l'auteur de l'infraction. Sorte de *« résolution douce du conflit par la vertu de la parole »*[28], la médiation pénale permet de limiter l'engorgement des tribunaux avec des affaires de faible importance témoignant d'une petite délinquance et pour lesquelles une première démarche consensuelle permettant de désintéresser la victime peut paraître moins traumatisante mais tout aussi pédagogique que la forme classique de procès. Elle s'applique aux majeurs dans sa forme classique et aux mineurs dans le cadre de la mesure éducative de « médiation réparation »[29].L'accord des parties, formalisé par un procès-verbal signé du médiateur devient exécutoire et suspend la prescription de l'action publique. L'accomplissement des obligations à la charge de l'auteur

[24] X. Pin, *Le consentement en matière pénale* ; Thèse, Grenoble, Paris, LGDJ, 2002 ; J.-P. Ekeu, *Consensualisme et poursuite en droit pénal comparé* ; Thèse, Poitiers, Travaux de l'institut de sciences criminelles de Poitiers, Paris, Cujas, 1993 ; C. Ambroise-Castérot, « Le consentement en procédure pénale », in : *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire : mélanges offerts à Jean Pradel* ; Paris, Cujas, 2006, p. 29 s.

[25] La transaction est prévue en matière douanière par les art. 350 s. *C. des douanes* , par l'art. L. 248 s. du *Livre des procédures fiscales* en matière fiscale, et par l'art. L. 150-16-1 du *Code de l'aviation civile* en ce qui concerne les infractions aéronautiques.

[26] C'est toujours le cas en matière d'infractions aéronautiques et lorsqu'une action judiciaire a déjà été mise en mouvement en matière douanière et fiscale.

[27] Art. 41-1 5° *C. proc. pén*.

[28] M. Giacopelli, « La médiation en matière pénale en France - L'exemple de la médiation réparation » ; *RIDP* 2006, p. 37.

[29] Art. 12-1 al. 1 de l'ord. du 2 fév. 1945 lorsque la mesure est proposée par le procureur de la République.

conduit au classement de l'affaire. La non-exécution de la mesure ou le refus de l'une des parties conduit conduira le procureur à engager des poursuites.

La procédure de composition pénale, née officiellement de l'adoption de la loi du 23 juin 1999, permet au procureur de la République de proposer à l'auteur d'une infraction punie d'une peine d'amende ou d'une peine d'emprisonnement d'une durée inférieure ou égale à cinq ans, d'exécuter des mesures qui présenteront le caractère d'une sanction pénale. L'exécution de la ou des sanctions proposées éteindra l'action publique mais la mesure de composition pénale restera inscrite au bulletin n°1 du casier judiciaire. En revanche, l'absence d'accord ou l'inexécution de tout ou partie des sanctions conduiront le procureur de la République à mettre en mouvement l'action publique.

Par ailleurs, la loi du 9 mars 2004, dite loi « Perben II » a introduit la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité encore appelée « plaider coupable »[30]. Il ne s'agit pas ici d'une alternative aux poursuites mais bien d'un réel mode de jugement simplifié des affaires pénales[31]. En application de cette procédure, le procureur de la République peut, d'office ou même à la demande du prévenu[32], proposer à ce dernier d'accepter une peine. Plusieurs conditions sont néanmoins exigées. Il faudra tout d'abord que le prévenu soit majeur, qu'il soit poursuivi pour un délit pour lequel la peine encourue n'est pas supérieure à cinq années d'emprisonnement, qu'il reconnaisse sa culpabilité et enfin que la peine d'emprisonnement proposée ne soit pas supérieure à un an.

Le rapport du comité Léger[33] préconise d'aller plus loin dans la démarche en étendant la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité à la matière criminelle. Néanmoins, la gravité des infractions reprochées et l'importance des débats pour les victimes, devrait conduire à l'instauration d'une procédure spécifique différente de la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité en matière correctionnelle. Le comité propose ainsi le maintien d'une audience en présence de l'accusé et de la victime afin d'une part de s'assurer de la réalité de la reconnaissance de culpabilité et d'autre part d'instaurer un débat sur la peine. En cas de reconnaissance de culpabilité, la peine pourrait alors être

[30] Art. 137 de la loi n°2004-204 du 9 mars 2004 introduisant les art. 495-7 à 495-16 du *Code de procédure pénale*. V. F. Fourment, *Procédure pénale*, préc., n° 343, p. 138 ; C. Ambroise-Castérot, *La procédure pénale*, préc., n° 123, p. 94 ; J.-P. Céré, « De la composition pénale à la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité : le « plaider coupable » à la française », in : *Le nouveau procès pénal après la loi Perben II* ; Paris, Dalloz, 2004, p. 388 ; J. Pradel, « Défense du plaidoyer de culpabilité » ; *JCP* 2004, éd. G., Aperçu rapide, 58 ; D. Charvet, « Réflexions autour du plaider coupable » ; *D*. 2004, chr. 2517 ; P.-J. Delage, « La comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité : quand la pratique ramène à la théorie » ; *D.* 2005, chr. 1970 ;

[31] B. de Lamy, « La loi n°2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité » *; D*. 2004, chr. p. 1982 s.

[32] Art. 495-7 *C. proc. pén*.

[33] Rapport du 1er sept. 2009, préc, p. 42-43.

minorée. Des restrictions seraient néanmoins prévues afin que cette procédure ne s'applique pas à des infractions spécifiques (par exemple pour le crime de torture commise de manière habituelle sur mineur de quinze ans) ou en fonction de la peine encourue (par exemple lorsque la réclusion criminelle à perpétuité est susceptible d'être prononcée).

L'instauration de ces procédures « consensuelles » dans notre procédure pénale n'est pas sans incidence sur le droit à la preuve contraire.

### 2. L'incidence du recours aux modes alternatifs de règlement du contentieux pénal sur le droit à la preuve contraire

L'incidence du recours à ces modes alternatifs sur le droit à la preuve contraire est double. La première est le renforcement de la place de l'aveu dans le cadre du règlement des affaires pénales et la seconde tient à l'inutilité corrélative d'un débat sur la preuve à la suite de cette reconnaissance de culpabilité et de la mise en place de l'un des modes alternatifs de règlement des litiges pénaux.

La renonciation à la preuve contraire implique avant toute chose la reconnaissance de sa culpabilité : l' « aveu ». Cette exigence est devenue le « socle » des modes alternatifs de règlement des litiges en matière pénale[34]. Cette évolution témoigne d'une profonde remise en cause de l'objectif du contentieux pénal qui réside dans l'établissement de la vérité matérielle. La contractualisation sur la peine suite à une reconnaissance des faits se rapproche au contraire de la solution apportée par le procès civil qui se contente d'une vérité « judiciaire »[35]. Dans ce cadre, la reconnaissance de culpabilité fournit à l'accusation la preuve ultime qui permet de clore un dossier. Or, la personne poursuivie n'apportera cette preuve que si elle y trouve un intérêt. Ce dernier résidera dans la négociation sur la peine qui sera prononcée à son encontre.

L'aveu est expressément prévu pour la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité[36] et pour la procédure de composition pénale[37]. Même s'il n'est pas prévu par les

---

[34] C. Ambroise-Castérot, « Aveu » ; *Rép. pén*, 2004 ; R. Dulong (dir.), *L'aveu, histoire, sociologie, philosophie* ; Paris, PUF, Coll. « Droit et justice », 2001.
[35] C. Ambroise-Castérot, « Chronique de procédure pénale » ; *Rev. pén. dr. pén*., juin 2005, p. 407 s.
[36] Art. 495-7 al.1 *C. proc. pén*. : « *lorsque cette personne reconnaît les faits qui lui sont reprochés* ». Le terme d' « aveu » utilisé ici mérite d'ête nuancé puisqu'il ne s'agit pas, à la lecture de ce texte, d'un véritable « aveu ». La reconnaissance des faits est bien évidemment à distinguer de la reconnaissance de culpabilité.
[37] Art. 41-2 al.*1C. proc. pén*. en vertu duquel le procureur de la République peut proposer une composition pénale à une personne physique « *qui reconnaît avoir commis un ou plusieurs délits* |…] ».

textes en matière de médiation pénale, la reconnaissance des faits est exigée par la pratique pour la mettre en œuvre.

Cette reconnaissance de culpabilité va permettre d'ouvrir une phase de « justice négociée » dans laquelle le compromis prend une place supérieure à la recherche de la vérité. En effet, le but recherché de ces modes alternatifs n'est pas de faire la lumière sur la réalité objective d'une situation, mais de trouver un accord pour mettre fin au contentieux naissant. Par ailleurs, l'objet de la preuve est d'emporter l'intime conviction du juge. Or, le juge n'interviendra pas dans la phase de négociation. Son rôle sera réduit à valider l'accord passé entre la personne mise en cause et le ministère public pour lui donner force exécutoire. A aucun moment de ces procédures, un débat sur la preuve de la culpabilité ne sera organisé. La simple reconnaissance des faits clôturera le débat et rendra inutile toute investigation. La force de l'aveu dans le cadre de ces procédures est particulièrement importante et suppose par conséquent, pour la personne mise en cause, la conscience que son consentement entraîne son renoncement à exercer son droit à la preuve contraire. Il faut tout de même nuancer ce point. En effet, cette renonciation au droit à la preuve contraire ne s'appliquera que pour la procédure alternative engagée, c'est-à-dire qu'elle ne laisse la place qu'à la négociation sur la peine avec le procureur de la République. Dans le cas d'un échec de cette phase et de renvoi de la personne mise en cause dans une procédure de droit commun, il retrouve l'exercice plein de son droit à la preuve contraire et ce dernier est même accentué par l'impossibilité de faire référence à la reconnaissance de culpabilité qui a eu lieu dans la phase initiale. Le droit à la preuve contraire au cours de ces procédures alternatives de règlement du contentieu pénal s'analyse dès lors en une simple faculté de rétractation. La personne mise en cause revient sur la reconnaissance des faits ou de sa culpabilité. On pouvait légitimement s'interroger sur l'existence d'un appel dans la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité. En effet, quel intérêt peut avoir la personne mise en cause de remettre en question l'accord intervenu entre elle et le parquet. Cet appel n'a donc de sens que pour ménager un droit de rétractation. Cet appel-rétractation, détourné de son objet, ne remet pas en cause le fond de ces mesures alternatives qui repose sur une renonciation de la personne mise en cause à prouver le contraire de ce que rapporte l'accusation.

Nous percevons l'importance et les conséquences de la renonciation au droit à la preuve contraire pour la personne mise en cause. Cette démarche ne peut intervenir que par un consentement éclairé pris en toute connaissance de cause.

### B. Le consentement nécessaire à la renonciation au droit à la preuve contraire

La renonciation au droit à la preuve contraire emporte des conséquences importantes, et en particulier l'automaticité du prononcé de la sanction. Une telle décision doit être prise dans des conditions qui permettent d'établir la sincérité de la volonté et d'éviter bien sûr les erreurs judiciaires. Pour cela, les procédures alternatives s'attachent à garantir une certaine qualité au consentement (1) et à en contrôler l'effectivité (2).

#### 1. La qualité du consentement

Les conséquences d'une reconnaissance de culpabilité sont importantes puisqu'elle pourra entraîner une sanction quasi-automatique au cours d'une procédure allégé qui laissera moins de place à l'exercice des droits de la personne poursuivie. Plus précisément, elle rend impossible une tentative d'exonération par la preuve contraire aux éléments de l'accusation. C'est pour cela que le législateur a entouré ces procédures de « garde fous » permettant de s'assurer que la mise en œuvre de ces procédures simplifiées a été réellement consentie.

En premier lieu, l'assistance d'un défenseur permet d'apporter quelques garanties quant à la compréhension de la mesure par la personne poursuivie tant en ce qui concerne ses conséquences que son déroulement. La présence d'un avocat diffère pourtant suivant la procédure engagée. En matière de médiation et de composition pénale, elle est toujours possible mais n'est jamais obligatoire. En cela, ces procédures, tout de même exceptionnelles, retrouvent le droit commun qui veut que l'assistance soit facultative en matière contraventionnelle et délictuelle[38]. Une différence majeure apparaît néanmoins puisque les procédures de médiation et de composition pénale ne donnent pas accès à l'aide juridictionnelle[39]. Dans le cadre de la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité, l'assistance de l'avocat est obligatoire[40] et peut donner lieu à l'aide juridictionnelle. Le rôle essentiel de conseil tenu par l'avocat est ainsi consacré. Il doit, par sa

[38] Il n'y a en effet qu'en matière criminelle que la présence de l'avocat est obligatoire : art. 317 *C. proc. pén*.
[39] Art. 3 de la loi 91-647 du 10 juill. 1991 relative à l'aide juridique.
[40] L'art. 495-7 al.4 *C. proc. pén*. prévoit en effet que la reconnaissance des faits et la proposition de peine doivent être effectués « *en présence de l'avocat choisi* [par la personne poursuivie] *ou, à sa demande, désigné par le bâtonnier de l'ordre des avocats, l'intéressé étant informé que ces frais seront à sa charge sauf s'il remplit les conditions d'accès à l'aide juridictionnelle. La personne ne peut renoncer à son droit d'être assistée par un avocat.* »

connaissance du fonctionnement judicaire, pouvoir éclairer la décision de la personne mise en cause afin de lui indiquer si elle a intérêt ou non à accepter la ou les peines proposées par le parquet[41]. Le texte de la loi précise à ce titre que l'avocat doit pouvoir « *consulter sur le champ le dossier* »[42] et que la personne poursuivie peut « *librement s'entretenir avec son avocat, hors la présence du procureur de la République, avant de faire connaître sa décision* »[43].

En second lieu, la personne poursuivie doit disposer d'un temps suffisant pour que le consentement donné le soit après mûre réflexion. La procédure de comparution sur reconnaissance de culpabilité prévoit un délai de réflexion de dix jours[44]. Il ne s'agit là que d'une faculté qui doit être proposée expressément à la personne poursuivie. La personne mise en cause doit alors peut alors demander à bénéficier de ce délai en tout ou partie ou même ne pas demander à en bénéficier.

### 2. L'effectivité du consentement

Une différence existe encore entre les procédures alternatives aux poursuites quant à l'effectivité du consentement de la personne poursuivie. En ce qui concerne la procédure de médiation pénale, la simple acceptation des parties formalisée dans un procès-verbal signé par le procureur de la République ou le médiateur désigné suffit pour que le consentement et l'accord soient effectifs[45]. Il n'en va pas de même en matière de composition pénale et de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité.

Ces deux dernières procédures nécessitent l'intervention d'un juge. S'agissant de la composition pénale, le procureur de la République doit saisir le président du tribunal d'instance ou de tribunal de grande instance, selon la gravité de l'infraction[46], par une requête aux fins de validation de la composition[47]. L'intervention du juge dans la procédure de composition a été rendue nécessaire avec la censure, par le Conseil constitutionnel, de la loi

[41] L'avocat doit en cela éclairer la personne poursuivie sur la ou les peines risquées en cas de passage devant une juridiction de jugement classique, étudier la consistance du dossier de l'accusation, voire proposer une véritable négociation avec le parquet pour aboutir à de nouvelles propositions de peines plus favorables. L'intérêt de la mesure réside dans le fait que la personne poursuivie sera condamnée à une moindre peine que s'il était jugé de façon traditionnelle, et l'intérêt de la partie poursuivante réside dans un gain de temps et de moyens.
[42] Art. 495-8 al.4 *C. proc. pén*.
[43] Art. 495-8 al. 5 *C. proc. pén*.
[44] Art. 495-8 al.5 *C. proc. pén.*
[45] Art. 41-1 5° *C. proc. pén.*
[46] Art. 41-2 al.6 et 41-3 al.3 *C. proc. pén.*
[47] Art. 41-2 *C. proc. pén*.

du 8 février 1995[48] instituant une procédure d'injonction pénale, sorte de précurseur de la composition pénale. En effet, la haute juridiction a relevé que « *certaines mesures susceptibles de faire l'objet d'une injonction pénale constituent, dans le cas où elles sont prononcées par un tribunal* […] *des sanctions pénales* » et en conséquences, « *le prononcé et l'exécution de telles mesures, même avec l'accord de la personne susceptible d'être pénalement poursuivie, ne peut, s'agissant de la répression de délits de droit commun, intervenir à la seule diligence d'une autorité chargée de l'action publique mais requiert la décision d'une autorité de jugement conformément aux exigences constitutionnelles ci-dessus rappelées* »[49]. Néanmoins, son rôle se limite à une vérification du respect des formes imposées par la loi[50].

S'agissant de la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité, l'effectivité du consentement et donc de la formalisation de l'accord, sera soumis à l'homologation du président du tribunal de grande instance ou d'un juge délégué à cet effet[51]. La procédure devant le juge de l'homologation laisse apparaître deux phases distinctes. La première consiste en l'audition de la personne poursuivie et de son avocat[52]. La loi prévoit également que lorsque la victime de l'infraction est identifiée, elle est « *invitée à comparaître en même temps que l'auteur des faits, accompagnée le cas échéant de son avocat* »[53]. Cette audition a lieu en séance publique. Ce point mérite d'être souligné car le texte de loi adopté initialement ne prévoyait pas une telle garantie et prévoyait uniquement une comparution « *en chambre du conseil* ». Le Conseil constitutionnel a jugé ces dispositions non conformes à la constitution en s'appuyant sur la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789 et le principe selon lequel « *le jugement d'une affaire pénale pouvant conduire à une privation de liberté doit, sauf circonstances particulières nécessitant le huis clos, faire l'objet d'une audience publique* »[54]. La seconde phase réside dans l'homologation proprement dite. Par cette

[48] Loi n° 95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative.
[49] Cons. constit. 2 fév. 1995, décision n° 95-360 DC, relative à la loi du 8 février 1995.
[50] C. Ambroise-Castérot, *Le consentement en procédure pénale*, préc., p. 42 : le juge devra vérifier que la mesure de composition était envisageable pour l'infraction concernée, que la ou les sanctions proposées étaient applicables…
[51] Art. 495-9 *C. proc. pén*.
[52] Art. 495-9 *C. proc. pén*.
[53] Art. 495-13 *C. proc. pén.*
[54] Cons. constit. 2 mars 2004, décision 2004-492 DC ; *JORF* du 10 mars 2004, p. 4637 ; F. Le Gunehec, « Aperçu rapide de la loi 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité », 2ème partie ; *JCP*, 7 avr. 2004, p. 657. Dans cet article, l'auteur souligne qu' *« en liant très habilement et assez opportunément l'exigence de publicité au seul cas de la privation de liberté […], le Conseil a ainsi renforcé les garanties entourant la CRPC, tout en évitant de remettre en cause la constitutionnalité des règles sur la composition pénale et l'ordonnance pénale délictuelle (applicables aux délits du Code de la route) »*.

procédure, un juge du siège est amené à vérifier « *la réalité des faits et leur qualification juridique* »[55], à constater personnellement que la personne poursuivie a, en présence de son avocat, reconnu les faits qui lui sont reprochés et accepté la peine proposée par le parquet. Enfin, le juge de l'homologation doit vérifier que la ou les peines proposées sont « *justifiées au regard des circonstances de l'infraction et de la personnalité de son auteur* »[56]. Le rôle du juge du siège apparaît donc double, il doit certes s'assurer de la réalité du consentement de la personne poursuivie, mais il doit également opérer une analyse critique de la peine proposée par le parquet. Le rôle du juge doit ici être précisé. Il va en effet se différencier sensiblement d'un rôle de simple arbitre face à un accord entre parties en droit privé. La spécificité de la matière pénale conduit en effet à apporter des garanties supplémentaires à la personne poursuivie quand bien même elle renoncerait elle-même à exercer son droit à la preuve contraire.

Le Conseil constitutionnel est venu préciser la place que devait tenir le juge du siège, gardien des libertés individuelles, dans la procédure d'homologation[57]. La haute juridiction vient en effet souligner que « *le juge du siège n'est lié ni par la proposition du procureur, ni par son acceptation par la personne concernée ; qu'il lui appartient de s'assurer que l'intéressé a reconnu librement et sincèrement être auteur des faits et de vérifier la réalité de ces derniers* […] »[58]. Si l'on conjugue le texte de la loi, de sa circulaire d'application[59] et l'interprétation donnée par le Conseil constitutionnel, le juge du siège tient un rôle central dans la procédure de « plaider-coupable ».

La seule limite imposée au pouvoir de décision du juge de l'homologation, c'est qu'il est tenu à un choix entre l'homologation et le refus d'homologation dont la conséquence est le retour à la procédure ordinaire[60]. La loi n'a pas en effet prévu la possibilité, pour le juge de l'homologation, de prononcer directement la relaxe du prévenu[61].

L'existence d'un droit à la preuve contraire pose donc problème dans certains domaines spécifiques. La loi peut en effet à la fois rendre inopérant le recours à la preuve contraire comme ce peut être le cas en matière de diffamation, ou bien le rendre inutile dans le but d'une simplification des procédures. S'agissant de démontrer que le droit à la preuve

[55] Art. 495-9 al.2 *C. proc. pén.*
[56] Art. 495-11 *C. proc. pén*.
[57] Cons. const. 2 mars 2004, décision 2004-492 DC, préc.
[58] Cons. const. 2 mars 2004, préc., considérant n° 111.
[59] Circulaire CRIM 04-12 E8 du 2 sept. 2004, sous art. 495-11 *C. proc. pén*.
[60] Le procureur de la République saisit le tribunal correctionnel ou requiert l'ouverture d'une information judiciaire : art. 495-12 *C. proc. pén*.
[61] V. F. Fourment, *Procédure pénale*, préc., p. 155, n° 329.

contraire, s'il est bien réel, est une construction inachevée, il convient de s'attarder sur tout un domaine de la procédure pénale qui ne laisse que peu de place à l'exercice du droit à la preuve contraire et des droits de la défense en règle générale.

## Section 2: Un droit à la preuve contraire inégal selon le stade de la procédure

Le droit à la preuve contraire, après avoir pris son essor au cours de l'audience pénale, s'est propagé au stade de l'instruction préparatoire. Les principales réformes législatives de ces dernières années ont largement contribué à la reconnaissance de droits actifs de la personne mise en cause dans la recherche probatoire et dans la participation active à la procédure. Il apparaît néanmoins que le stade de l'enquête de police pourtant fondamental dans la mise en état des affaires pénale est par nature assez réfractaire à la reconnaissance de droits pour les personnes mises en cause, même si le mouvement entamé touchera nécessairement cette phase de l'enquête. Nous étudierons donc la difficile reconnaissance du droit à la preuve contraire au stade de l'enquête (§1) avant de nous arrêter sur les conséquences de l'instauration d'un « cadre unique d'enquête », tel qu'il est proposé, sur l'exercice du droit à la preuve contraire (§2).

### §1. La difficile reconnaissance du droit à la preuve contraire au stade de l'enquête

Le terme d'enquête revêt de multiples facettes en procédure pénale même s'il révèle l'objectif premier des procédures qui s'y rattachent. « *Enquête* », ou encore « *En quête…* » ce qui signifie « *être à la recherche de…* »[62]. L'enquête recouvre l'ensemble des investigations menées par les services de police hors le cas de l'ouverture d'une information judiciaire. Quantitativement, elle représente la très grande majorité de la mise en état des affaires pénales puisque 95% d'entre elles ne débouchent pas sur une instruction préparatoire alors qu'elles peuvent se solder par des condamnations à plusieurs mois voir plusieurs années de prison

[62] C. Ambroise-Castérot, *La procédure pénale*, préc., n° 265, p. 217.

ferme. Cette phase préalable à l'instance pénale reste encore emprunte d'un caractère inquisitorial ne laissant que peu de place à l'exercice d'une défense active et effective alors que le sentiment de culpabilité naît à ce moment précis et pourra conduire une personne devant une juridiction pour répondre de la commission d'une infraction.

Avant de mettre en lumière la lente marche vers l'affirmation du droit à la preuve contraire au stade des procédures d'enquête (B), nous allons constater qu'elles sont le parent pauvre d'une conception active de la défense et que l'exercice du droit à la preuve contraire y est limité (A).

### A. Les procédures d'enquête ou l'exercice limité du droit à la preuve contraire

Les différents cadres d'enquête ont pour objet commun la recherche, de manière plus ou moins coercitive, de preuves pour parvenir à la découverte de la vérité et plus particulièrement l'identification des auteurs d'infractions[63]. Notre procédure pénale connaît aujourd'hui deux cadres principaux d'enquête que sont l'enquête sur infraction flagrante[64] et l'enquête préliminaire[65]. En plus de ces deux procédures qui regroupent la très grande majorité des enquêtes ouvertes, le Code de procédure pénale connaît trois cadres secondaires d'enquête : celle ouverte en vue de la recherche des causes de la mort ou de blessures graves[66], l'enquête de recherche d'une personne disparue[67] et l'enquête de recherche d'une personne en fuite[68]. Notre étude s'attachera aux deux cadres principaux d'enquête qui, au-delà du fait qu'elles sont ultra majoritaires, présupposent la commission d'une infraction pénale et donc la recherche et l'identification de leur auteur, ce qui n'est pas le cas des cadres secondaires d'enquête[69].

L'enquête préliminaire peut être considérée schématiquement comme le cadre ordinaire d'investigation et l'enquête de flagrance peut être qualifiée de dérogatoire parce qu'elle nécessite des circonstances particulières, qu'elle a une durée limitée et qu'elle va

---

[63] V. F. Fourment, *Procédure pénale*, préc., n° 103 s., p. 62 s. ; C. Ambroise-Castérot, *La procédure pénale*, préc., n° 265 s., p. 217 s. ; S. Guinchard et J. Buisson, *Procédure pénale*, préc., n° 642 s., p. 498 s. ; F. Desportes, L. Lazerges-Cousquer, *Traité de procédure pénale*, préc., n° 1525 s., p. 935 s.
[64] Art. 53 s. *C. proc. pén.*
[65] Art. 75 s. *C. proc. pén.*
[66] Art. 74 *C. proc. pén*.
[67] Art. 74-1 *C. proc. pén*.
[68] Art. 74-2 *C. proc. pén.*
[69] Le débat sur la preuve contraire n'a donc aucune raison d'être dans les cadres secondaires d'enquête.

octroyer aux enquêteurs des pouvoirs exorbitants. La place de la personne mise en cause est particulièrement réduite dans cette phase de la procédure pénale dirigée soit par le procureur de la République[70] soit par l'officier de police judiciaire[71]. Malgré des avancées significatives comme la reconnaissance du devoir d'impartialité des enquêteurs[72], la procédure d'enquête reste un cadre de procédure inspiré du modèle inquisitoire, marqué par l'absence de réelle considération pour la personne mise en cause (1) et par l'absence de l'avocat (2).

### 1. L'absence de réelle considération de la personne mise en cause

Le premier élément qui permet de dire que la personne mise en cause au cours d'une procédure d'enquête n'a pas de réelle considération dans notre droit pénal vient du fait qu'il n'existe pas d'appellation dédiée la concernant. La personne poursuivie devant une juridiction pénale s'identifiera aux termes d'accusé ou de prévenu, au cours de l'instruction préparatoire il s'agira du mis en examen ou du témoin assisté, mais au stade de l'enquête, la dénomination est plus floue[73]. Ainsi notre Code de procédure pénale se réfère indifféremment à la « personne soupçonnée »[74], aux « personnes qui paraissent avoir participé au crime »[75], aux « personnes à l'encontre desquelles il existe des indices faisant présumer qu'elles ont commis ou tenté de commettre une infraction »[76] qui peuvent devenir des « personnes gardées à vue »[77] alors que l'article préliminaire évoque lui « la personne suspectée »[78].

Cette incertitude dénote d'un manque d'intérêt de notre procédure pénale qui a inévitablement écarté cette catégorie de personne mise en cause des garanties naturelles du justiciable[79] au premier rang duquel nous pouvons placer le droit à la preuve contraire.

---

[70] L'enquête préliminaire est placée sous la direction du procureur de la République en vertu de son pouvoir général de direction de la police judiciaire (art. 12 *C. proc. pén*.).
[71] L'enquête sur infraction flagrante est en principe dirigée par l'officier de police judiciaire en vertu des articles 14 et 17 du *C. proc. pén*.
[72] Cass. crim. 14 mai 2008, n° 08-80483 ; *Bull. crim*. n° 115. Dans cette espèce, la Cour reconnaît, au visa de l'art. 6 Conv. EDH et de l'art. prélim. du *C. proc. pén*., que « *le défaut d'impartialité d'un enquêteur peut constituer une cause de nullité de la procédure, […] à la condition que ce grief ait eu pour effet de porter atteinte au caractère équitable et contradictoire de la procédure ou de compromettre l'équilibre du droit des parties* ». Notons également que l'art. 221-3 de de l'avant projet du futur Code de procédure pénale impose l'impartialité du ministère public dans ses mission dont bien sûr celle de directeur d'enquête.
[73] Sur la question, V. N. Laurent, *La notion de suspect en matière pénale* ; Thèse, Lyon 3, 2001, p. 19 s.
[74] Art. 43, 52, 53 et 706-42 *C. proc. pén*.
[75] Art. 54 et 56 *C. proc. pén*.
[76] Art. 60, 63, 706-47-2 et 706-54 *C. proc. pén.*
[77] Art. 63-1 s. *C. proc. pén*.
[78] Art. prélim. §III *C. proc. pén*.
[79] L. Remplon, « La rétention du suspect » ; *JCP* 1978, I, n° 2916.

L'absence de considération de la personne mise en cause se révèle également dans l'absence de statut réel. Lors de la phase d'enquête, aucune procédure juridictionnelle n'est ouverte. L'action publique n'est pas encore engagée puisque l'enquête à pour objet de déterminer s'il y lieu ou non de la mettre en mouvement. Par conséquent, il n'existe pas à ce stade de « partie » telle qu'on l'entend traditionnellement. L'enquête serait ainsi « exclusivement l'affaire des enquêteurs »[80] qui vont pouvoir appliquer des mesures de contraintes à l'égard des personnes « soupçonnées ». Par ailleurs, les garanties protectrices des droits de la défense ne sont pas ouvertes. La personne mise en cause ne peut donc se prévaloir en principe de l'accès au dossier, du droit à un avocat… L'exercice du droit à la preuve contraire n'est pas plus autorisé. La personne mise en cause ne pourra donc pas solliciter l'accomplissement de certains actes de recherche probatoire, obtenir le droit d'être entendu…

L'absence de considération de la personne mise en cause, conjuguée avec une place extrêmement réduite de l'avocat au cours de cette phase de mise en état conduit au constat de la restriction du droit à la preuve à ce stade de l'instance pénale.

### 2. La place réduite de l'avocat

L'avocat tient bien sûr une place de choix dans l'exercice du droit à la preuve contraire. Il a la connaissance des procédures judiciaires, des stratégies de défense, des demandes d'actes, des recherches qui seraient utiles à la démonstration de l'innocence de son client… Or, si la place de l'avocat est assurée devant la juridiction de jugement et au stade de l'instruction préparatoire, sa place est plus réduite au cours de l'enquête de police. Nous pouvons même dire que sa place n'est pas reconnue mis à part, et dans une moindre mesure, dans le cas d'une garde à vue. Même au cours de cette procédure spécifique, la rencontre avec un avocat qui n'a pas accès au dossier ne peut se résumer qu'à une conversation permettant de vérifier que son client a bien compris les droits qui lui ont été signifiés par l'officier de police judiciare.

C'est à l'occasion d'une comparution immédiate, d'une citation devant le tribunal ou de l'ouverture d'une information et donc de la mise en examen de son client ou de son

[80] F. Desportes et L. Lazerges-Cousquer, *Traité de procédure pénale*, préc., n° 1575, p. 963 s.

placement sous statut de témoin assisté qu'il pourra avoir connaissance de la procédure, des éléments du dossier et intervenir activement dans la défense.

Au cours de l'enquête, l'avocat d'une personne suspectée a plus un rôle d'accompagnement de son client qu'une réelle influence sur le cours des choses. Il pourra néanmoins préparer la défense de son client, l'inviter à prendre les noms et adresse des personnes qu'il souhaiterait voir témoigner. Même si ce n'est pas prévu par le Code de procédure pénale, l'avocat peut également écrire aux services d'enquête ou au parquet pour solliciter l'audition de témoins[81]. Mais ces initiatives hypothétiques, qui ne jouissent d'aucune garantie d'efficacité ni même de la simple garantie d'être étudiées, ne peuvent à elles-seules être assimilées à l'exercice d'un droit à la preuve contraire.

L'importance considérable qu'a prise la phase d'enquête dans la mise en état des affaires pénales a néanmoins conduit à accorder de nouvelles prérogatives tant à la personne mise en cause qu'à la victime.

### B. Le mouvement d'affirmation de garanties processuelles au stade de l'enquête

L'inégalité flagrante et choquante de moyens et de droits entre l'accusation et la personne soupçonnée a tout de même conduit à une certaine évolution, même si elle reste embryonnaire, vers une prise en compte des impératifs de la défense au stade des procédures d'enquête. Nous dégagerons deux mouvements qui ont participés à la constitution de garanties liées à la défense au cours de l'enquête. Il s'agit des avancées liées au statut de gardé à vue (1) et des avancées liées aux enquêtes relatives à la criminalité organisée (2).

#### 1. Les avancées liées à la condition juridique de personne gardée à vue

L'exécution d'une mesure restrictive de liberté comme la garde a vue a sans conteste permis d'obtenir des avancées dans la reconnaissance des droits de la personne mise en cause.

[81] P. Vouland, « La défense d'une des parties peut-elle influencer la direction de l'enquête » ; *AJ Pénal*, nov. 2008, p. 450.

La personne gardée a vue a gagné un statut et ses droits ont considérablement augmentés en l'espace de quelques réformes[82]. La personne mise en cause est tout d'abord informée de « la nature de l'infraction sur laquelle porte l'enquête »[83]. Cette notification peut être pour le moins sommaire. La lecture de la circulaire d'application de cette disposition est éclairante à ce sujet. En effet, il est précisé que « *La loi n'impose pas d'indiquer à la personne gardée à vue le détail des faits qu'elle est soupçonnée avoir commis (tel que par exemple un vol commis à tel endroit, à telle date et au préjudice de telle personne), mais de l'informer de la nature de l'infraction, c est-à-dire de sa qualification juridique, telle qu'elle peut être appréciée à ce stade de l'enquête* »[84]. La personne gardée à vue a également droit à un examen médical dès le début de la mesure[85], elle a droit à ce qu'un de ses proches soit prévenu[86], et enfin, elle a le droit de s'entretenir avec un avocat. Cet entretien, d'une durée de trente minutes et hors la présence de l'officier de police judiciaire, a été introduit par les lois de 1993. Il est tout d'abord intervenu à la vingtième heure de garde à vue[87] puis dès la première heure après la réforme du 15 juin 2000.

L'ensemble de ces garanties constituent un embryon de l'exercice des droits de défense[88] justifié par la mesure privative de liberté que constitue la garde à vue. Cela signifie qu'hors le cas de la mise en place de cette mesure, le simple fait qu'il existe des raisons plausibles de soupçonner qu'une personne a commis ou tenté de commettre une infraction ne suffit pas pour lui octroyer ces garanties minimums. Ces droits restent néanmoins parfaitement limités et ne sauraient représenter ne serait-ce que les prémices de la reconnaissance d'un droit à la preuve contraire au stade de l'enquête.

Sous l'impulsion de la jurisprudence européenne, une véritable révolution semble se faire jour dans l'organisation des mesures de garde à vue et dans une meilleure prise en compte du droit à la preuve contraire au stade de l'enquête de police. En effet, plusieurs décisions de la Cour européenne des droits de l'Homme ont conduit à une remise en cause des

---

[82] Le régime de la garde à vue tel que nous le connaissons a été a été principalement l'œuvre des lois des 4 janvier, 24 août 1993, de la loi du 1er fév. 1994 concernant les mineurs et la loi du 15 juin 2000 renforçant la présomption d'innocence et les droits des victimes.

[83] Art. 63-1 *C. proc. pén*. Cette disposition est une exigence posée par la Convention européenne des droits de l'Homme dont l'article 5.2 dispose que « *toute personne arrêtée doit être informée, dans le plus court délai* […]*, des raisons de son arrestation et de toute accusation portée contre elle* ».

[84] Circulaire CRIM 00-13 F1 du 4 déc. 2000, § 2.2.2., sous art. 63-1 *C. proc. pén*.

[85] Art. 63-3 *C. proc. pén*.

[86] Art. 63-2 *C. proc. pén.*

[87] La tente sixième heure en matière de terrorisme et de trafic de stupéfiants.

[88] Le Conseil constitutionnel a estimé en effet que le droit de s'entretenir avec un avocat constituait « *un droit de la défense qui s'exerce durant la phase d'enquête de la procédure pénale* » : Cons. constit. 11 août 1993, décision n° 93-326 DC ; *Rec*. p. 417 ; *JORF* du 15 août 1993, p. 11599 ; Cons. constit. 2 mars 2004, décision 2004-492 DC.

règles nationales relatives à la garde à vue. Dans un arrêt *Salduz*[89], la haute juridiction estime que « *pour que le droit à un procès équitable consacré par l'article 6 § 1 demeure suffisamment « concret et effectif », il faut, en règle générale, que l'accès à un avocat soit consenti dès le premier interrogatoire d'un suspect par la police* ». Nous avons déjà souligné l'importance de l'assistance d'un avocat pour l'exercice d'un droit à la preuve contraire et cette exigence a encore été réaffirmée par la Cour européenne dans un arrêt *Dayanan*[90]. Dans cette décision, la Cour développe les garanties du procès équitable qui sont favorisées par la présence de l'avocat au cours de la garde à vue. Elle cite par exemple la discussion, l'organisation de la défense, la recherche des preuves, la préparation des interrogatoires… L'assistance efficace d'un avocat au cours de la garde à vue garanti dès lors l'exercice du droit à la preuve contraire. Les juridictions nationales, saisies sur le fondement d'exceptions de nullités, ont, à la suite de ces décisions, remis en cause la validité de la mesure de garde à vue telle qu'elle est prévue par la législation française[91]. Cette remise en cause se fait *in fine* au regard du droit à la preuve contraire. En effet, les juges du fonds relèvent que « *La préparation des interrogatoires, l'organisation de la défense et la recherche des preuves favorables supposent, pour être effectives, que l'avocat ait accès à la procédure pénale, ou, à tout le moins, qu'il ait connaissance des charges qui pèsent sur son client.* […] *Certes, en application du Code de procédure pénale français, les gardés à vue ont, sauf infraction de terrorisme ou de criminalité organisée, le droit d'être assisté d'un avocat dès le début de la mesure. Cependant, cette assistance se limite à un entretien de 30 minutes par 24 heures alors que l'avocat est tenu dans l'ignorance de la procédure à l'exception de la nature et de la date des faits reprochés. Dans de telles conditions, l'avocat ne peut offrir à son client les services mentionnés par la Cour européenne des droits de l'Homme dans l'arrêt Dayanan.* »

Sur une question prioritaire de constitutionnalité, le Conseil constitutionnel a invalidé la procédure de grade à vue telle qu'elle est prévue par la législation française parce qu'elle ne permet pas l'assistance effective d'un avocat[92]. La censure des dispositions restrictives de la garde à vue semblait écrite d'avance quand bien même elles avaient été validées en leur

[89] CEDH, 27 nov. 2008, Salduz c. Turquie, req. n°36391/02.
[90] CEDH, 13 oct. 2009, Dayanan c. Turquie, req. n°7377/03; *D*. 2009, p. 2897, note J.-F. Renucci ; *Rev. sc. crim*. 2010, p. 231, obs. D. Roets.
[91] V. par ex. TGI Bobigny, 17ème ch., 30 déc. 2009, n° 0936405033 ; CA Nancy, 4ème ch des appels correctionnels, 19 janv. 2010, n° 72/2010 ; TGI Paris, 12ème ch., 28 janv. 2010 ; *Jurisdata* n° 2010-000447 ; CA Paris, pôle 7, ch. 5, 9 fév. 2010 ; *Jurisdata* n° 2010-000451; *D.* 2010, p. 505, obs. S. Lavric et p. 868, obs. G. Roujou de Boubée ; *Rev. sc. crim.* janv/mars 2010, p. 183 s., obs. A. Giudicelli.
[92] Cons. constit. 30 juill. 2010, décision 2010-14/22 QPC, M. Daniel W. et autres, considérant n° 28.

temps[93]. Une présence accrue de l'avocat, une information plus efficace sur les charges et une meilleure préparation des interrogatoires voire même la présence de l'avocat au cours des interrogatoires semble donc inéluctable et l'on ne peut que s'en féliciter au regard de l'exercice effectif du droit à la preuve contraire.

Outre la garde à vue, l'extension des enquêtes relatives à la criminalité organisée semble également participer à une augmentation des droits des personnes soupçonnées.

### 2. Les avancées liées aux enquêtes relatives à la criminalité et à la délinquence organisées

C'est de manière surprenante par la loi du 9 mars 2004 qu'une « petite révolution » procédurale s'est mise en place. Les dispositions de l'article 706-105 du Code de procédure pénale prévoient en effet qu'une personne ayant été placée en garde à vue pour une infraction relevant de la criminalité organisée et qui a fait l'objet de l'une des mesures spéciales d'investigation prévues aux articles 706-80 à 706-95, peut demander qu'un avocat désigné par elle ou commis d'office puisse consulter le dossier de la procédure. Cette disposition, si elle ne permet évidemment pas de considérer la procédure d'enquête comme garantissant l'égalité des armes et le droit à la preuve contraire, marque une ouverture non négligeable. C'est bien la première fois que la personne mise en cause, « soupçonnée », va pouvoir obtenir la désignation d'un avocat qui aura accès à l'ensemble du dossier de la procédure alors que la juridiction de jugement n'est pas saisie et qu'une information judicaire n'a pas été ouverte. Cette évolution, si elle est symboliquement importante retarde néanmoins l'application de cette garantie puisqu'elle ne s'appliquera que lorsqu'un délai de six mois se sera écoulé depuis la garde à vue de la personne soupçonnée et que le procureur de la République entend poursuivre l'enquête en procédant à une nouvelle audition ou un nouvel interrogatoire.

De la même façon, lorsqu'une personne mise en cause a fait l'objet de l'une des mesures prévues par les articles 706-80 à 706-95 du Code de procédure pénale et qu'elle est déférée devant le procureur de la République, elle a droit à la désignation d'un avocat qui l'assistera au cours de cet entretien, pourra consulter le dossier et communiquer librement avec son client. En matière d'infraction de droit commun, l'avocat n'intervient qu'après

[93] En effet, à trois reprises, le Conseil constitutionnel a validé les dispositions législatives relatives à la garde à vue : Cons. constit. 11 août 1993, décision n° 93-326 DC (considérant n°9), Cons. constit. 20 janv. 1994, décision n°93-334 DC (considérant n° 16) et Cons. constit. 2 mars 2004, décision n°2004-492 DC (considérant n° 28). V. P. Cassia, « La garde à vue inconstitutionnelle ? » ; *D.* 2010, n° 10, p. 590.

l'entretien avec le procureur de la République et en vue de la comparution de la personne poursuivie devant une juridiction de jugement[94].

L'importance de la phase de mise en état dans le processus judiciaire n'est pas à démontrer. Même si la phase décisoire laisse une grande place à l'exercice d'une défense active et d'un droit à la preuve contraire, c'est bien avant que ce dernier peut trouver son efficacité. Il doit intervenir au moment où commencent à se forger des convictions, où les éléments de preuve peuvent encore être recherchés, où les témoignages sont les plus récents… Il apparaît donc que l'instauration d'un « cadre unique d'enquête » comme le préconise le comité LEGER, aura nécessairement des répercussions sur l'exercice d'un droit à la preuve contraire.

### §2. Les conséquences d'un « cadre unique d'enquête » sur l'exercice du droit à la preuve contraire

La procédure pénale française connaît un rythme soutenu de modifications depuis la réforme du Code d'instruction criminelle de 1957. Ce mouvement marque même une accélération puisque l'on dénombre en moyenne une réforme de ce code chaque année au cours des vingt dernières années. Certaines d'entre elles ont participé à l'affirmation du droit à la preuve contraire. Les plus grandes avancées récentes se situaient dans la phase d'instruction préparatoire. Or, cette mise en état des affaires pénales par un magistrat du siège, à la fois juge et enquêteur est sérieusement remise en cause. Le rapport du comité de réforme du droit pénal et de la procédure pénale, présidé par M. Philippe LEGER a préconisé clairement la suppression du juge d'instruction de cette phase d'instruction préparatoire pour confier la mise en état des affaires pénales à un directeur d'enquête qui serait le procureur de la République. Il paraît donc nécessaire de s'arrêter sur l'instauration de ce « cadre unique d'enquête »[95] (A) pour envisager la nécessaire prise en compte du droit à la preuve contraire dans la construction d'une nouvelle phase préparatoire au procès pénal (B).

---

[94] Art. 393 *C. proc. pén.*

[95] Que l'avant-projet du futur Code de procédure pénale prévoit sous l'appellation d' « enquête judicaire pénale » : art. 311-1 s.

### A. L'instauration d'un « cadre unique d'enquête »

Face à la multiplicité des modes de mise en état des affaires pénales, et plus précisément la coexistence d'un cadre d'enquête placé sous la direction du procureur de la République et d'un autre placé sous la direction du juge d'instruction, les membres de la commission LEGER se sont prononcés pour la simplification par l'instauration d'un « cadre unique d'enquête »[96]. Selon les membres de la commission, cette décision aurait l'avantage de donner un interlocuteur unique aux services d'enquête tout au long de la procédure. Il leur a également semblé utile de préciser dans le corps du rapport, que la suppression de la phase d'instruction « *ne devait entraîner aucun amoindrissement des droits existants du mis en cause ou de la victime au cours de la phase préparatoire* »[97]. Afin de respecter cet engagement, la commission apporte un certain nombre de précisions quant au déroulé de ce « cadre unique d'enquête » et des garanties qui doivent être prévues.

Les membres de la commission préconisent d'inscrire dans la loi que l'enquête se fait « à charge et à décharge ». Aujourd'hui, cette disposition s'impose au juge d'instruction au cours de l'instruction préparatoire mais n'est pas affirmé textuellement dans le cadre des enquêtes menées sous la direction du procureur de la République[98]. La commission a, là encore, été suivie puisque le projet de réforme prévoit que les investigations menées par les magistrats du parquet sont conduites à charge et à décharge[99]. Au même titre que cette affirmation ne pouvait donner un caractère équitable à elle seule à la procédure d'instruction préparatoire, elle ne peut pas permettre de valider le caractère équitable d'une enquête.

Le « cadre unique d'enquête » laisserait tout de même la place, malgré l'appellation, à deux régimes juridiques distincts pour la personne mise en cause qui conduiraient à une modulation des droits et garanties accordés. Le premier serait un régime simplifié se

---

[96] Rapport du comité Léger, 2ème proposition, p. 8 ; H. Matsopoulou, « A propos du rapport du Comité de réflexion sur la justice pénale » ; *JCP*, 14 sept. 2009, n° 38, p. 14.
[97] Rapport du Comité Léger, 4ème proposition, p.13.
[98] A la différence d'autres législations qui prévoient que les enquêtes doivent être faites à charge et à décharge. C'est le cas par exemple du droit belge : V. R. Parizot, « La participation des acteurs publics et privés du procès pénal à la recherche de la vérité, Les acteurs privés », in : *Les transformations de l'administration de la preuve pénale* ; Paris, Société de législation comparée, 2006, p. 87. Cet auteur considère néanmoins que ce principe d'enquête à charge et à décharge est induit par la référence constante à la recherche de la vérité dans le cadre des actes et procédures d'enquête.
[99] Art. 111-3 de l'avant-projet.

rapprochant du statut actuel de la personne mise en cause lors d'une enquête de flagrance ou une enquête préliminaire[100] et le second, le régime « renforcé », dans lequel la personne mise en cause disposerait de l'ensemble des droits du contradictoire dans un statut se rapprochant de celui de la personne mise en examen (accès au dossier, demandes d'actes, assistance d'un avocat au cours des interrogatoires, requêtes en nullité…). La question principale qui se pose étant dès lors celle du seuil de déclenchement de cette phase renforcée. Sur ce point, le comité ne se distingue pas par la clarté de ses explications. En effet, malgré l'énoncé de principes protecteurs de la personne mise en cause, le comité tempère toutes ces avancées par des restrictions qui portent gravement atteinte à l'exercice d'une réelle défense active. Il est prévu que l'octroi du régime renforcé soit décidé par le procureur de la République mais selon le principe général que « *toute personne mise en cause dans une enquête pourra demander à devenir partie à cette enquête et bénéficier ainsi du régime renforcé* ». Par ailleurs, le comité poursuit en précisant que l'application de ce régime sera de droit lorsqu'il « *ressort de la procédure des indices graves ou concordants de la participation aux faits de la personne demanderesse ou si celle-ci a été expressément mise en cause par la victim*e ». Le bénéfice de ce régime protecteur serait également appliqué d'office par le parquet lorsqu'il sera gravement porté atteinte aux droits de la personne mise en cause ou lorsque cette dernière encourra une peine très importante. Enfin, toute personne mise en cause devra pouvoir demander à bénéficier de ce régime. Une application maximaliste des ces principes conduirait indéniablement à des progrès considérables en appliquant le statut protecteur du mis en examen dès les premiers actes de l'enquête de police.

Néanmoins, le comité préconise, de manière contradictoire, que ce régime soit limité par exemple par l'existence d'un délai d'un mois pour que le procureur prononce le placement sous ce régime et ce « *afin de ne pas compromettre le traitement rapide des affaires pénales simples* ». Quid de la garde à vue dans ce dispositif ? En effet, le placement en garde à vue nécessite les mêmes éléments que l'ouverture de droit du régime renforcé de protection. Est-ce à dire qu'au cours de la garde à vue, la personne mise en cause aura le droit d'être assistée de son avocat, d'avoir accès au dossier… La question se pose. Par ailleurs, le comité

[100] La persistance de ce modèle est justifiée, selon la commission, par la nécessité de préserver le traitement des affaires pénales « en temps réel ». S'il est vrai que la procédure pénale doit témoigner de la recherche d'un équilibre entre l'efficacité de la répression et les garanties des justiciables, une telle référence à cette étape du rapport peut mettre mal à l'aise. En effet, soit il s'agit d'une pétition de principe en sachant que l'institution judicaire devra faire des efforts pour aménager de réels droits des mis en cause au cours de l'enquête soit, comme le craignent certains auteurs, c'est une explication de la volonté de restreindre l'exercice effectifs des droits du mis en cause au cours de cette phase de la procédure pénale.

préconise la création d'une retenue des majeurs, sorte de « mini-garde à vue »[101] sans droits. Une telle mesure n'a pour vocation que de retarder l'accès de la personne mise en cause à des garanties procédurales. Cet élément vient à nouveau contraster l'effectivité d'un droit à la preuve contraire. Il est regrettable que la phase de l'enquête de police demeure trop éloignée de l'exercice d'une défense active et que l'on cantonne la personne mise en cause à un rôle passif, à subir purement et simplement les attaques procédurales de l'accusation sans pouvoir répliquer. Cette phase est décisive pour la suite de la procédure. C'est lors de cette mise en état des affaires pénales que le besoin d'équilibre entre les parties se fait le plus ressentir. L'inégalité de traitement est flagrante et nécessiterait une meilleure prise en compte du droit à la preuve contraire.

### B. La nécessaire prise en compte du droit à la preuve contraire dans la construction d'une nouvelle phase préparatoire au procès pénal

La remise en cause de la phase d'instruction préparatoire nous pose nécessairement question non pas directement, mais indirectement car c'est la phase du procès pénal qui a permis, ces dernières années la plus grande affirmation du droit à la preuve contraire avec la montée en puissance du rôle actif de la personne poursuivie, de son droit d'accès au dossier de la procédure ou du droit de proposition lui permettant de participer activement à la recherche de la vérité. Le remplacement de cette phase formalisée par un « cadre unique d'enquête » ou « enquête judiciaire pénale » sous la maîtrise du procureur de la République nécessite que l'on reprenne les garanties d'un droit à la preuve contraire au cours de cette nouvelle mise en état des affaires pénales.

La lettre de mission de la commission LEGER, signée par le Président de la République et le Premier Ministre, met l'accent sur cette nécessité de répondre « *à l'exigence de protection des droits des personnes mises en cause* » tout en permettant « *aux victimes de prendre toute leur place à toutes les phases de la procédure* » et « *aux services enquêteurs ainsi qu'à la justice de disposer des outils les plus efficaces pour lutter contre la délinquance et la récidive* ». Cet équilibre à observer entre les objectifs de la procédure pénale doit bien évidemment être trouvé dans le respect des garanties « *conventionnelles, communautaires et constitutionnelles qui s'imposent à la France du XXIème siècle* ». Le droit à la preuve

[101] B. Bouloc, « Que penser des propositions du comité Léger » ; *D*. 2009, Entretien, p. 2264.

contraire trouvant son fondement dans le droit au procès équitable et à l'égalité des armes issus de la Convention européenne des droits de l'Homme, toute réforme envisagée devra faire place à cette garantie transversale sous peine d'être censurée par le Conseil constitutionnel sous couvert du respect des droits de la défense ou de « l'équilibre du droit des parties » et de conduire à la condamnation de la France par la Cour européenne des droits de l'Homme pour violation de l'article 6 de la Convention.

L'exercice du droit à la preuve contraire au stade de l'enquête pose néanmoins le problème de l'applicabilité des règles protectrices du droit au procès équitable et du principe de l'égalité des armes à ce stade de la procédure. En effet, la question qui va se poser inévitablement est de savoir à quel moment précis il y a « accusation » au sens conventionnel du terme[102]. Nous avons déjà pu observer que cette notion d'accusation était une notion autonome dégagée de la qualification interne des Etats et qu'elle devait s'entendre dans un sens plus matériel que formel[103]. Les juges européens ont rapidement admis l'applicabilité de l'article 6 de la Convention avant la saisine du juge du fond dans la mesure où l'inobservation des garanties protégées par ces dispositions *« risque de compromettre gravement le caractère équitable du procès* »[104]. L'accusation sera entendue bien sûr comme la notification officielle du reproche d'avoir commis une infraction pénale. La mise en examen correspond parfaitement à cette définition et l'article 6 sera en conséquence applicable à l'instruction préparatoire[105]. Afin de pouvoir appliquer l'article 6 et donc le droit à la preuve contraire à l'enquête de police, il convenait de considérer que la notion d' « accusation » puisse être étendue à d'autres actes que la notification officielle. C'est une interprétation qu'a opérée la Cour européenne en assimilant à l'accusation tout reproche d'avoir commis une infraction pénale entraînant « *des répercussions importantes sur la situation du suspect* »[106]. On peut

[102] H. Tagaras, « La notion d'accusation en matière pénale et les droits de l'accusé », in : *Le procès équitable et la protection juridictionnelle du citoyen*, préc., p. 43.
[103] V. supra, p. 124 s.
[104] CEDH, 24 nov. 1993, Imbrioscia c. Suisse ; Série A, n° 275, §36.
[105] CEDH, 20 oct. 1997, Serves c. France; *Rec*. 1997-VI, §42 ; *JCP* 1998, I, 107, n° 20, obs. F. Sudre. Il est à noter que pendant longtemps, la Cour de cassation a adopté une interprétation contraire en excluant l'instruction préparatoire du champ d'application de l'article 6. Dans un arrêt de 1993, la haute juridiction dit très clairement que « *le texte dont la violation est alléguée (l'art. 6 Conv. EDH) ne concerne que les juridictions de jugement ; qu'il ne saurait donc être invoqué devant la chambre d'accusation* […] » (Cass. crim. 26 oct. 1993 ; *Bull. crim*. n° 312). La jurisprudence de la Cour de cassation a néanmoins évolué pour laisser pénétrer ce concept de protection juridictionnelle du citoyen au cours de la phase d'instruction : V. par ex. Cass. crim. 19 juin 2001 ; *Bull. crim*. n° 147.
[106] V. par ex. CEDH, 27 février 1980, Deweer c. Belgique ; Série A, n° 35, § 42 ; CEDH, 10 déc. 1982, Foti c. Italie ; Série A, n° 56, §52.

dès lors légitimement se demander si la phase d'enquête, qui prévoit expressément des actes coercitifs à l'encontre de personnes « suspectées », ne peut pas constituer un nouveau champ d'application de l'article 6 de la Convention[107]. Même si la Cour reste toujours sur l'analyse de faits précis et écarte toute généralisation, il nous semble que cette marche est entamée. Toute réforme de la phase préparatoire du procès pénal nécessitera par conséquent que l'on prenne en compte l'évolution du droit au procès équitable, de l'égalité des armes et par delà, du droit à la preuve contraire. Une jurisprudence européenne récente, confirmée doit nécessairement être prise en compte par le législateur. En effet, la Cour a estimé dans un litige mettant en cause la Turquie, que le droit au procès équitable et en l'espèce le droit à être défendu par un avocat devait s'appliquer à la procédure de garde à vue[108]. La Haute juridiction affirme au surplus que cette présence doit s'analyser en une véritable défense et non un simple accompagnement. En conséquence, « *l'équité de la procédure requiert que l'accusé puisse obtenir toute la vaste gamme d'interventions qui sont propres au conseil. A cet égard, la discussion de l'affaire, l'organisation de la défense, la recherche des preuves favorables à l'accusé, la préparation des interrogatoires, le soutien de l'accusé en détresse et le contrôle des conditions de détention sont des éléments fondamentaux de la défense que l'avocat doit librement exercer* »[109]. Cette jurisprudence a trouvé un écho dans la décision du Conseil constitutionnel qui a censuré le régime de la garde à vue[110] et a conduit à un projet de loi qui prévoit entre autre la présence de l'avocat pendant toute la garde à vue.

Pour que le droit à la preuve contraire soit respecté au cours de la phase d'enquête rénovée, la commission LEGER préconise la création d'un juge de l'enquête et le renforcement du contradictoire. Le juge de l'enquête et des libertés assurerait « *le respect des droits des parties* » tout au long de la procédure d'enquête et constituerait une sorte de recours impartial en cas d'inertie du parquet. Ce magistrat disposerait du pouvoir d'enjoindre le parquet de réaliser un acte demandé par l'une des parties[111]. Il serait également compétent pour autoriser les actes « intrusifs », attentatoires aux libertés individuelles, qui nécessitent la

[107] La jurisprudence de Strasbourg touche dorénavant de plus en plus d'actes antérieurs à la mise en accusation officielle. V. supra, p. 116.
[108] CEDH, 13 oct. 2009, Dayanan c. Turquie, req. n°7377/03; CEDH 27 nov. 2008, Salduz c. Turquie, req. n° 36391/02.
[109] CEDH, 13 oct 2009, préc.
[110] Cons. constit., 30 juillet 2010, décision 2010-14/22 QPC, M. Daniel W. et autres.
[111] Cf. 3ème proposition Ŕ2.

protection de cet arbitre déchargé de la direction de l'enquête[112]. Au-delà de l'instauration de ce gardien des droits des parties, la commission préconise le renforcement du contradictoire en ne liant plus à une procédure spécifique comme l'était l'instruction, afin de confirmer le plus tôt possible le statut de partie à la procédure de la personne mise en cause et donc de sa possibilité d'accès à l'ensemble du dossier la concernant. L'expression du contradictoire au cours de l'enquête aurait également pour conséquences la suppression du secret de l'instruction et une présence accrue de l'avocat au cours de la garde à vue. Les droits de la personne poursuivie seraient également renforcés devant la « chambre de l'enquête et des libertés » en supprimant le filtre du président qui existe devant l'actuelle chambre de l'instruction.

Néanmoins, les conclusions du comité paraissent à certains titres dangereuses et trop éloignées de l'exigence d'équité. Ainsi, l'instauration d'une retenue judiciaire des majeurs apparaît clairement contradictoire avec le mouvement initié par la Cour européenne sur le fondement de l'équité procédurale. Le projet de réforme reprend une grande partie des propositions faites par la commission Léger. Si cela peut sembler intéressant concernant l'affirmation des principes protecteurs de l'équité procédurale et donc du droit à la preuve contraire, le flou concernant la consécration de ce droit à la preuve contraire dès l'ouverture de l'anquête est volontairement entretenu. La difficulté de l'avant-projet de futur Code de procédure pénale à tracer les contours d'une « partie pénale » avec suffisemment de lisibilité pour le justiciable et en limitant les exceptions, témoigne de cette « gêne » à affirmer un véritable droit à la preuve contraire au stade de l'enquête. Le travail parlementaire et la vigilence renforcée du Conseil constitutionnel devront s'attacher à renforcer toutes les composantes du droit à la preuve contraire pour maintenir le caractère équitable de la procédure.

Le débat qui entoure la réforme de la procédure pénale démontre que le droit à la preuve contraire n'est pas encore suffisamment pris en considération. Que sa construction n'est pas encore achevée et que son affirmation en droit interne fait encore peur. Cette crainte révélée par le pouvoir normatif tient principalement à la légitime préoccupation de l'efficacité de la répression dans un système pénal qui oscille toujours entre inquisitoire et accusatoire. Le droit à la preuve contraire, entre liberté et légalité, témoigne du juste équilibre entre les parties au procès pénal.

[112] Cf. 3ème proposition Ŕ 1.

**Conclusion de la Seconde Partie**

Le rôle actif joué par l'accusé, par le juge et maintenant par les services d'enquête dans la recherche de la preuve contraire et les garanties de juste réception des arguments de la défense, conduisent à penser le droit à la preuve contraire comme une véritable « licence » : la possibilité ultime de rapporter la preuve de l'innocence de la personne poursuivie afin de se préminir contre l'erreur judicaire. L'encadrement de l'exercice du droit à la preuve contraire ne rend pas nécessairement plus difficile la preuve de l'innocence, mais au contraire, il peut la facilité en l'orientant vers un objet prédéfini. Les exemples dans lesquels l'exercice du droit à la preuve contraire n'est pas facilité ne le remettent pas en cause, mais témoignent du caractère inachevé de la construction de ce principe. La dynamique de réforme actuelle, souvent insufflée par la jurisprudence européenne, tend à conforter la prééminence du droit à la preuve contraire dans des matières qui étaient fortement imprégnées d'inquisitoire et peu enclinent à consacrer un rôle actif de la personne mise en cause comme par exemple le stade de l'enquête.

# CONCLUSION GÉNÉRALE

Le mouvement d'affirmation du droit à la preuve contraire est confronté au difficile équilibre entre la nécessaire efficacité de la répression et la préservation des libertés fondamentales. Tout débat autour de la procédure pénale met en balance ces deux impératifs. L'exercice d'un droit à la preuve contraire peut apparaître comme un affaiblissement, une limitation des prérogatives de l'accusation. Mais une telle appréciation est nécessairement faussée par le schéma de pensée induit par l'héritage historique de notre procédure pénale. La question de la recherche de la vérité a en effet toujours été au centre du débat sur la preuve en matière pénale. Elle a d'ailleurs souvent été présentée comme étant au cœur de la séparation entre le système accusatoire et le système inquisitoire[1]. Alors que la recherche de la vérité est omniprésente dans une procédure inquisitoire, elle constitue parfois un objectif secondaire en procédure accusatoire[2].

[1] E. Jouannet, « La preuve comme reflet des évolutions majeures de la société internationale », in : *La preuve devant les juridictions internationales,* Dir. H. Ruiz-Fabri et J.-M. Sorel ; Paris, éd. A. Pedone, 2007, p. 239 s.
[2] A. Fabri et C. Guéry, « La vérité dans le procès pénal ou l'air du catalogue » ; *Rev. sc. crim*. avr./juin 2009, Variétés, p. 343 s.

Le concept de droit à la preuve contraire doit se détacher des classifications traditionnellement admises parce qu'il intègre l'équilibre nécessaire entre les valeurs fondamentales de protection de la société et du justiciable. On peut légitimement s'interroger sur la persistance d'une organisation procédurale oscillant entre le système accusatoire et le système inquisitoire. En effet, aujourd'hui, la preuve n'est plus réservée au juge ou aux parties, mais c'est bien de l'étroite collaboration entre le juge et les parties que la recherche probatoire menant à la vérité judiciaire peut trouver son efficacité, consacrant en cela la maxime « vérité partagée, vérité approchée ».

Le droit de la preuve est révélateur des évolutions de la société[3]. Il est la traduction des critères subjectifs qui sont jugés acceptables à un moment donné afin de parvenir à la vérité judiciaire[4]. L'affirmation d'un droit à la preuve contraire témoigne d'une évolution procédurale comme a pu la connaître le droit pénal général[5].

L'avènement d'un nouveau système procédural comme celui du procès équitable permet de dépasser la distinction entre le concept d'inquisitoire et celui d'accusatoire, il tend à l'universalisme et à l'équilibre nécessaire de la fonction de juger, sorte d' « hyper subjectivisation » consacrant les droits de l'individu face à la puissance étatique. Cette rupture est justifiée par une véritable révolution juridique marquée principalement par la concurrence faite au droit national par le droit européen et international, par l'apparition de juridictions internationales, par de nouveaux modes négociés de résolution des conflits pénaux et la montée en puissance du pouvoir médiatique[6]. Ce nouveau schéma du droit au procès équitable a marqué la reconnaissance du caractère actif des parties privées et singulièrement de la personne mise en cause. Le droit à la preuve contraire constitue dès lors une sorte de clef de voute du droit au procès équitable qui permet de maintenir cet équilibre fragile tendant à la manifestation de la vérité. Même si cela peut sembler hasardeux, le droit à la preuve contraire fondé sur le droit au procès équitable peut apparaître comme l'éthique du procès pénal

[3] B. Lemesle, « Présentation », in : *La preuve en justice de l'Antiquité à nos jours*, dir. B. Lemesle ; Rennes, PU Rennes, 2003, p. 10 s. : dans cette contribution, l'auteur met souligne que le système de preuve est toujours l'objet d'une construction intellectuelle reposant sur les évolutions de la société.

[4] E. Jouannet, « La preuve comme reflet des évolutions majeures de la société internationale », in : *La preuve devant les juridictions internationales*, dir. H. Ruiz Fabri et J.-M. Sorel ; Paris, Edition A. Pedone, 2007, p. 239 s.

[5] L'évolution du droit pénal est souvent représentée en partant d'un droit traditionnel et une période moderne qui aurait débuté avec l'ère des lumières à partir du milieu du XVIIIème siècle. Une nouvelle rupture serait intervenue dans une période plus récente avec l'avénement d'une « post modernité » : V. sur cette distinction : M. Massé, J.-P Jean et A. Giudicelli, « un droit pénal postmoderne ? Mise en perspective de certaines évolutions modernes » - Rapport du GIP mission de recherche droit et justice ; Paris, PUF, 2007, p. 3 s.

[6] M. Massé, J.-P Jean et A. Giudicelli, préc., p. 18.

permettant à la fois de limiter le pouvoir de coercition des autorités publiques tout en ne conduisant pas à une paralysie du système. Le fondement international et européen du droit à la preuve contraire en fait une notion encore en construction, mais sa diffusion et ses manifestations sont de plus en plus prégnantes et nécessitent sa reconnaissance.

# INDEX ALPHABÉTIQUE

A-

Accusé

- notion ; 424, 116 s.

ADN ; 373 s.

Amende forfaitaire ; 310, 325

Appel ; 198, 201, 210 s., **222 s**., 417 (V. Voies de recours)

Avant-projet de futur Code de procédure pénale ; 288 s.

Aveu ; 417

Avocat (V. Droit à l'avocat)

- Rôle ; 77

B-

Bloc de constitutionnalité ; 21, **55**

C-

Cadre unique d'enquête (V. enquête judiciaire pénale) ; 430 s.

Chambre de l'instruction ; 25, 48, 167, 181 s., 203, 208, 212 s., 242, **243 s**.

Comparution immédiate ; 80, 205 s., 290, 425

Code de procédure pénale (article préliminaire) ; 84, 151, 165, 424

Comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité ; 415 s.

Composition pénale ; 414 s.

Contradictoire ; **83 s**., 97 s, 186 s., 205 s.

Cour d'assises ;

- contradiction ; 191 s.
- interrogatoire ; 184 s., 249
- notification des charges ; 75
- motivation ; 268
- président ; 250 s.

Cour pénale internationale ; 21, 107, 132, 285
Conseil constitutionnel ; 21, 50, 55 s., 157 s., 221, 357 s.
Convention européenne des droits de l'Homme ; 21, 108, 113 s., 128 s., 130, 131 s., 153 s., 234, 274 s., 391 s, 410 s.
Cour européenne des droits de l'Homme ; 54, 57, 121 s., 128 s., 131 s., 155 s., 191 s., 221, 234, 261 s., 274 s., 282 s., 391 s., 410 s., 427 s.

D-
Déclaration des droits de l'homme et du citoyen ; 21, 32, 50, 56, 77, 158, 163, 420
Déclaration universelle des droits de l'Homme ; 21, 158
Délai raisonnable ; 47, 110 s., **121 s**., 151, 207
Doute (bénéfice du) ; **26 s.**, 258 s.
Droit à ; 10 s.
Droit à la notification de l'accusation et des charges ; **73 s**.
Droit à la preuve ; 10, **12**
Droit à l'avocat ; **76 s.**, 425 s., 435
- aide juridicationnelle ; 79
- libre communication ; 81
- accès au dossier ; 187 s.

Droit à un interprète **;** 81 s.
Droit au juge ; 127
Droit au procès équitable ; 103 s., **106 s.**, 120 s., 281 s.
Droit au respect de la vie privée ; 395 s., 410 s.
Droit au silence ; 28 s.
Droit de ; 11 s.
Droits de l'accusé ; **89 s**., 99 s.
Droits de la défense ; 63 s., **65 s**., 89 s.
Droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination ; **31 s.**, 390 s.
Droit de savoir ; 93 s.
Droit de s'exprimer ; **180 s.**
Droit d'agir ; 95 s.

E-
Égalité des armes ; 131 s., **136 s.**, 152 s., 166 s.
Enquête ; 289 s., 422 s.
Enquête judicaire pénale ; 430 s.
Équilibre du droit des parties ; 151 s., **157 s.**
Expertise ; 205, **401 s.**

G-
Garde à vue ; 426 s.
- notification des charges ; 74
- interprète ; 82

I-
Impartialité ; 123 s, 227, 239, 262, **270 s.**
Indépendance ; 123 s., 241, **274 s**.
Instruction ;
- à charge et à décharge ; 239 s.
- actes ; 244 s.
- appel ; 213 s.
- contradiction ; 186 s., 205 s.
- confrontation ; 188 s.
- détention provisoire ; 216 s.
- notification des charges ; 74
- nullités ; 211 s.
- interprète ; 82
- interrogatoire ; 181 s.
- droit d'initiative ; 202 s.

intime conviction ; 1 s., **255 s.**, 385 s.

J-
Juge d'instruction ; 237 s., 282 s.
Juge de l'enquête et des libertés ; 285 s., 435

L-
Légalité e la preuve ; 299 s.
Liberté de la preuve ; **177 s.**, 196 s., 236 s., 360 s.

M-
Matière pénale ; **116 s**., 124 s., 130
Médiation pénale ; 414
Ministère public ; 289 s.
Mise en examen ; 215 s.
Motivation des décisions de justice ; 260 s.

N-
Nullités ; 211 s., 327 s., 400 s.

O-
Opposition ; 224 s.
Ordonnance pénale ; 194 s.

P-
Partie civile ; 50, 197, 246, 289 s., 293 s.
Pacte international relatif aux droits civils et politiques ; 21, 107, 221
Pourvoi en cassation ; 226 s.
Présomptions de culpabilité ou de responsabilité ; **40 s**. ; 53 s., **300 s.**, 334 s., 355 s.
Présomption d'innocence ; 7, 19, **21 s.**, 29, 32 s, 49 s.
Preuve

- charge de la ; 24 **s.**, 144
- contraire ; **7 s.**, 178 s., 201 s., 216 s., 219 s., 248 s., 256 s., 300 s., 360 s., 389 s., 413 s., 422 s.
- loyauté ; 368 s., **395 s.**
- notion ; **4 s**.
- parfaite ; 362 s.
- pénale ; **6 s**.

Procédure pénale
- accusatoire ; **14**, 66, 83
- inquisitoire ; **14**, 70, 83, 86, 439
- notion ; 1 s.

Procès-verbaux ; 301 s.
- valant jusqu'à preuve contraire ; 302 s.
- valant jusqu'à inscription de faux ; 311 s.

Publicité de la procédure ; 122

Q-

Question prioritaire de constitutionnalité ; 158

R-

Recours en révision ; 228 s.

S-

Séparation des fonctions (V. impartialité)

T-

Tribunal correctionnel ;
- contradiction ; 191 s.
- interrogatoire, 184 s., 249
- notification des charges ; 75

Tribunal de police ;
- contradiction ; 191 s.
- interrogatoire, 184 s., 249
- instruction définitive ; 248 s.
- notification des charges ; 75

V-

Voies de recours ; 209 s., 219 s.

# BIBLIOGRAPHIE

## OUVRAGES GENERAUX, TRAITES, MANUELS


AMBROISE-CASTÉROT Coralie

- *La procédure pénale* ; Paris, Gualino éditeur, 2007.

AYELA Christophe, MESTRE Jacques, PERONNET Valérie

- *Vérités croisées : Cross examination, une petite révolution procédurale* ; Paris, Litec, 2005.

BECCARIA Cesare

- *Des délits et des peines* ; Paris, Flammarion, 1994.

BENTHAM Jérémie

- *Traité des preuves judiciaires*, Tome second ; Bruxelles, Hauman et C$^{e}$, 3$^{ème}$ édition, 1840.
- *Organisation judiciaire* ; *Paris,1828*

BEQUET Paul

- *La contrebande : législation, jurisprudence et pratique de la douane* ; Paris, Litec, 1959.

BERGER Vincent

- *Jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme* ; Paris, Sirey, 11$^{ème}$ édition, 2009.

BERR Claude J. et TRÉMEAU Henri

- *Le droit douanier communautaire et national* ; Paris, Economica, 4ème éd., 1997.

BLACKSTONE William (Sir)

- *Commentaire sur les lois d'Angleterre*, vol.1 ; Oxford, Clarendon press, 1ère édition, 1765.

BORE Jacques et Louis

- *La cassation en matière pénale* ; Paris, Dalloz, coll. « Dalloz action », 2ème éd, 2004.

BOULOC Bernard

- *L'acte d'instruction* ; Paris, LGDJ, 1965.
- *Procédure pénale*, Paris, Dalloz, collection « Précis », série « Droit privé », 22ème édition, 2010.

BOULOC Bernard et LOMBARD Paul

- *Guide pénal des commerçants, artisans et chefs d'entreprise* ; Paris, Plon, 2004.

BOUZAT Pierre et PINATEL Jean

- *Traité de droit pénal et de criminologie*, t. II ; Paris, Dalloz, 2ème édition, 1970.

CABRILLAC Rémy, FRISON-ROCHE Marie-Anne et REVET Thierry (sous la direction de)

- *Liberté et droits fondamentaux* ; Paris, Dalloz, 15ème édition, 2009.

CADIET Loïc

- *Droit judiciaire privé* ; Paris, Litec, 2ème édition, 1998.

CARBASSE Jean-Marie

- *Introduction historique au droit pénal* ; Paris, PUF, 1990.
- *Histoire du droit pénal et de la justice criminell*e ; Paris, PUF, 2000.

CHAMBON Pierre

- *Le juge d'instruction, théorie et pratique de la procédure* ; Paris, Dalloz, 3ème édition, 1985.
- *L'instruction contradictoire et la jurisprudence (loi du 8 décembre 1897)* ; Paris, Librairies techniques, 1953.

CHARLIAC Henri

- *L'expertise en matière pénale* ; Paris, Dalloz, 1937.

COHEN-JONATHAN Gérard

- *La Convention Européenne des Droits de l'Homme* ; Aix en Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, collection « droit public positif », Economica, 1989.

CONTE Philippe, MAISTRE DU CHAMBON Patrick

- *Procédure pénale,* Paris, Armand Colin, collection « U », 4ème édition, 2002.

CORNU Gérard

- *Vocabulaire juridique* ; Paris, Presses Universitaires de France, 8ème édition, 2007.

COUSTEAUX Gilbert et LOPEZ-TERRES Patrick

- *La convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et ses applications par la jurisprudence française* ; Bordeaux, ENM, collection « les documents pratiques de l'E.N.M. », novembre 1991.

DANET Jean

- *Défendre, pour une défense pénale critique* ; Paris, Dalloz, 2ème éd., 2004.

DEBOVE Frédéric, FALLETTI François et JANVIELLE Thomas

- *Précis de droit pénal et de procédure pénale* ; Paris, PUF, coll. « Major », 3e éd., 2010.

DECAUX Emmanuel, IMBERT Pierre-Henri, sous la direction de PETTITI Louis-Edmond

- *La Convention européenne des droits de l'homme : commentaire article par article* ; Paris, Economica, 1995.

DECOCQ André, MONTREUIL Jean et BUISSON Jacques

- *Le droit de la police* ; Paris, Litec, 1998.

DEFFERRARD Fabrice

- *Le suspect dans le procès pénal* ; Paris, LGDJ, 2005.

DELMAS-MARTY Mireille

- *Procès pénal et droit de l'homme Ŕ Vers une conscience européenne* ; Paris, PUF, 1992.
- *La mise en état des affaires pénales* (dir.), Rapport de la Commission justice pénale et droits de l'Homme ; Paris, La documentation française,1991.

DELMAS-MARTY Mireille et GIUDICELLI-DELAGE Geneviève

- *Droit pénal des affaires* ; Paris, PUF, 4ème éd., 2000.

DESDEVISES Yvon

- *Preuve* ; Paris, Dalloz, collection « guide juridique », 2000.

DESPORTES Frédéric et LAZERGES-COUSQUER Laurence

- *Traité de procédure pénale* ; Paris, Economica, collection « Corpus Droit Privé », 2009.

DESPORTES Frédéric el LE GUNEHEC Francis

- *Droit pénal général* ; Paris, Economica, collection « Corpus Droit Privé », 6ème éd., 2009.

DIBOS Laurent, DURAND Dany et autres

- *Les grandes erreurs judiciaires* ; Issy les Moulineaux, éd. Prat, 2006.

DONNEDIEU DE VABRE Henri

- *Traité de droit criminel et de législation pénale comparée* ; Paris, Sirey, 3ème édition, 1947.

DOUTREMEPUICH Christian

- *Guide des prélèvements nécessaires aux empreintes génétiques* ; Bordeaux, ENM, 1996.

DULONG Renaud (Dir.)

- *L'aveu, histoire, sociologie, philosophie* ; Paris, PUF, collection « Droit et justice », 2001.

DURUPT Béatrice

- *La police judiciaire* ; Paris, Galimard, collection « Découvertes », 2000.

DUVERGER François

- *Manuel des juges d'instructions* ; Paris, Videcoq, 3ème édition, 1862.

EISENMANN Charles

- *Cours de droit administratif* ; Paris, LGDJ, 1983.

ESMEIN Adhémar

- *Histoire de la procédure criminelle en France et spécialement de la procédure inquisitoire,* réimpression originale de l'édition de 1882 ; Paris, éd. E. Duchemin, 1978.

FAVOREU Louis et PHILIP Loïc

- *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel* ; Paris, Dalloz, 2009.

FAVOREU Louis et RENOUX Thierry

- *Le contentieux constitutionnel des actes administratifs* ; Paris, Sirey, 1992.

FERRI Enrico

- *Sociologie criminelle*, trad. de l'italien par Léon Terrier ; Paris, Félix Alcan, 2ème édition, 1914.

FILANGIERI Gaetano

- *La science de la législation*, trad. par J.- A. Gauvin dit Gallois ; Paris, Dufart, 1799.

FOURMENT François

- *Procédure pénale* ; Orléans, Paradigme, 10ème éd., 2009.

GANDINI Jean-Jacques

- *Les droits de l'Homme* ; Paris, EJL, collection « Librio », 2002.

GARAPON Antoine

- *Bien juger-Essai sur le rituel judiciaire* ; Paris, Ed. Odile Jacob, 1997.

GARRAUD Pierre et LABORDE-LACOSTE Marcel

- *Exposé méthodique de droit pénal* ; Paris, Sirey, 1942.

GARRAUD René

- *Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale*, Tome 1 ; Paris, Sirey, 1907.

GIRARD Charlotte

- *Culpabilité et silence en droit comparé* ; Paris, éditions L'Harmattan, 1997.

GLOTZ Gustave

- *Etudes sociales et juridiques sur l'antiquité grecque* ; Paris, Hachette, 1906.

GOMIEN Donna

- *Vade-mecum de la Convention européenne des droits de l'Homme* ; Strasbourg, éd. Du Conseil de l'Europe, 3ème éd., 2005.

GORPHE François

- *Les décisions de justice. Etude psychologique et judiciaire* ; Paris, PUF, 1952.

GUINCHARD Serge et BUISSON Jacques

- *Procédure pénale* ; Paris, Litec, collection « Manuel », 5ème édition, 2009.

HELIE François

- *Histoire et théorie de la procédure criminelle* ; Paris, Plon, 1866.
- *Traité de l'instruction criminelle ou théorie du Code d'instruction criminelle ;* Paris, Plon, 2ème édition, 1866.

HUGONET Pierre

- *La vérité judiciaire* ; Paris, Litec, 1986.

ISAMBERT François-André

- *Recueil général des anciennes lois françaises, depuis l'an 420 jusqu'à la révolution de 1789* ; Paris, Plon frères, 1827.

JOUSSE Daniel

- *Nouveau commentaire de l'ordonnance criminelle de 1670* ; Paris, éd. Debure père, 1763.

LAINGUI André et LEBIGRE Arlette

- *Histoire du droit pénal*, t. 2, *la procédure criminelle* ; Paris, éditions Cujas, 1979.

LAMOIGNON DE MALSHERBES Chrétien-Guillaume (De)

- *Procès verbal des conférences sur les ordonnances de 1667 et 1670* ; Paris, Prault, 1776.

LAZERGES Christine

- *Introduction à la politique criminelle* ; Paris, L'Harmattan, 2000.

LECLERC Henri

- *Un combat pour la justice* ; Paris, La découverte, 1994.

LEVY Thierry

- *Eloge de la barbarie judiciaire* ; Paris, éd. Odile Jacob, 2004.

LEVY-BRUHL Henri

- *La preuve judiciaire* ; Paris, Librairie Marcel Rivière et Cie, 1964.

LEWONTIN Richard

- *Biology as Ideology* ; New-York, éd. Harper Collins, 1993.

LILANGIERI Gaetano

- *La science de la législation*, trad. par J.- A. Gauvin dit Gallois ; Paris, Dufart, 1799.

LOYSEL Antoine

- *Institutes coutumières*, nouvelle édition corrigée et augmentée par Dupin et Laboulaye ; Genève, Slatkine Reprints, 1971.

LOMBROSO Cesare,

- *L'homme criminel, étude anthropologique et psychiatrique* ; Paris, Félix Alcan, 2ème édition française traduite sur la 5ème édition italienne, 1895.

MASSE Michel, JEAN Jean-Paul et GIUDICELLI André

- *Un droit pénal postmoderne ?* ; Paris, PUF, 2007.

MATSOPOULOU Haritini

- *Les enquêtes de police* ; Paris, LGDJ, 1996.

MERLE Roger et VITU André

- *Traité de droit criminel*, Tome 1 : *Problèmes généraux de la Science criminelle, Droit pénal général* ; Paris, Cujas, 7ème édition, 1997.
- *Traité de droit criminel,* Tome 2 : *Procédure pénale* ; Paris, Cujas, 5ème édition, 2001.

MIMIN Pierre

- *L'interrogatoire par le juge d'instruction* ; Paris, L. Tenin, 1926.

MITTERMAIER Carl Joseph Anton

- *Traité de la preuve en matière criminelle* ; Paris, Imprimerie et librairie générale de jurisprudence De Cosse et N. Delamotte, 1848.

MONTESQUIEU (Charles Louis de Secondat, Baron de la Brède et de Montesquieu, dit)

- *De l'esprit des lois*.

MOTULSKY Henri

- *Droit processuel* ; Paris, éditions Montchrestien, 1973.

MUYART DE VOUGLANS Pierre-François

- *Les lois et ordonnances du royaume* ; Paris, éditions Chardon, 1762.

OPPETIT Bruno

- *Philosophie du droit* ; Paris, Dalloz, 1999.

ORTOLAN Joseph-Louis-Elzéar

- *Eléments de droit pénal* ; Paris, Plon, 1855.

PACTET Pierre

- *Textes de droit constitutionnel* ; Paris, LGDJ, 3ème édition, 1994.

PAPADOPOULOS Ioannis

- « *Plaider coupable » la pratique américaine, le texte français* ; Paris, PUF, collection « droit et justice », 2005.

PETTITI Louis-Edmond, DECAUX Emmanuel et IMBERT Pierre-Henri

- *La Convention européenne des droits de l'Homme, commentaire article par article* ; Paris, Economica, 1999.

PICOT Georges

- *Histoire des Etats Généraux* ; Paris, Hachette et Cie, 1888.

PONCET Dominique

- *La protection de l'accusé par la Convention européenne des droits de l'homme*, Mémoires publiés par la faculté de droit de Genève n° 52 ; Genève, Librairie de l'Université Georg & Cie S.A, 1977.

POTHIER Robert-Joseph

- *Traité de la procédure criminelle,* in Œuvre complète, t. 25 ; Paris, Thomine et Fortic, 1821.

PRADEL Jean

- *L'instruction préparatoire* ; Paris, éditions Cujas, 1990.
- *Le juge d'instruction* ; Paris, Dalloz, collection « connaissance du droit », 1996.
- *Droit pénal comparé* ; Paris, Dalloz, 2ème éd., 2002
- *Procédure pénale* ; Paris, Cujas, 14ème édition, 2008.
- *Droit pénal général* ; Paris, Cujas, collection « Manuels », 17ème éd., 2008.

PRADEL Jean et DANTI-JUAN Michel

- *Manuel de droit pénal spécial* ; Paris, Cujas, 4ème éd, 2007.

PRADEL Jean et VARINARD A.

- *Les grands arrêts de la procédure pénale* ; Paris, Dalloz, collection « Grands arrêts », 6ème édition, 2009.

PY Bruno

- *Le secret professionnel* ; Paris, L'Harmattan, collection « La justice au quotidien », 2005.

QUILLERE-MAJZOUB Fabienne

- *La défense du droit à un procès équitable* ; Bruxelles, éditions Bruylant, 1999.

RASSAT Michèle-Laure

- *Propositions de réforme du code de procédure pénale* ; Paris, Dalloz, 1997.
- *Procédure pénale* ; Paris, Ellipses, collection « Manuel Droit », 2010.

RENOUT Harald W.

- *Droit pénal général* ; Paris, CPU, 2001.

RENOUX Thierry S. et VILLIERS Michel de

- *Code constitutionnel commenté et annoté*, Paris, Litec, 1994.

RENUCCI Jean-François

- *Traité de droit européen des droits de l'Homme* ; Paris, LGDJ, collection « Traités », 2007.

RESSLER Robert

- *Chasseurs de tueurs* ; Paris, Presses de la cité, 1993.

REY Alain (Dir.)

- *Dictionnaire historique de la langue française* ; Paris, Le Robert, 2006.

RIGAUD François

- *La loi des juges* ; Paris, éd. Odile Jacob, 1997.

ROLAND Henri et BOYER Laurent

- *Adages du droit français* ; Paris, Litec, 4ème édition, 1999.

ROMANET DE VALICOURT Eliane

- *L'erreur judiciaire* ; Paris, l'Harmattan, 2005.

ROUX Jean-André

- *Traité de la fraude dans la vente des marchandises* ; Paris, Sirey, 1925.

SAINT-PIERRE François

- *Le guide de la défense pénale* ; Paris, Dalloz, 3ème édition, 2004.

SALVIA Michele de

- *Compendium de la CEDH : les principes directeurs de la jurisprudence relative à la Convention européenne des droits de l'homme* ; Kehl-Strasbourg-Arlington, éditions N.P. Engel, 1998.

SOYER Jean-Claude

- *Droit pénal et procédure pénale* ; Paris, LGDJ, collection « Manuels », 20ème édition, 2008.

SOYER Jean-Claude et SALVIA Michele de

- *Le recours individuel supranational* ; Paris, LGDJ, 1992.

SUDRE Frédéric

- D*roit européen et international des droits de l'homme* ; Paris, PUF, collection « Droit fondamental », 9ème édition, 2008.

SUDRE Frédéric et PICHERAL Caroline (dir.)

- *La diffusion du modèle européen de procès équitable*; Paris, La documentation française, Institut de droit européen des droits de l'Homme : Mission de recherche « droit et justice », 2003.

TARDE Gabriel de

- *La philosophie Pénale,* réimpression de la 4ème édition de 1890 ; Paris, Cujas, 1972.

TERRÉ François

- *Le doute et le droit,* sous l'égide de l'Institut de formation continue du barreau de Paris ; Paris, Dalloz, 1994.

THOMAS Didier (dir.)

- *Les transformations de l'administration de la preuve pénale : approches et perspectives comparées*, recherche réalisée avec le soutien du GIP Mission de recherche Droit et Justice, Université Montpellier I, Juin 2004.

THOMAS D'AQUIN (Saint)

- *La somme théologique,* trad. française par C. Spicq ; Paris, Desclée et Cie, 1947.

TOUTIN Thierry

- *Le profilage criminel* ; Paris, La documentation française, 2000.

VAN RUYMBEKE Renaud

- *Le juge d'instruction* ; Paris, PUF, Collection « Que sais-je », 2002.

VARAUT Jean-Marc

- *Le droit au droit : pour un libéralisme institutionnel* ; Paris, PUF, 1986.

VELU Jacques et ERGEC Rusen

- *La Convention européenne des droits de l'Homme* ; Bruxelles, Bruylant, 1990.

VERGÉ Emmanuel et DE SÉGOGNE Roger

- *Nouveau répertoire de droit*, tome 3 ; Paris, Dalloz, 2ème édition, 1964.

VÉRON Michel

- *Droit pénal spécial* ; Paris, Siry, 12ème édition, 2008.

VINCENT Jean et GUINCHARD Serge

- *Procédure civile* ; Paris, Dalloz, collection « Précis », 25ème édition, 1999.

VITU André

- *nullités en droit pénal* ; Paris, Dalloz, collection « Guides juridiques », n°371.

VLAMYNCK Hervé

- *Droit de la police* ; Paris, Vuibert, col. Dyna'sup droit, 2007, n°1006.

WAMBAUGH Joseph

- *The Blooding* ; New-York, Morrow, 1989.

# THESES

AMBROISE-CASTÉROT Coralie

- *De l'accusatoire et de l'inquisitoire dans l'instruction préparatoire* ; Thèse Bordeaux IV, dir. Ph. Conte, 2000.

ARNOUX Yann

- *Le recours à l'expert en matière pénale* ; Thèse, Aix-Marseille 3, dir. G. Di Marino ; Aix-en Provence, PUAM, 2004.

ASCENSI Lionel

- *Du principe de la contradiction* ; Thèse, Paris I, dir. L. Cadiet, 2005 ; Paris, LGDJ, collection « Bibliothèque de droit privé », t. 454, 2006.

BARBERIS Jérôme

- *Le droit de la preuve pénale face à l'évolution technique et scientifique* ; Thèse, Aix-Marseille 3, dir. G. di Marino, 2000.

BERGEAUD Aurélie

- *Le droit à la preuve* ; Thèse, Bordeaux IV, dir. J.-C. Saint-Pau, 2007.

CÉSARO Jean-François

- *Le doute en droit privé* ; Thèse, Paris II, dir. B. Theyssié, 2001 ; Paris, éditions Panthéon Assas, 2003.

CHILLAULT Isabelle

- *La personne et son défenseur dans le procès pénal, contribution à l'analyse de la défense* ; Thèse, Poitiers, dir. P. Couvrat, 1985.

CONCHON Hélène

- *L'évolution des nullités de l'instruction préparatoire* ; Thèse, Nancy 2, dir. A. Vitu, 2000 ; Paris, L'Harmattan, 2002.

DÉCAMPS Jacqueline

- *La présomption d'innocence : entre vérité et culpabilité* ; Thèse, Pau et des pays de l'Adour, 1999 ; Villeneuve d'Ascq, Presses universitaires du septentrion, 2002.

DECOTTIGNIES Roger

- *Les présomptions en droit privé* ; Thèse, Lille, dir. R. Pichon, 1949 ; Paris, LGDJ, 1949.

DOUVRELEUR Olivier

- *Droits de la défense et pratiques anticoncurrentielles en droit français* ; Thèse, Paris I, dir. C. Gavalda, 1996 ; Paris, LGDJ, collection « Bibliothèque de droit privé », 2000.

DU PARC Caroline

- *Du rôle respectif du juge et des parties dans le procès pénal* ; Thèse, Poitiers, dir. J. Pradel, 2002.

EKEU Jean-Paul

- *Consensualisme et poursuite en droit pénal comparé* ; Thèse, Poitiers, dir. J. Pradel, 1990 ; Paris, Cujas, collection « Travaux de l'institut de sciences criminelles de Poitiers », 1993.

ESSAID Mohammed-Jalal

- *La présomption d'innocence* ; Thèse, Paris I, dir. G. Stéphani, 1969.

FOULETIER Marjolaine

- *Recherches sur l'équité en droit public français* ; Thèse, Poitiers, dir. B. Pacteau, 1999 ; Paris, LGDJ, collection « Bibliothèque de droit public », t. 229, 2003.

FRISON-ROCHE Marie-Anne

- *Généralités sur le principe du contradictoire* ; Thèse, Paris 2, dir. J. Foyer, 1988.

GAGNOUD Pierre

- *L'enquête préliminaire et les droits de la défense* ; Thèse, Nice Sophia-Antipolis, dir. R. Bernardini, 1998 ; Villeneuve d'Ascq, Presses universitaires du septentrion, 2002.

GIUDICELLI-DELAGE Geneviève

- *La motivation des décisions de justice* ; Thèse, Poitiers, dir. P. Couvrat, 1979.

HECQUET Virginie

- *Les présomptions de responsabilité en droit pénal* ; Thèse, Lille 2, dir. F. Dekeuwer-Défossez, 2006.

HENNION Patricia

- *Preuve pénale et droits de l'homme* ; Thèse, Nice Sophia-Antipolis, dir. R. Bernardini, 1999 ; Villeneuve d'Ascq, Presses universitaires du septentrion, 2000.

JOSSERAND Sylvie

- *L'impartialité du magistrat en procédure pénale* ; Thèse, Grenoble, dir. J. Francillon, 1996 ; Paris, LGDJ, collection « Bibliothèque de sciences criminelles », t. 33, 1998.

LAGARDE Xavier

- *Rececvabilité et fond dans la théorie du droit de la preuve* ; Thèse, Paris I, dir. J. Ghestin ; Publiée sous l'intitulé : *Réflexion critique sur le droit de la preuve* ; Paris, LGDJ, collection « Bibliothèque de droit privé », tome 239, 1994.

LAVRIC Sabrina

- *Le principe d'égalité des armes dans le procès pénal* ; Thèse, Nancy 2, dir.F. Fourment, 2008.

MARINO Gaëtan di

- *Les nullités de l'instruction préparatoire* ; Thèse, Aix-Marseille 3, 1977.

MERLE Philippe

- *Les présomptions légales en droit pénal* ; Thèse, Nancy, dir. A. Vitu, 1968 ; Paris, LGDJ, collection « Bibliothèque de sciences criminelles », 1970.

MOLINA Emmanuel

- *La liberté de la preuve des infractions en droit français contemporain* ; Thèse, Aix Marseille 3, dir. S. Cimamonti, 2000 ; Aix en Provence, PUAM, 2001.

NAGOUAS-GUERIN Marie-Cécile

- *Le doute en matière pénale* ; Thèse, Bordeaux IV, dir. Ph. Conte, 2000 ; Paris, Dalloz, collection « Nouvelle bibliothèque de thèses », 2002.

PEREIRA Brigitte

- *L'amélioration des droits du mis en examen* ; Thèse, Nice Sophia-Antipolis, dir. R. Bernardini, 2002.

PIN Xavier

- *Le consentement en matière pénale* ; Thèse, Grenoble, dir. P. Maistre du Chambon, 1999 ; Paris, LGDJ, collection « Bibliothèque de sciences criminelles », t. 36, 2002.

RASSAT Michèle Laure

- *Le ministère public entre son passé et son avenir* ; Thèse, Paris I, dir. R. Vouin, 1967 ; Paris, LGDJ, collection « Bibliothèque des sciences criminelles », t. 5, n° 223, 1967.

RAYNAUD de LAGE Nicolas

- *Le respect des droits de la défense dans la phase préliminaire du procès pénal* ; Thèse, Toulouse, dir. G. Roujou de Boubée, 1998.

RIBEYRE Cédric

- *La communication du dossier pénal* ; Thèse, Grenoble, dir. P. Maistre du Chambon, 2004 ; Aix en Provence, PUAM, 2007.

ROETS Damien

- *Impartialité et justice pénale* ; Thèse, Poitier, dir. J. Pradel, 1995 ; Paris, Cujas, collection « Travaux de l'institut des sciences criminelles de Poitiers », 1997.

TOURNIER Clara

- *L'intime conviction du juge* ; Thèse, Aix-Marseille 3, dir. R. Bernardini, 2001 ; Aix en Provence, PUAM, 2003.

## ARTICLES, CHRONIQUES

ACCOMANDO Gilles et GUERY Christian

- « La sonorisation, un mode légal de preuve ? » ; *D.* 2002, n° 25, doctr. p. 2001.

AKANDJI-KOMBÉ

- « Le juge (du fond), les parties et la question prioritaire de constitutionnalité » ; *D.* 22 juill. 2010, p. 1725.

ALLÉHAUT Maurice

- « Les droits de la défense », in : *La Chambre criminelle et sa jurisprudence : Recueil d'études en hommage à la mémoire de Maurice Patin* ; Paris, éditions Cujas, 1963, p. 454.

ALLIX Dominique

- « Le droit à un procès équitable » ; *Justices* 1998, n° 10, p. 19.
- « La preuve en matière pénale à l'épreuve du procès pénal équitable » ; *Justices* 1998, n° 10, p. 35.

AMBROISE-CASTEROT CORALIE

- « Aveu », in : *Rép. pén* ; Paris, Dalloz, 2004.
- « Le consentement en procédure pénale », in : *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire : mélanges offerts à Jean Pradel* ; Paris, Cujas, 2006, p. 29 s.
- « Chronique de procédure pénale » ; *Rev. pén. dr. pén*., juin 2005, p. 407 s

ANCEL Hervé

- « La preuve biologique », in : *Les transformations de l'administration de la preuve pénale*, G. Giudicelli-Delage (dir.) ; Paris, Société de Législation comparée, 2006, p. 153.

ANGEVIN Henri

- « La réforme de la révision des condamnations pénales » ; *JCP* 1989, doctr. n° 3416.
- « Cour d'assises ; Débats ; Dispositions générales ; pouvoirs du président » ; *J.-Cl. Proc. pén.*, art. 306 à 316, fasc. 20.
- « Récusation » ; *J-Cl. Proc. pén.*, art. 668 à 674-2.

AUTESSERRE Maryvonne

- « Définition du principe du contradictoire en matière pénale », in : *Problèmes actuels de sciences criminelles,* vol. XII ; Aix-en-Provence, PUAM, 1999, n° 235 s., p. 112s.

AUVRET Patrick

- « Le droit au respect de la présomption d'innocence » ; *JCP* 1994, doctr. n° 3802.

AYAT Mohammed

- « Le silence prend la parole. La percée du droit de se taire en droit international pénal » ; *Rev. pén. dr. pén.* 2002, n° 4, p. 705.

AYELA Christophe et DASSA-LE DEIST David

- « Le développement de la cross examination dans le procès pénal français » ; *JCP* 2006, I, p. 186.

BANARES William et FRISON-ROCHE Marie-Anne

- « Le soucis de l'effectivité du droit » ; *D.* 1996, chr. p. 301.

BARTHOUIL Tanguy

- « Essai sur la notion de pouvoir discrétionnaire des juges du fond en droit privé » ; *RRJ* 1992, p. 351 s.

BENILLOUCHE Mikaël

- « La subjectivisation de l'élément moral de l'infraction : plaidoyer pour une nouvelle théorie de la culpabilité » ; *Rev. sc. crim*. 2005, p. 529.

BERNARD Guillaume

- « Les critères de la présomption d'innocence au XVIIIème siècle : de l'objectivité des preuves à la subjectivité du juge », in : *La présomption d'innocence*, Revue de l'Institut de criminologie de Paris, Vol. 4 ; Paris, éditions Eska, 2004.

BERR Claude J. et VIGNAL Gisèle

- « Les réformes relatives au contentieux douanier (1986-1987) » ; *JCP* 1988, éd. E., II, n° 15126.

BESSON A

- « Esquisse d'une réforme de notre procédure pénale » ; *D*. 1955, chr. n° 6, p. 63.
- « L'esprit et la portée du Code de procédure pénale » ; *Rev. sc. crim.* 1969, avr-juin, n° 2, p. 271 s.

BESSON Jean-Luc

- « La télésurveillance : le cas concret de la ville de Roubaix », in : *Revue de la Gendarmerie Nationale*, n° 199, 2ème trimestre 2001, p. 19.

BOCCARA Bruno

- « La procédure dans le désordre : le désert du contradictoire » ; *JCP* 1981, doctr. n° 3004.

BOLARD Georges

- « Les juges et les droits de la défense », in : *Etudes offertes à Pierre Bellet* ; Paris, Litec, 1991, p. 49.

BONNAL Nicolas

- « Juge d'instruction », in : *Rép. pén.,* Tome IV ; Paris, Dalloz, 1994.

BONNIEU Michel

- « Le juge d'instruction et les empreintes génétiques à l'aube du troisième millénaire » ; *Rev. pén. dr. pén.* juillet 2000, n° 2, p. 202.

BORÉ Louis

- « La motivation des décisions de justice et la Convention européenne des droits de l'homme » ; *JCP* 2002, I, n° 104.

BOULAN Fernand

- « La réforme de l'instruction »*,* in : *Mélanges en l'honneur d'André Vitu* ; Paris, éditions Cujas, 1989, p. 51
- « La conformité de la procédure pénale française avec la Convention européenne des droits de l'homme », in : *Mélanges en l'honneur du Professeur Jean Larguier* ; Grenoble, Presses Universitaires de Grenoble, 1993.

BOULOC Bernard

- « De quelques transformations de l'instruction préparatoire » ; *Rev. pénit. et de dr. pén*., 2000, p. 44
- « Le silence de la personne mise en examen peut-il justifier sa mise en détention » ; *D.*1995, chr. p. 315.
- « Les droits de la défense dans les procédures relatives aux infractions au droit de la concurrence » ; *Gaz. pal*. 1986, doctr. p. 602.
- « Les droits de la défense dans la procédure pénale applicable en matière de concurrence » ; *Rev. sc. crim*. 1982, p. 513.
- « Présomption d'innocence et droit pénal des affaires » ; *Rev. sc. crim*. 1995, p. 465.
- « La preuve en matière pénale »*,* in : *La preuve*, dir. C. Puigelier ; Paris, Economica, collection « Etudes juridiques », 2004, p. 47.
- « Que penser des propositions du comité Léger » ; *D*. 2009, Entretien*,* p. 2264.

BOURDEAUX Gautier

- « La suspicion de fraude » ; *JCP* 1994, doctr. n° 3782.

BOUZAT Pierre

- « Problèmes contemporains de procédure pénale, La loyauté dans la recherche des preuves », in : *Recueil d'études en hommage à M. Louis Huguenet* ; Paris, Sirey, 1964.

- « Les procédés modernes d'investigation et la protection des droits de la défense », in : *rapports du cinquième congrès international de droit comparé de Bruxelles Ŕ 4/9 août 1958* ; *supplément Rev. sc. crim.* avril-juin 1958, n° 2.

BREDIN Jean-Denis
- « Le doute et l'intime conviction » ; *Droits*, 1996, p. 21.

BUCK Valentine
- « Le Conseil constitutionnel et les réformes pénales récentes », in : *Le nouveau procès pénal après la loi Perben II* - Dossiers de la journée d'études Dalloz du 8 mars 2004 ; Paris, Dalloz, 2004, p. 256.

BUISSON Jacques
- « Les présomptions de culpabilité » ; *Procédures* 1999, chr. n° 15.
- « Preuve », in : *Rép. pén.,* t. 5 ; Paris, Dalloz, 1999.
- « La légalité dans l'administration de la preuve pénale » ; *Procédures*, déc. 1998 p. 3.
- « Erreurs matérielles » ; *Procédures,* 1998, chr. n° 7.
- « La nouvelle réforme de la procédure pénale » ; *Procédures*, mai 2007, comm. n° 118, p. 23.

BULLIER Antoine J., PANSIER Frédéric-Jérôme
- « Proof and evidence : la preuve pénale en droit français et anglais » ; *Gaz. pal.* 1993, chr. p. 886.

BUREAU Hélène
- « La présomption d'innocence devant le juge civil (cinq ans d'application de l'article 9-1 du Code civil » ; *JCP*, 1998, doctr. n° 166, p. 1693.

CADIET Loïc
- « L'équité dans l'office du juge civil », in : *Justice et équité* ; *Justices*, n° 9, p. 98 s.

CASSIA Paul
- « La garde à vue inconstitutionnelle ? » ; *D.* 2010, n° 10, p. 590.

CERE Jean-Paul
- « De la composition pénale à la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité : le « plaider coupable » à la française », in : *Le nouveau procès pénal après la loi Perben II* ; Paris, Dalloz, 2004, p. 388.

CERMAN J
- « Les rencontres de Créteil : demain le ministère public, justice ou République ? » - compte rendu du colloque organisé par la faculté de Paris XII le 27 septembre 2007 ; *Rev. sc. crim* jan./mars 2008, Informations et comptes rendus de colloques.

CHABERT Benoît et SUR Pierre-Olivier

- « Le point en matière de nullités de procédure pénale au fil des cent dernières décisions de la Chambre d'accusation de Paris » ; *Gaz. pal*. 1997, doctr. p. 1473.

CHARVET Dominique

- « Réflexions autour du plaider coupable » ; *D*. 2004, chr. 2517.

CLEMENT Gérard

- « Les métamorphoses du ministère public en matière pénale », in : *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire, mélanges offerts à Jean Pradel* ; Paris, Cujas, 2006, p. 271 s.

CLÉMENT Sophie

- « D'une pure vérité : à propos des détecteurs de mensonges » ; *RICPT* janv.-mars 2004, p. 55.

CLÉMENT MAZETIER Sophie, PORTELLI Serge

- « La réforme de l'instruction : des réalités aux libertés » ; *Gaz. pal*. 1998, chr. p. 902.

CODEGENE (Publication du laboratoire)

- *Guide des techniques de biologie moléculaire mises en œuvre pour l'identification génétique* ; Strasbourg, 2001.

COHEN Claude

- « Actualité et pérennité du problème de l'administration de la preuve en droit pénal » ; *Gaz. pal*. 1999, chr. p. 610.

COHEN-JONATHAN Gérard

- « Convention européenne des droits de l'homme, droits garantis » ; *J-Cl. Europe*, *fasc. 652*, éditions techniques, 1992.
- « Convention européenne des droits de l'Homme, droit à un procès équitable » ; *J-Cl Europe*, Fasc. 6521.
- « Le droit au juge », in : *Gouverner, administrer, juger, Liber amicorum J. Waline* ; Paris, Dalloz, 2002, p. 476

COMMARET Dominique Noëlle

- « Une juste distance ou réflexions sur l'impartialité du magistrat » ; *D.*1998, chr. p. 262.
- « La procédure de réexamen » ; *Rev. sc. crim.* 2002, p. 348.
- « Les exigences du procès équitable dans le domaine des droits de la défense » ; *Rev. sc. crim*. 2005, p. 868.

CONTE Philippe

- « Un aspect de l'apparence vraisemblable au stade policier de la procédure pénale (aperçus sur la notion d'apparence en procédure pénale) » ; *Rev. sc. crim*. 1985, p. 471.

- « La bonne foi en matière de diffamation : notion et rôle », in : *Mélanges offerts à Albert Chavanne* ; Paris, Litec, 1990, p. 49.

COTTE Bruno
- « Droit du prévenu à avoir copie des pièces du dossier » ; *Dr. pén*. février 1997, chron. n° 4.

COUTTS J.A.
- « L'intérêt général et l'intérêt de l'accusé au cours du procès pénal » ; *Rev. sc. crim*. 1965, p. 40.

COUVRAT Pierre
- « La loi du 23 juin 1989 relative à la révision des condamnations pénales » ; *Rev. sc. crim*. 1989, p.782.

CRETIN Thierry
- « La preuve impossible ? De la difficulté d'administrer la preuve des infractions dont sont victimes les mineurs : attentats à la pudeur, violences et mauvais traitements » ; *Rev. sc. crim*. 1992, p. 53.

DAMIER A.
- « A propos de la réforme de l'instruction préparatoire » ; *Gaz. Pal.* 1985, Libres propos, p. 556.

DANET Jean
- « Brèves remarques sur la typologie et la mise en œuvre des nullités » ; *AJ Pénal* 2005, p. 133 s.

DANJAUME Géraldine
- « Le principe de la liberté de la preuve en procédure pénale » ; *D*. 1996, doctr. p. 153.

DAVENAS Laurent
- « Le traitement de l'urgence : exception ou principe ? », in : *Réforme de la justice, réforme de l'Etat Ŕ* colloque, Paris, Sorbonne, 24 et 25 janvier 2002 ; Paris, PUF, 2003, p. 171 s.

DE CHARRETTE (sous la présidence de)
- « Après Outreau, quelle réforme de la justice pénale », in : *Les cahiers de la convention démocrate* ; Paris, l'Harmattan, 2006.

DEFFERRARD Fabrice
- « Le crime et le soupçon, réflexions sur la preuve dans la suspicion légitime d'infraction pénale » ; *D.* 2001, doctr. p. 2692.

DELAGE Pierre-Jérôme

- « La comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité : quand la pratique ramène à la théorie » ; *D.* 2005, chr. n° 1970.

DELMAS-MARTY Mireille

- « La preuve pénale » ; *Droits*, avril 1996, n° 23, p. 53.
- « Le droit au silence en procédure pénale », in : *Mélanges Jacques Teneur,* tome 1 ; Travaux de la faculté des sciences juridiques, politiques et sociales de Lille, 1977, p. 273.
- « La matière pénale au sens de la CESDH comme flou du droit pénal » ; *Rev. sc. crim*. 1987, p. 819 s.

DELMAS-SAINT-HILAIRE Jean-Pierre

- « Infractions contre la chose publique » ; *Rev. sc. crim*. 1989, p. 101.

DESMONS Eric

- « La preuve des faits dans la philosophie moderne » ; *Droits,* 1996, p. 13.

DI MARINO Gaëtan

- « Le statut des écoutes et enregistrements clandestins en procédure pénale » - Rapport du 7ème Congrès de l'Association française de droit pénal, Grenoble 28-30 nov. 1985, p. 4.

DINTILHAC Jean-Pierre

- « Rôle et attributions du Procureur de la République » ; *Rev. sc. crim*. 2002, p. 35.

DUMONT Jean

- « Juge d'instruction » ; *J.-Cl. Proc. pén.*, *art. 49 à 52.*
- « Nullités de l'information » ; *J.-Cl. Proc. pén*., Art. 170 à 174-1, Fasc. 20.

DUTHEILLET DE LAMOTHE Olivier

- « Cours constitutionnelles et intégration européenne », intervention lors du colloque de Kosice des 20 et 21 septembre 2002, consultable sur le site du Conseil constitutionnel
- « L'influence de la Cour européenne des droits de l'Homme sur le Conseil constitutionnel », Allocution du 13 fév. 2009 à l'occasion de la visite du président et d'une délégation de la Cour européenne des droits de l'Homme au Conseil constitutionnel, transcription consultable sur le site internet du Conseil constitutionne.

EL HAGE Nadine

- « La loi du 30 décembre 1996 et son apport relativement aux droits de la personne placée en détention provisoire » ; *Gaz. pal.* 1999, chr. p. 331.

ESCANDE P et CULIE P

- « Tribunal Correctionnel-Rédaction des jugements-Prononcé des jugements » ; *J. Cl. Proc. pén.,* Art. 485 et 486, n° 68.

ESCHYLLE Jean Florian

- « L'interprète en matière pénale » ; *Rev. sc. crim*. 1992, p. 259.

FABRI A. et GUERY Christian

- « La vérité dans le procès pénal ou l'air du catalogue » ; *Rev. sc. crim*. avr./juin 2009, Variétés, p. 343 s.

FALLETTI François

- « Le ministère public et les affaires individuelles », in : *Le parquet dans la République ;* Bordeaux, ENM, 1995, p. 173 s.
- « L'apport de la police scientifique dans l'enquête et le procès pénal » ; *RICPTS* avril-juin 2001, p. 145.

FARTHOUAT Jean-René

- « La présomption d'innocence », in : *La justice pénale* ; *Justices*, avril-juin 1998, n° 10, p. 53.

FAVREAU Bertrand

- *« Aux sources du procès équitable-une certaine idée de la qualité de la justice, in Le procès équitable et la protection juridictionnelle du citoyen »* - colloque organisé à Bordeaux les 29 et 30 sept. 2000 pour le 50ème anniversaire de la Convention européenne des droits de l'Homme ; Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 9 s.

FERRARI Isabelle

- « L'accès au dossier avant jugement par le prévenu non assisté » ; *Dr. pén.* janvier 1997, chron. n° 1.

FLÉCHEUX Georges

- « Le droit d'être entendu », in : *Etudes offertes à Pierre Bellet* ; Paris, Litec, 1991, p. 149.

FRISON-ROCHE Marie-Anne

- « L'impartialité du juge » ; *D.*1999, doctr. p. 53.

GALLOUX Jean-Christophe

- « L'empreinte génétique : la preuve parfaite ? » ; *JCP* 1991, doctr. p. 104.

GAMBIER Thérèse

- « La défense des droits de la personne dans la recherche moderne des preuves en procédure pénale française » ; *Dr. pén*. 1992, chr. n° 66.

GARCIN C.

- « Commentaire de la loi du 23 juin 1989 relative à la révision des condamnations pénales » ; *Gaz. pal.* 1991, doctr. p. 36.

GASSIN Raymond

- « L'audience de jugement, bilan des réformes depuis 1993 » ; *Dalloz*, n° 13 du 20 juillet 1995, p. 111.
- « Considérations sur le but de la procédure pénale », in : *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire, Mélanges offerts à Jean Pradel* ; Paris, Cujas, 2006, p. 109.

GIACOPELLI- MORI Muriel

- « La délégation de pouvoir en matière de responsabilité du chef d'entreprise » ; *Rev. sc. crim*. 2000, p. 527
- « La médiation en matière pénale en France - L'exemple de la médiation réparation » ; *RIDP*, 2006, p. 37.

GIANNALOPOULOS Dimitri et PARIZOT Raphaële

- « La preuve technologique des interceptions et surveillances », in : *Les transformations de l'administration de la preuve pénale*, dir. de G. Giudicelli-Delage ; Paris, Société de législation comparée, 2006, p. 245.

GILISSEN John

- « La preuve en Europe du XVIème au début du XIXème siècle », in : *La preuve*, *Moyen-âge et temps modernes,* Recueil de la société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions, t. XVII ; Bruxelles, éd de la lib. Ency, 1965, p. 800 s.

GLEIZAL Jean-Jacques

- « Chronique de police et de sécurité, La réforme des dispositifs de sécurité en France (mars 2001-septembre 2002) » ; *Rev. sc. crim*. 2002, p. 89 s.

GÖDÖNY J.

- « La preuve des causes et des conditions de l'infraction » ; *RIDP* 1992, p. 70.

GONNARD Jean-Marie

- « Douanes, infractions et sanctions » ; *J-Cl Lois Pénales annexes*, Fasc. 20.
- *« Douanes, responsabilité et solidarité »* ; *J-Cl Lois Pénales annexes*, Fasc. 40.

GORPHE François

- « La méthode générale d'examen critique des preuves » ; *Rev. sc. crim*. 1947, p. 69.

GOUBEAUX Gilles

- « Le droit à la preuve », in : *La preuve en droit* ; Bruxelles, Bruylant, 1981.

GOULESQUE Jacques et MICHAUD Jean

- « Chronique du parquet et de l'instruction » ; *Rev. sc. crim.* 1974, p. 666.

GOUTTES Régis (de*)*

- « L'impartialité du juge, connaître, traiter et juger : quelle compatibilité ? » ; *Rev. sc. crim.* 2003, doctr. p. 63.

GRAYEN Jean

- « La problème des nouvelles techniques d'investigation au procès pénal » ; *Rev. sc. crim.* 1950, p. 313.

GUARDIA Charles de

- « L'article 23 de la loi du 8 juillet 1987 : un nouveau code des douanes ? » ; *Gaz. pal*. 1987, chr. p. 703.

GUARDIA Philippe de

- « L'élément intentionnel dans les infractions douanières » ; *Rev. sc. crim*. 1990, p. 487.

GUENA Yves

- « La justice constitutionnelle en France-Bilan et perspectives » ; Intervention lors d'un colloque organisé à Moscou, du 31 octobre au 4 novembre 2001, sur les perspectives du contrôle de constitutionnalité en Europe au tournant du siècle, consultable sur le site du Conseil constitutionnel.

GUERY Christian

- « Aux confins du droit et de la procédure pénale : la relative liberté de qualification du juge d'instruction » ; *D.* 1996, chr. p. 335.
- « Instruction préparatoire », in : *Rép. pén.* ; Paris, Dalloz, 2001.
- « Les paliers de la vraisemblance pendant l'instruction préparatoire » ; *JCP* 1998, chr. n° 140, p. 1031.
- « Un toilettage progressif et personnalisé : les nullités de l'instruction après l'entrée en vigueur de la loi du 4 mars 2002 » ; *Dr. pén*. 2002, p. 4-7

HEILMANN Eric

- « En quête de l'identité, les empreintes génétiques et l'identification judiciaire », in : *Science ou justice ? Les savants, l'ordre et la loi* ; Paris, éd. Autrement, 1994.

HENNION Patricia

- « L'article préliminaire du Code de procédure pénale : vers une « théorie législative » du procès pénal ? » ; *Arch. pol. crim*. 2001, p. 25.

HENRION Hervé

- « L'égalité des armes et le procès pénal allemand », in : *Procédure(s) et effectivité des droits* - Actes du colloque des 31 mai et 1er juin 2002 organisé à la Faculté de droit de Strasbourg ; Bruxelles, Némésis, Bruylant, collection « Droit et justice », 2003, p. 196.

HUGUENEY Louis

- « Les droits de la défense devant le juge d'instruction » ; *Rev. sc. crim*. 1952, p. 195.

JEANDIDIER Wilfrid

- « La présomption d'innocence ou le poids des mots » ; *Rev. sc. crim.* 1991, p. 49.
- « Requiem pour la Chambre d'accusation » ; *JCP* 2000, chr. n° 270, p. 2059.

JEFFREYS Alec J., WILSON Vicky et THEIN Swee Lay

- « individual specific fingerprints of human DNA» ; *Nature*, 1985, t. 314, p. 67-73 et t. 316, p.76-79.

JEOL Michel

- « Le parquet entre le glaive et la balance » ; *Justices*, n° 3, janv.-juin 1996, p. 69.

JOUANNET Emmanuelle

- « La preuve comme reflet des évolutions majeures de la société internationale », in : *La preuve devant les juridictions internationales*, dir. H. Ruiz Fabri et J.-M. Sorel ; Paris, Edition A. Pedone, 2007, p. 239 s.

JUNOSZA-ZDROJEWSKI Georges

- « La présomption d'innocence contre la présomption de culpabilité » ; *Gaz. pal*. 1989, chr. p. 308.

KERCHOVE Michel van de

- « La preuve en matière pénale dans la jurisprudence de la Cour et de la Commission européenne des droits de l'homme » ; *Rev. sc. crim*. 1992, p. 1.

KOERING-JOULIN Renée

- « Dix ans d'application de la Convention Européenne des Droits de l'Homme devant les juridictions judiciaires françaises » ; *Rev. sc. crim*. 1984, p. 845 s.
- « La notion européenne de tribunal indépendant et impartial » ; *Rev. sc. crim.* 1990, p. 765 s.
- « La Chambre criminelle et les droits reconnus par la Convention européenne des droits de l'homme à l'« accusé » avant jugement » ; in : *Mélanges Levasseur* ; Paris, éditions Litec, 1992, p. 205.
- « La phase préparatoire du procès pénal : grandes lignes de la jurisprudence européenne », in : *Procès pénal et droits de l'homme*, dir. M. Delmas-Marty ; Paris, PUF, 1992, p. 51.
- « La présomption d'innocence, un droit fondamental ? » - rapport introductif au colloque organisé par le Centre français de droit comparé à la Cour de cassation le 16 janvier 1998 ; Paris, Société de législation comparée, 1998.
- « Le juge impartial » ; *Justices,* 1998, n° 10, p. 1.

KOERING-JOULIN Renée et SEUVIC Jean-François

- « Droits fondamentaux et droit criminel » ; *AJ Dr. adm*. 1998, n° spécial « Les droits fondamentaux », p. 106 s.

LAGARDE Xavier

- « Vérité et légitimité dans le droit de la preuve » ; *Droits,* 1996, p. 31.

LAINGUI André

- « La phase préparatoire du procès pénal (historique) », in : *La phase préparatoire du procès pénal en droit comparé* - actes du séminaire international de l'ISISC de Syracuse à Noto (Italie) 26 septembre - 1 octobre 1982 ; *RIDP* 1985, p. 43.

LAMY Bertrand de

- « De la loyauté en procédure pénale, brèves remarques sur l'application des règles de la chevalerie à la procédure pénale », in : *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire, Mélanges offerts à Jean Pradel* ; Paris, Cujas, 2006, p. 97 s.
- « La loi n°2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité » ; *D*. 2004, chr. p. 1982 s.
- *«* La question prioritaire de constitutionnalité : une nouveauté… lourde et inachevée » ; *Rev. sc. crim.* janv/mars 2010, p. 201 s.

LARGUIER Jean, «

- « La preuve d'un fait négatif » ; *RTD Civ*, 1953, p. 5.

LARGUIER Jean et LARGUIER Anne-Marie

- « La protection des droits de l'homme dans le procès pénal » ; *RIDP* 1966, p. 95.

LAROSIÈRE de CHAMPFEU Henri de

- « L'instruction préparatoire à l'épreuve des lois des 4 janvier et 24 août 1993 : égalité et responsabilité » ; *Gaz. pal*. 1996, chr. p. 965.

LANTHIEZ Marie-Laure

- « Actualité doctrinale de la présomption d'innocence » ; *Rev. pén. dr. pén*. 2007, p. 829.

LAVERGNE L.

- « Deux aspects de l'identification génétique en médecine légale : la position du généticien dans ce nouvel environnement et l'évaluation de rareté des profils génétiques », in : *L'analyse génétique à des fins de preuve et les droits de l'homme*, travaux de la faculté de droit de l'Université catholique de Louvain n° 7 ; Bruxelles, Bruylant, 1997.

LÉAUTÉ Jacques

- « Les principes généraux relatifs aux droits de la défense » ; *Rev. sc. crim*. 1953, p. 47.

LE CALVEZ Jacques

- « L'inculpation et la présomption d'innocence » ; *Gaz. pal*. 1987, chr. p. 681.

LECLERC Henri

- « Les limites de la liberté de la preuve - aspects actuels en France » ; *Rev. sc. crim*. 1992, p. 15.
- « Le doute, devoir du juge », in : *Le doute et le droit*, dir. F. Terré ; Paris, Dalloz, 1994, p. 50.

LE DOUARIN Nicole M.

- « La preuve scientifique des empreintes digitales aux empreintes génétiques : un siècle de découvertes en biologie », in : *La Preuve*, dir. C. Puigelier ; Paris, Economica, 2004, p. 29.

LEFORT Dominique

- « Les droits de la défense » ; *Gaz. pal*. 1999, chr. p. 375.

LEGER Philippe

- « Rapport sur la législation française et d'inspiration française », in : *La phase préparatoire du procès pénal en droit comparé* - actes du séminaire international de l'ISISC de Syracuse à Noto (Italie) 26 septembre - 1 octobre 1982 ; *RIDP* 1985, p. 87.

LE GUNEHEC Francis

- « Aperçu rapide de la loi 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, 2ème partie » ; *JCP*, 7 avr. 2004, p. 657.

LEMESLE Bruno

- « Présentation », in : *La preuve en justice de l'Antiquité à nos jours*, dir. B. Lemesle ; Rennes, PU Rennes, 2003, p. 10 s.

LENNON Jean-Luc

- « Les raisons justifiant le placement en garde à vue du suspect » ; *D.* 2006, chr. p. 887.

LE QUIQUIS Patrick

- « Le président de la Cour d'assises » ; *Justices*, avril-juin 1998, n° »10, p. »102.

LESTOURNEAUD Alain

- « Entre la paille et l'eau… » ; *Gaz. pal*. 1986, chr. p. 411.

LETANG Jérôme

- « L'application de la Convention européenne des droits de l'homme à la recherche des infractions douanières » ; *Procédures*, juin 1996, chr. n° 5.
- « Dénonciation et loyauté de la preuve en droit fiscal et douanier » ; *Gaz. pal*. 1993, II, doctr. p. 1376.

LETURMY Laurence

- « La révision pour erreur judiciaire, Le droit français » ; *RPDP*, décembre 2001, n° 4, p. 669.

LEVASSEUR Georges

- *« Le régime de la preuve en droit répressif français*, *in La présentation de la preuve et la sauvegarde des libertés individuelles »* - troisième colloque du département des droits de l'homme de l'Université catholique de Louvain ; Bruxelles, éditions Bruylant, 1977, p. 9.
- « Vers une procédure d'instruction contradictoire » ; *Rev. sc. crim*. 1959, p. 311.

LÉVY Jean-Philippe

- « L'apport de l'antiquité au droit de la preuve » ; *Droits*, 1996 p. 3.

LEWONTIN Richard et HARTL Daniel

- « Population genetics in forensic DNA typing » ; *Science*, décembre 1991, vol. 254, p. 1745.

LOMBOIS Claude

- « La présomption d'innocence » ; *Pouvoirs*, 1990, p. 81.
- « Conviction passe présomption » ; *Pouvoirs*, 1990, p. 86.

MAISTRE DU CHAMBON Patrick

- « La régularité des provocations policières : l'évolution de la jurisprudence » ; *JCP* 1989, I, n° 3422.

MARGUENAUD Jean-Pierre

- « Le droit à l'expertise équitable » ; *D.* 2000, p. 111 s.

MARON Albert

- « Incidences de la Convention européenne des droits de l'homme sur la procédure de suspicion légitime » ; *Dr. pén.* 1995, chr. n° 34, 39 et 44.

MARSAT Claire

- « Audition des témoins devant la juridiction de jugement, la chambre criminelle applique de façon nuancée l'article 6.3 d. de la Convention européenne des droits de l'homme » ; *Dr. pén.* juillet 2001, p. 7.

MARTY Jean-Pierre

- « Les délits matériels » ; *Rev. sc. crim*. 1982, p. 43.

MASSIAS Florence

- « Chronique internationale, droits de l'homme : jurisprudence 2001 relative à la présomption d'innocence » ; *Rev. sc. crim*. 2002, p. 408.

MATELLY Jean-Hugues

- « Influence de la preuve génétique dans l'enquête judiciaire », in : *10 ans d'empreintes génétiques* ; Paris, La documentation française, 2001, p. 132 s.

MATHONNET Paul

- « Le procès équitable dans l'espace normatif pénal français », in : *procès équitable et enchevêtrement des espaces normatifs* - travaux de l'atelier de droit international de l'UMR de droit comparé de Paris, dir. Hélène Ruiz Fabri ; Paris, société de législation comparée, 2003, p. 119 s.

MATSHER F.

- « Le droit à un procès équitable dans la jurisprudence des organes de la Convention européenne des droits de l'Homme » - rapport au colloque de la Commission européenne pour la démocratie par le droit, dite Commission de Venise, du 25 sept. 1999, consultable sur le site du Conseil de l'Europe.

MATSOPOULOU Haritini

- « A propos du rapport du Comité de réflexion sur la justice pénale » ; *JCP* 14 sept. 2009, n° 38, p. 14

MAYAUD Yves

- « Circulation routière : entre le dit et le non-dit, ou les leçons de droit pénal du Conseil constitutionnel » ; *JCP* 1998, jurisprudence p. 589 ; *D.*1999, p. 589.
- « Le parquet entre le juge et l'avocat (à propos de l'avant projet de réforme du code de procédure pénale) » ; *D.* 2010, p. 773.

MAYER-JACK Andrée

- « Confrontations, transports sur les lieux et droits de la défense » ; *JCP* 1981, doctr. n° 3045.

MAYNIER Henri et CASORLA Francis

- « Du procureur général près la Cour de cassation au procureur général de la République » ; *Gaz. pal*. 1993, I, doctr. p. 539.

MAZEN Jean-Noël

- « Tests et empreintes génétiques: du flou juridique au pouvoir scientifique » ; *Les Petites Affiches*, 14 déc. 1994, n° 149.

MEINDL Thomas

- « Les implications constitutionnelles de la suppression du juge d'instruction » ; *Rev. sc. crim*. avril/juin 2010, p. 395 s.

MELCHIOR M.

- « Notions « vagues » ou « indéterminées » et « lacunes » dans la Convention européenne des droits de l'Homme », in : *Mélanges G. Wiarda* ; Köln, Carl Heymanns Verlag, 1988, p. 411.

MENARD Jean-Claude

- « Réflexions sur l'indépendance du juge judiciaire » ; *Rev. de la recherche juridique-droit prospectif*, 2004, p. 327.

MERLE Robert

- « Le corps humain, la justice pénale et les experts » ; *JCP* 1955, I, n° 1219.

MERLE Roger

- « Le rôle de la défense en procédure pénale comparée » ; *Rev. sc. crim*. 1970, p. 1.
- « La défense pénale » ; *Justices,* 1998 n° 10, p. 91.

MEUNIER

- « La notion de procès équitable devant la Cour européenne des droits de l'Homme », in : *Procès équitable et enchevêtrement des espaces normatifs* - Travaux de l'atelier de droit international de l'UMR de droit comparé de Paris, dir. d'Hélène Ruiz Fabri ; Paris, Société de législation comparée, 2003, p. 186.

MICHALSKI Cédric

- « La mise en cause d'autrui » ; *AJ pénal* 2007, p. 10.

MIMIN Pierre

- « Les présomptions quasi-légales » ; *JCP* 1946, chr. n° 578.
- « Recherche de la vérité (considérations sur le projet de code de procédure pénale) » ; *D*. 1956, chr. p. 26.

MINIATO Lionel

- « La « consécration » du principe du contradictoire » ; *D.* 2005, p. 308 s.

MOLFESSIS N.

- « La protection constitutionnelle », in : *Justice et double degré de juridiction* ; *Justice* n° 4, juill.-déc. 1996, p. 25.

MOLINA Emmanuel

- « Réflexion critique sur l'évolution paradoxale de la liberté de la preuve des infractions en droit français contemporain » ; *Rev. sc. crim*. 2002, p. 263.

MOTULSKY Henri

- « Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle : le respect des droits de la défense en procédure civile », in : *Mélanges en l'honneur de Paul Roubier*, Tome II ; Paris, Dalloz, 1961.

NAGOUAS-GUÉRIN Marie-Cécile

- « Mythe et réalité du doute favorable en matière pénale » ; *Rev. sc. crim*. 2002, p. 283.

NICOLOPOULOS Panayotis

- « La procédure devant les juridictions répressives et le principe du contradictoire » ; *Rev. sc. crim*. 1989, p. 1.

OLINET Maud et MARTIN-CHENUT Kathia

- « La preuve cybernétique », in : *Les transformations de l'administration de la preuve pénale*, dir. G. Giudicelli-Delage ; Paris, société de législation comparée, 2006, p. 235.

OZANAM Yves

- « Le bon juge Magnaud : l'équité face à la loi » ; *Culture droit*, mai-juin 2006, p. 64.

PANNIER Jean

- « La détention d'or est-elle devenue un délit ? *»* ; *Gaz. pal*. 1985, chr. p. 296.

PANSIER Frédéric-Jérôme

- « Le juge et l'innocence » ; *Gaz. pal*. 1995, 2, p. 1003.
- « Proof and evidence : la preuve pénale en droits français et anglais » ;*, Gaz. pal*. 7-8 juill. 1993, p. 2.
- « De la modernité du parquet comme organe de traitement de l'infraction ou comment faire plus de justice avec moins d'audiences » ; *Gaz. Pal*. 11 mars 1995, n° 69.

PARIZOT R.

- « La participation des acteurs publics et privés du procès pénal à la recherche de la vérité, Les acteurs privés », in : *Les transformations de l'administration de la preuve pénale*, dir. G. Giudicelli-Delage ; Paris, Société de législation comparée, 2006, p. 87 s.

PASCAL O.

- *« Le mythe de la preuve absolue »* ; *Libération*, 26 mai 2000.

PATARIN Jean

- « Le particularisme de la théorie des preuves en droit pénal », in : *Quelques aspects de l'autonomie du droit pénal* ; Paris, Dalloz, 1956, p. 44 s.

PELLETIER Hervé

- « Tribunal correctionnel, administration de la preuve » ; *J-Cl procédure pénale*, art. 427 à 457 fasc. 10 et 20.

PETTITI Louis-Edmond

- « Les droits de l'inculpé et de la défense selon la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in : *Mélanges Levasseur* ; Paris, éditions Litec, 1992, p. 249.

PIN Xavier

- « La privatisation du procès pénal » ; *Rev. sc. crim*. 2002, p. 245.

POMPE Willem Petrus Josef

- « La preuve en procédure pénale » ; *Rev. sc. crim*. 1961, p. 269.

PONCELA Pierrette

- « Les experts sont formels » ; *Pouvoirs,* 1990, n° 55, p. 98.

PRADEL Jean

- « Procédure pénale comparée dans les systèmes modernes » - rapport de synthèse des colloques de l'ISISC, dir. de Chérif Bassiouni, association internationale de droit pénal ; Toulouse, éditions Erès, 1998.

- « Les droits de la personne suspecte ou poursuivie depuis la loi n°93-1013 du 24 août 1993 modifiant celle du 4 janvier précédent. Un législateur se muant en Pénélope ou se faisant perfectionniste ? » ; *D.* 1993, chr. p. 299.
- « La montée des droits du délinquant au cours de son procès », in : *Mélanges Larguier* ; Grenoble, Presses universitaires de Grenoble, 1993, p. 223.
- « La phase préparatoire du procès pénal en droit comparé, rapport général » - actes du séminaire international de l'ISISC de Syracuse à Noto (Italie) 26 septembre - 1 octobre 1982 ; *RIDP* 1985, p. 11.
- « La mise en état des affaires pénales. Propos sceptiques sur le rapport de la Commission Justice pénale et droits de l'homme (juin 1990) » ; *D.*1990, chr. p. 301.
- « Centenaire de la loi du 8 décembre 1897 sur la défense avant jugement pénal : essai d'un bilan » ; *D.* 1997, chr. p. 375.
- « La procédure pénale française à l'aube du troisième millénaire » *; D.*2000, chr. p. 1.
- « Vers des principes directeurs communs aux diverses procédures pénales européennes », in *Mélanges offerts à Georges Levasseur* ; Paris, Litec, 1992.
- « La révision pour erreur judiciaire, prolégomènes » ; *RPDP*, décembre 2001, n° 4, p. 667.
- « Les suites législatives de l'affaire dite d'Outreau, à propos de la loi n° 2007-291 du 5 mars 2007 » ; *JCP* 4 avril 2007, n° 14, I, 138.
- « La notion européenne de tribunal indépendant et impartial selon le droit français » ; *Rev. sc. crim*. 1990, p. 692.
- « Les personnes suspectes ou poursuivies après la loi du 15 juin 2000. Evolution ou révolution ? » ; *D.* 2001, p. 1117.
- « La rapidité de l'instance pénale, Aspects de droit comparé » ; *RPDP* 1995, p. 213 s.
- « Défense du plaidoyer de culpabilité » ; *JCP* 2004, Aperçu rapide, 58.
- « Inquisitoire-Accusatoire : une redoutable complexité » - rapport de synthèse du colloque international d'Aix en Provence, 9-10 juin 1997 ; *RIDP*, 1997, p. 213 s.

PRADEL Jean et LABORDE J.P.

- « Du ministère public en matière pénale à l'heure d'une éventuelle autonomie », *D.* 1997, chr. p. 141.

PUIGELIER Catherine

- « Observations sur le droit pénal scientifique à l'aube du troisième millénaire », in : *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire, mélanges offerts à Jean Pradel* ; Paris, Cujas, 2006, p. 473 s.

RASSAT Michèle Laure

- « Le parquet au regard de la législation interne », in : *Le parquet dans la République* ; *Bordeaux,* ENM, 1996, p. 109.
- « Le projet de réforme de la procédure pénale » ; *JCP* 5 avril 2010, n° 14, p. 690.

RAYNAUD Philippe

- « L'équité dans la philosophie politique », in : *Egalité et équité : antagonisme ou complémentarité* ; Paris, Economica, 1999, p. 3 s.

REMPLON Lucien

- « La rétention du suspect » ; *JCP* 1978, I, n° 2916.

RENOUX Thierry

- « Le Conseil constitutionnel et l'instruction pénale » ; *Justices* 1998, n° 10, p. 75.

RENUCCI Jean-François

- « Le réexamen d'une décision de justice définitive dans l'intérêt des droits de l'Homme » ; *D.* 2000, chr. p. 655.
- « Le droit au juge dans la Convention européenne des droits de l'Homme », in : *Le droit au juge dans l'union européenne*, dir. J. Rideau ; Paris, LGDJ, 1998, p. 132 s.

ROMEIRO J. A.

- « La révision comme facteur d'ennoblissement de la justice » ; *Rev. sc. crim*. 1970, p. 629.

ROUSSELET Marcel

- « Les ruses et les artifices dans l'instruction criminelle » ; *Rev. sc. crim*. 1946, p. 50.

RUIZ-FABRI Hélène

- « Egalité des armes et procès équitable dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme », in : *Egalité et équité, antagonisme ou complémentarité* ; Paris, Economica, 1999, p. 47 s.

SACOTTE Marcel

- « L'ordonnance n°60-1245 du 25 novembre 1960 et la lutte contre le proxénétisme » ; *JCP* 1960, doctr. n° 1591.

SAINT-PIERRE F.

- « L'avocat et le mensonge » ; *AJ Pénal*, mars 2008, p. 116 s.

SAMET Catherine

- « La présomption d'innocence » ; *Rev. pén. dr. pén*., 2001, p. 17 s.

SAURON Jean-Luc

- « Les vertus de l'inquisitoire ou l'Etat au service des droits » ; *Pouvoirs,* 1990, p. 53.

SEUVIC Jean-François

- « Chronique législative, Témoins : délit de violation du secret de leur adresse ou de leur identité (art. 706-59 CPP) » ; *Rev. sc. crim*. 2002, p. 398.

SEVE René

- « Douter c'est décider », in : *Le doute et le droit*, dir. F. Terré ; Paris, Dalloz, 1994, p. 120.

SOULEZ-LARIVIERE Daniel

- « Les nécessités de l'accusatoire » ; *Pouvoirs* 1990, p. 65.

SOULIER G.

- « L'égalité de parole, principe de démocratie et du procès pénal », in : *Procès pénal et droits de l'homme, vers une conscience européenne* - travaux du colloque des 26 et 27 mars 1991 ; Paris, PUF, 1992, p. 251.

SOYER Jean-Claude et DE SALVIA Michele

- « Article 6 », in : *La Convention européenne des droits de l'Homme, commentaire article par article*, dir. L.-E. Pettiti, E. Decaux et P.-H. Imbert ; Paris, Economica, 2ème éd., 1999, p. 243 s.

SPENCER John, DELEUZE Barbara, VORMS David

- « La preuve : une question inclassable » ; *Archives de politique criminelle*, 1993, n° 15 p. 37.

STASIAK Frédéric

- « Le principe de la contradiction et le principe de l'égalité des armes », in : *Procédure(s) et effectivité des droits* - Actes du colloque des 31 mai et 1er juin 2002 organisé à la Faculté de droit de Strasbourg ; Bruxelles, Némésis, Bruylant, collection « Droit et justice », 2003, p. 211.

SUDRE Frédéric

- « Le recours aux notions autonomes », in : *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'Homme* - Actes du colloque des 13et 14 mars 1998 organisé par l'institut européen des droits de l'Homme de la Faculté de droit de l'Université de Montpellier I ; Bruxelles, Bruyland, 1998, p. 93 s.
- « Droit de la Convention européenne des droits de l'homme » ; *JCP* 1993, chr. 3654, p. 93.
- « A propos du dynamisme interprétatif de la Cour européenne des droits de l'Homme » ; *JCP* 2001, doctr. I, n° 335, p. 1365 s.
- « A propos du droit de juger équitablement », in : *L'équité dans le jugement* - actes du colloque de Montpellier organisé par le CERCoP les 3 et 4 nov. 2000 ; Paris, L'harmattan, 2003, p. 41.

SZEKERES C.

- « La psychologie judiciaire et l'intime conviction du juge » ; *RIDP* 1975, p. 155.

TAGARAS Haris

- « La notion d'accusation en matière pénale et les droits de l'accusé », in : *Le procès équitable et la protection juridictionnelle du citoyen* Ŕ Actes du colloque de Bordeaux, septembre 2000 ; Bruxelles, Bruylant, 2001, 75.

TAK Peter et EIKEMA HOMMES Gertrud van

- « Le test ADN et la procédure pénale en Europe » ; *Rev. sc. crim*. 1993, p. 691.

THÉRY Philippe
- « Les finalités du droit de la preuve en droit privé » ; *Droits*, 1996, p. 41.

THOMAS Didier
- « Le suspect en quête d'un statut procédural », in : *Mélanges Michel Cabrillac* ; Paris, Litec, 1999.
- « Le concept de procès pénal », in : *La sanction du droit, Mélanges offerts à Pierre Couvrat* ; Paris, *PUF,* 2001.

TIXIER P.
- « Jalons pour une histoire de la motivation des sentences », in : *Travaux de l'association Capitant* ; Paris, LGDJ, 1998, p. 5 s.

TOUBOUL Charles
- « Le particularisme de la responsabilité pénale en matière douanière », in : *Etudes de droit pénal douanier* ; Paris, PUF, 1968, p. 97

TOUGARD Jérôme-François
- « Des vices et des abus de l'instruction criminelle en France et des moyens d'y remédier » - compte rendu par R. Magistrat ; *Revue Thémis,* 1824, p. 207.

TRECHSEL Stéphan
- « L'administration de la preuve. Quelques réflexions sur l'article 6, 3°, d. de la Convention européenne des droits de l'Homme », in : *Les droits de l'Homme au seuil du 3ème millénaire, Mélanges en hommage à Pierre Lambert* ; Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 907.

TRUCHE Pierre
- (sous la présidence de), *Rapport de la commission de réflexion sur la justice* ; Paris, La documentation française, 1997.

VAN CAENEGEM Raoul Charles
- « La preuve dans le droit du Moyen-Age occidental », in : *Recueil de la société J. Bodin pour l'histoire comparative des institutions,* t. XVII *: La preuve*, *Moyen-âge et temps modernes* ; Bruxelles, éd. de la lib. Ency, 1965.

VERDIER Raymond
- « Signes de vérité et d'innocence, gages de certitude et de conviction : les rituels probatoires dans les sociétés de tradition orale » ; *Droits*, 1996, p. 91.

VIRIOT-BARRIAL Dominique
- « La preuve en droit douanier et la Convention européenne des droits de l'homme (A propos de trois arrêts du 25 février 1993 de la Cour européenne des droits de l'homme) » ; *Rev. sc. crim*. 1994, p. 537.
- « De l'identification d'une personne par ses empreintes génétiques », in : *Le droit de la biologie humaine : vieux débats et nouveaux enjeux*, dir. A. Seriaux ; Paris, Ellipses, 2000, p. 111.

VITALIS André

- « Vidéosurveillance et libertés individuelles » ; *Revue de la Gendarmerie Nationale*, 2ème trimestre 2001, n° 199, p. 25.

VITU André

- « La Cour d'assises dans le Code de procédure pénale » ; *Rev. sc. crim.* 1959, p. 554.

VOULAND Philippe

- « La défense d'une des parties peut-elle influencer la direction de l'enquête » ; *AJ Pénal*, nov. 2008, p. 450.

WAQUET Philippe

- « Réflexions sur les rapports de la Commission Justice pénale et droits de l'homme » ; *Rev. sc. crim*. 1991, p. 518.

WIEDERKEHR Georges

- « Droits de la défense et procédure civile » ; *D.* 1878, chr. p. 36.

WEINREB Lloyd

- « La phase préparatoire du procès pénal aux Etats-Unis », in : *La phase préparatoire du procès pénal en droit comparé* - actes du séminaire international de l'ISISC de Syracuse à Noto (Italie) 26 septembre - 1 octobre 1982 ; *RIDP* 1985, p. 331.

WHITE M. et GREENWOOD J.J.

- « DNA fingerprinting and the law»; *Modern Law Review,* vol.51, 1988, p. 148 s.

## RAPPORTS, CONCLUSIONS, OBSERVATIONS ET NOTES SUR DES DECISIONS DE JUSTICE

AMBROISE-CASTEROT, note sous Cass. crim. 13 oct. 2004 ; *Rev. Pén. Dr. Pén.* juin 2005, n° 2, p. 410.

- Obs. sous CEDH 31 mai 2005, Vetter c/ France ; *Rev. Pén. Dr. Pén.* 2006, p. 137.

ANGELI, note sous TGI Paris, 6 juin 1980 ; *Gaz. pal.* 1981, I, p. 254.

AUBY, note sous CE 4 octobre 1974 ; *Dame David*, *D*. 1975, p. 369.

BARBEROT, obs. sous CRD Pén. 24 janv. 2002 ; *Dr. pén*. 2002, chr. n°16.

BORE, obs. sous CEDH 19 avr. 1994, Van de Hurk c/ Pays Bas ; *JCP* 2002, I, n° 104.

BOULOC, obs. sous Cass. crim. 19 avril 1972 ; *Rev. Sociétés* 1972, p. 739.

- Obs. sous Cass. crim. 6 novembre 1991 ; *Rev. sc. crim*. 1993, p. 89.
- Obs. sous Cass. crim. 11 mars 1993 ; *Rev. sc. crim*. 1994, n° 101 et 102.
- Obs. sous Cass. crim. 29 nov. 1994 ; *Rev. sc. crim*. 1995, p. 571.
- Obs. sous Cass. crim. 3 juill. 1996 ; *Rev. sc. crim*. 1997, p. 372.
- Obs. sous Cass. crim. 30 oct. 1996 ; *Rev. sc. crim*. 1997, p. 634.
- Obs. sous Cass. crim. 19 nov 1996 ; *Rev. sc. crim*. 1997, p. 634.
- Obs. sous Cass. crim. 3 mars 1998 ; *Rev. sc. crim* 1998, p. 763.

BOUZAT, obs. sous Cass. crim. 5 mai 1993 ; *Rev. sc. crim*. 1994, p. 340.

BRAUNSCHWEIG, note sous Cass. crim. 14 juin 1989 ; *Rev. sc. Crim*. 1990, p. 368.

BUISSON, obs. sous Cass. crim. 6 janvier 1998 ; *Procédures* 1998, comm. n° 96.

- Obs. sous Cass. crim. 18 oct. 2000 ; *Procédures,* mars 2001, comm. n° 71.
- Obs. sous Cass. crim. 13 juin 2001 ; *Procédures* 2001, comm. n° 202.
- Note sous Cass. crim. 17 oct. 2007 ; *Procédures,* déc. 2001, comm. p.17.
- Note sous Cass. crim. 29 janv. 2003 ; *Procédures,* 2003, comm. n° 100 p. 26.
- Obs. sous Cass. crim. 17 fév. 2004 ; *Procédures* 2004, comm. n° 112.
- Obs. sous Cass. crim. 9 nov. 2005 ; *Procédures*, janv. 2006, p. 21.
- Obs. sous Cass. crim. 29 mars 2006 ; *Procédures*, août-septembre 2006, comm. n° 191.
- Obs. sous Cass. crim. 28 fév. 2008 ; *Procédures* 2008, comm. n° 155.
- Obs. sous CEDH 31 mars 1998, Reinhardt et Slimane Kaïd c. France ; *Procédures* juil. 1998, n° 177.

CERE, obs. sous Cass. crim. 17 fév. 2004 ; *D.* 2004, p. 1192.

CHAMBON, note sous Cass. crim. 18 mai 1955 ; *JCP* 1955, II, n° 8767.

- Cass. crim. 3 fév. 1993 ; *JCP* 1994, II, n° 22197.

COHEN-JONATHAN, obs. sous CEDH 9 oct. 1979, Airey c/ Irlande ; *Cah. dr. eur.* 1980, p. 470.

COTTE Bruno, conclusions sous Cass. crim. 12 juin 1996 ; *Dr. pén*. 1996, chr. n° 4.

COUVRAT, obs. sous Cass. crim. 6 novembre 1991 ; *D.* 1992, somm. p. 204.

DELMAS-MARTY, note sous Cass. crim. 9 avril 1973 ; *D.*1975, p. 257.

DI MARINO, note sous Cass. crim. 9 oct. 1980 ; *JCP* 1981, II, 19378.

D.L., note sous Cass. crim. 3 juill. 1952 ; *JCP* 1953, II, 7358.

DOUCET, note sous CA Saint Denis de la Réunion, ch. acc., 23 déc. 1982 ; *Gaz. pal*. 1984, II, p. 468.

DRAGO, note sous Cass. ass. 30 juin 1995 ; p. 513.

- Note sous CE 4 octobre 1974, *Dame David* ; *JCP* 1975, II, n° 19967.

FAVOREU, obs. sous Cons. constit. 20 janv. 1993 ; *RFDC* 1993, p. 375.

FERRARI Isabelle, rapport sous Cass. crim. 12 juin 1996 ; *Dr. pén*. 1997, chr. n° 1.

FLAUSS, note sous CEDH 19 avr. 1994, Van de Hurk c/ Pays Bas ; *AJDA* 1995, p. 139.

- Obs. sous CEDH 20 mai 1998, Gautrin et autres c. France ; *AJDA* 1998, p. 991.

FOURMENT, obs. sous CEDH 13 janvier 2009, Texquet c. Belgique ; *RIDP* 2009, p. 355, n° 32.

FRICERO, obs. sous CEDH 19 avr. 1994, Van de Hurk c/ Pays Bas ; *D*. 1996, somm. p. 202.

- Note sous CEDH 9 déc. 1994, Hiro Balani c/ Espagne ; *D*. 1996, somm. p. 202.
- Note sous CEDH 9 déc. 1994, Ruiz Torija c/ Espagne ; *D*. 1996, somm. p. 202.
- Note sous CEDH 19 mars 1997, Hornsbny c/ Grèce ; *JCP* 1997, II, n° 22949.

GIUDICELLI A., obs. sous Cass. crim. 27 fév. 2002 ; *Rev. sc. crim.* 2002, p. 625.

- Obs. sous TGI Bobigny, 17ème ch., 30 déc. 2009 ; CA Nancy, 4ème ch. des appels correctionnels, 19 janv. 2010 ; TGI Paris, 28 janv. 2010 ; CA Paris, 9 fév. 2010 ; *Rev. sc. crim.* janv./mars 2010, p. 183 s.

GIUDICELLI G., obs. sous CEDH 22 mai 2008 ; Gacon c. France, *Rev. sc. crim*. 2008, p. 635.

GUERY, note sous Cass. crim. 27 fév. 1996 ; *D*. 1996, p. 346.

KOERING-JOULIN, obs. sous CEDH 17 déc. 1996, Saunders c. Royaume-Uni ; *Rev. sc. crim*. 1997, p. 478.

LAVRIC, obs. sous CA Paris, pôle 7, ch. 5, 9 fév. 2010 ; *D*. 2010, p. 505.

LARGUIER, note sous Cass. crim. 16 mars 1961 ; *JCP* 1961, II, n° 12157.

LAZERGES, obs. sous Cass. crim. 14 oct. 1986 ; *Rev. sc. crim*. 1987, p. 728.

LEGAL, obs. sous Cass. crim. 10 janv. 1963 ; *Rev. sc. crim*. 1965, p. 651.

LE POITEVIN, obs. sous Cass. crim. 22 juin 1905 ; *S*. 1908, I, 205.

LESCLOUS ET MARSAT, obs. sous Cass. crim. 5 nov. 1996 ; *Dr. pén.* 1997, chr. n° 14.

LEVASSEUR, obs. sous Cass. crim. 15 oct. 1985 ; *Rev. sc. crim*. 1986, p. 375

- Obs. sous Cass. crim. 19 nov. 1985 ; *Rev. sc. crim*. 1986, p. 612.

LIEVREMONT, note sous Cass. ass. 2 mars 2001 ; *JCP* 2001, II, n° 10611.

LUCAS DE LEYSSAC, note sous CA Paris, 8 avr. 1994 ; *D.* 1995, jurisp. p. 607.

MAISTRE DU CHAMBON, note sous CA Toulouse, ch. accus, 5 janv. 1982 ; *JCP* 1982, n° 19899-19900

MALAURIE, obs. sous Cass. soc. 18 mars 1955 ; *D.* 1956, p.517.

MARECHAL J.-Y., obs. sous Cass. crim. 15 nov. 2006 ; *JCP 2006,* II, n° 10062.

MARGUENAUD, note sous CEDH 18 mars 1997, Mantovanelli c/ France ; *RTD Civ*. 1997, oct.-déc. n° 4, p. 1007.

- Note sous CEDH 19 mars 1997, Hornsbny c/ Grèce ; *RTD Civ.* 1997, p. 1009.
- Obs. sous CEDH 22 mai 2008, Gacon c. France ; *Rev. sc. crim*. 2008, p. 696.

MARON, obs. sous Cass. crim. 11 fév.1992 ; *Dr. pén*. 1992, comm. n° 299.

- Note sous Cass. crim. 13 mai 1992 ; *Dr. pén*. 1993, chr. n° 8.
- Obs. sous Cass. crim. 23 juil. 1992 ; *Dr. pén*. 1992, comm. n° 299.
- Note sous Cass. crim. 3 nov. 1992 ; *Dr. pén.* 1993, n° 99.
- Obs. sous Cass. crim. 25 janv. 1994 ; *Dr. pén*. 1994, comm. n° 63.
- Note sous Cass. crim. 2 fév. 1994 ; *Dr. pén*. 1994, comm. n° 197.
- Obs. sous Cass. crim. 6 déc. 1994 ; *Dr. pén*. 1995, n° 74.
- Obs. sous Cass. crim. 20 août 1997 ; Dr. pén. 1997, comm. n° 148.
- Obs. sous Cass. crim. 6 janvier 1998 ; *Dr. pén*. 1998, n° 40.
- Obs. sous Cass. crim. 27 fév. 2002 ; *Dr. pén*. 2002, comm. n°88.
- Obs. sous Comm. révis. 14 mai 2002 ; *Dr. pén*. 2002, comm. n° 117.
- Note sous Cass. crim. 29 janv. 2003 ; *Dr. pén.* 2003, comm. n° 53.
- Obs. sous Cass. crim. 9 nov. 2005 ; *Dr. pén*. 2006, comm. n° 28.

MASCALA, obs. sous Cass. crim. 15 juin 1993 ; *D.* 1994, p. 613.

MASSIAS, note sous CEDH 13 fév. 2001, Krombach c. France ; *Rev. sc. crim*. 2001, p. 429.

MAYAUD, note sous Cass. crim. 27 mars 1996 ; *Rev. sc. crim*. 1996, p. 853.

- Obs. sous Cass. crim. 19 nov 1996 ; *Rev. sc. crim*. 1997, p. 835.

MERARZOT, note sous Cons. constit. 16 juill. 1996, décision n° 96-377 DC ; *D.* 1997, p. 69.

MIMIN, obs. sous Cass. crim. 10 juin 1959 ; *JCP* 1960, n° 11441.

MOLFESSIS, obs. sous Cons. constit. 13 août 1993, décision 93-325 DC ; *Justices* 1995, I, p. 201.

M. R., obs. sous Cass. crim. 19 nov. 1987 ; *Gaz. Pal*., 10 mai 1998, n° 129.

MUSCAT, note sous CEDH 18 mars 1997, Mantovanelli c/ France ; *AJDA* 1999, p. 173.

NGUYEN VAN TUONG, note sous Cons. constit. 16 juill. 1996, décision n° 96-377 DC ; *JCP* 1996, II, n° 22709.

NICOLEAU, obs. sous CA Agen, 15 sept. 1994 ; *D.* 1995, p. 553.

NORD-WAGNER, obs. sous Cass. crim. 26 mars 2008 ; *AJ pén*. 2008, p. 287.

O. B., obs. sous CEDH 28 oct. 1999, Escoubet c. Belgique ; *JDI* 2000, p. 128.

PANNIER, note sous CEDH 25 fév. 1993, Funke c. France ; *D.* 1993, p. 457.

PATIN, obs. sous Cass. crim. 27 janv. 1949 ; *Rev. sc. crim*. 1950, p. 60.

- Obs. sous Cass. crim. 3 août 1950 ; *Rev. Sc. crim*. 1951, p. 281.

PETTITI, obs. sous CEDH 24 avr. 1990, arrêts Kruslin et Huvig c/ France, *Rev. sc. crim*. 1990, p. 615.

- Obs. sous CEDH 25 fév. 1993, Funke c. France ; *Rev. sc. crim*. 1993, p. 581.

PHILIP, obs. sous Cons. constit. 19 et 20 janv. 1981, décision n° 80-127 DC ; *RDP* 1981, p. 659.

PICOD, note sous Cass. crim. 8 juin 1989 ; *JCP* 1990, n° 21512.

PRADEL, note sous Cass. crim. 9 oct. 1980 ; *D.* 1981, p. 332.

- Obs. sous Cons. constit. 19 et 20 janv. 1981, décision n° 80-127 DC ; *D*. 1981, p. 101.
- Obs. sous Cass. crim. 30 juin 1987 ; *D*. 1988, somm. p. 193.
- Obs. sous Cass. crim. 14 juin 1989 ; *D*. 1989, somm. p. 390.
- Note sous CEDH 24 avr. 1990, arrêts Kruslin et Huvig c/ France ; *D.* 1990, p. 353.
- Obs. sous Cass. crim. 6 déc. 1994 ; *D*. 1994, somm. n° 147.
- Note sous Cass. ass. 30 juin 1995 ; *D.* 1995 p. 417.
- Obs. sous Cass. crim. 5 nov. 1996 ; *D.* 1997, somm. n° 145.
- Obs. sous Cass. crim. 20 août 1997 ; *D.* 1998, somm. p. 177.
- Obs. sous Cass. crim. 27 juin 2000 ; *D*. 2001, somm. p. 514.
- Obs. sous Cass. crim. 29 janv. 2003 ; *D.* 2003, somm. p. 1730.
- Obs. sous Cass. crim. 1er oct. 2003 ; *D*. 2004, somm. p. 672.
- Obs. sous CEDH 3 oct. 2006, Ben Naceur c. France ; *D.* 2007, pan. p. 979.

RASSAT, note sous Cass. crim. 6 avr. 1993 ; *JCP* 1993, II, n° 22144.

- Note sous Cass. crim. 27 fév. 1996 ; *JCP* 2996, II, n° 22629.

REBUT, note sous Cass. crim. 19 janvier 1999 ; *JCP* 1999, II, n° 10156.

RENUCCI, obs. sous CEDH 25 fév. 1993, Funke c. France ; *D*. 1993, somm. p. 387.

- Note sous CEDH 13 janvier 2009, Texquet c. Belgique ; *D*. 2009, p. 1058.

- Note sous CEDH 13 oct. 2009, Dayanan c. Turquie ; *D*. 2009, p. 2897.

ROBERT J.-H., obs. sous Cass. crim 6 juin 1989 ; *Dr. pén*. 1990, comm. n° 65.

- Obs. sous Cass. crim. 11 mars 1993 ; *Dr. pén.* 1994, n° 39.
- Note sous Cass. crim. 9 nov. 1994 ; *Dr. pén.* 1995, comm. n° 40.
- Obs. sous Cass. crim. 6 mai 1996 ; *Dr. pén* 1996, n° 261 (2me arrêt).
- Obs. sous Cass. crim. 19 août 1997 ; *Dr. pén*. 1997, n° 158.
- Obs. sous Cass. crim. 17 fév. 2004 ; *Bull*. n° 43, *Dr. pén.* 2004, comm. n° 109.

ROETS, note sous CEDH 31 mai 2005, Vetter c/ France ; *D*. 2006, p. 764.

- Obs. sous CEDH 3 oct. 2006, Ben Naceur c. France ; *Rev. sc. crim.* 2008, p. 153.
- Note sous CEDH 13 oct. 2009, Dayanan c. Turquie ; *Rev. sc. crim*. 2010, p. 231.

ROUJOU DE BOUBEE, Obs. sous Cass. crim. 11 mars 1993, *D.* 1994, somm. n° 156.

- Obs. sous CA Paris, pôle 7, ch. 5, 9 fév. 2010 ; *D*. 2010, p. 868.

SAAS, note sous Cass. crim. 17 sept. 2008 ; *AJ pénal* nov. 2008, n° 10, p. 456.

SEILLAN, obs. sous Cass. crim. 8 févr. 1983 ; *D.* 1983.

SUDRE, obs. sous CEDH 22 fév. 1996, Bulut c. Autriche ; *JCP* 1997, I, 4000.

- Obs. sous CEDH 17 déc. 1996, Saunders c. Royaume-Uni ; *JCP* 1997, I, 4000.
- Note sous CEDH 18 mars 1997, Mantovanelli c. France ; *JCP* 1998, I, 107.
- Obs. sous CEDH 20 oct. 1997, Serves c. France ; *JCP* 1998, I, 107, n° 20.
- Obs.s sous CEDH 28 juillet 1999, Selmouni c/ France ; *JCP* 1999, n° 5, I, 203.
- Obs. sous CEDH 11 juil. 2006, Jalloh c. Allemagne ; *JCP* 2007, I, 106.

TIGROUDJA, obs. sous CEDH 5 oct. 2000, Maaouia c. France ; *RTDH* 2002, p. 433.

VALLANSAN, note sous Cass. crim. 19 mars 1986 ; *D.* 1988, jurisp. p. 568.

VERON, note sous Cass. crim. 1er avr. 1992 ; *Dr. pén*. 1992, comm. n° 277.

- Note sous Cass. crim. 27 mars 1996 ; *Dr. pén.* 1996, comm. n° 182.
- Obs. sous Cass. crim. 19 nov 1996 ; *Dr. pén*. 1997, comm. n° 33.
- Obs. sous Cass. crim. 7 janv. 2004 ; *Dr. Pén*. 2004, comm. n° 49.
- Obs. sous Cass. crim. 11 sept. 2007 ; *Dr. pén*. 2007, comm. n° 151.

VIRIOT-BARRIAL, note sous TGI Aix-en Provence, 22 décembre 1993 ; *D*. 1994, p. 566.

VITU, obs. sous Cass. crim. 17 oct. 1968 ; *JCP* 1969, II, n° 15780.

- Cass. crim. 19 mai 1980 ; *Rev. sc. crim*. 1981, p. 373.

VOUIN, note sous Cass. crim. 5 mai 1949 ; *D.* 1949, p. 421.

- Note sous Cass. crim. 16 juin 1955 ; *JCP* 1955, II, n° 8851.
- Note sous Cass. crim. 14 juin 1956 ; *D*. 1956, p. 733.

# TABLE DES MATIERES

**INTRODUCTION** ……..... 1

**Section 1 :** La notion de preuve contraire 4
§1. La preuve, une question centrale de la procédure 4
A. La vérité, objectif de l'acte probatoire 5
B. Les spécificités de la preuve en droit pénal 6
§2. La preuve contraire, une notion connue du droit 7
A. Les références à la preuve contraire en droit civil et en droit pénal 8
B. Vers une définition de la preuve contraire 9

**Section 2 :** Le concept de « droit à » appliqué à la preuve contraire 10
§1. Le « droit à » la preuve 10
A. La distinction entre le « droit de la preuve » et le « droit à la preuve » 11
B. Les contours du « droit à la preuve » 12
§2. L'affirmation d'un droit à la preuve contraire 13
A. Une tentative de définition du « droit à » la preuve contraire 13
B. L'essor du concept de droit à la preuve contraire dans notre système procédural 14

**PREMIÈRE PARTIE : LES FONDEMENTS DU DROIT À LA PREUVE CONTRAIRE** ……..…….. 17

**TITRE 1 : LA RECHERCHE D'UN FONDEMENT AU DROIT À LA PREUVE CONTRAIRE DANS LES PRINCIPES DE PRÉSOMPTION D'INNOCENCE ET DE DROITS DE LA DÉFENSE** ……..... 19

**Chapitre 1.** Droit à la preuve contraire et présomption d'innocence …….. 21

**Section 1 :** L'apparente contradiction entre le droit à la preuve contraire et la présomption d'innocence 23
§1. Présomption d'innocence et charge de la preuve 24
A. La conséquence principale de la présomption d'innocence : la charge de la preuve pèse sur l'accusation 24
B. Les conséquences dérivées de la présomption d'innocence 26
1. L'application de l'adage *in dubio pro reo* 26
2. Le droit au silence 28
3. Le droit de ne pas participer à sa propre incrimination 31

§2. La présomption d'innocence, un droit plus protégé qu'effectif 32
A. La protection judiciaire du respect de la présomption d'innocence 33
B. L'effectivité relative de la présomption d'innocence 37
1. Les atteintes à la présomption d'innocence, un quotidien judiciaire et médiatique 37
2. L'existence de véritables présomptions de culpabilité 40
a. Les présomptions de droit ou présomptions légales de culpabilité 41
α. La présomption d'existence de l'élément matériel de l'infraction 42
β. La présomption d'existence de l'élément moral de l'infraction 45
b. Les présomptions de l'homme ou présomptions de fait de culpabilité 46

**Section 2 :** Le dépassement du principe de la présomption d'innocence dans la recherche d'un fondement au droit à la preuve contraire 49
§1. L'équilibre entre la liberté individuelle et l'intérêt général, ou les limites de la présomption d'innocence 49
A. L'apparente incompatibilité entre la préservation de la liberté individuelle et la recherche de l'efficacité de la répression 50
B. La présomption d'innocence, « une horreur qu'il faut absolument préserver »52
§2. Le droit à la preuve contraire, clef de voûte de cet équilibre 52
A. L'affirmation du droit à la preuve contraire justifiée par la relativité de la présomption d'innocence 53
B. Le droit à la preuve contraire, gage moral et éthique de notre arsenal juridique 60

**Chapitre 2.** Droit à la preuve contraire et droits de la défense ……. 63

**Section 1 :** L'inadaptation du concept de droits de la défense au droit à la preuve contraire 64
§1. L'impossible référence aux droits de la défense comme fondement du droit à la preuve contraire 64
A. L'absence d'accord sur la définition des droits de la défense 65
1. La délicate définition des droits de la défense 66
2. Une ambigüité entretenue par la jurisprudence 68
B. Le caractère passif de la protection accordée par les droits de la défense 70
1. Une protection passive de l'accusé 70
2. L'incompatibilité du droit à la preuve contraire avec un régime passif de protection 72
§2. Le respect des droits de la défense, un préalable nécessaire à l'effectivité du droit à la preuve contraire 72
A. Les composantes des droits de la défense qui garantissent le libre exercice du droit à la preuve contraire 73
1. Les garanties de la défense 73

a. Le droit à la notification de l'accusation et des charges 73
b. Le droit à l'avocat 76
c. Le droit à un interprète 81
2. Le respect du contradictoire 83
B. La nécessité de dépasser le strict respect des droits de la défense 85
1. L'impossibilité d'analyser les droits de la défense comme un sous ensemble du droit à la preuve contraire 86
2. La recherche d'une implication de l'accusé dans l'exercice de sa défense 87

**Section 2 :** Une tentative de dépassement des droits de la défense dans la recherche d'un fondement au droit à la preuve contraire 88
§1. La compatibilité du concept de droits de l'accusé avec le droit à la preuve contraire 89
A. La spécificité de la notion de droits de l'accusé par rapport aux droits de la défense 89
1. L'existence d'une dualité de concepts 90
2. Les contours de la notion de droits de l'accusé 91
B. Les droits de l'accusé, un système actif de protection 91
1. L'accusé, acteur de son procès 92
2. Droit à la preuve contraire et montée en puissance des droits de l'accusé 92
§2. Les droits de l'accusé, composante d'un droit à la preuve contraire 93
A. Les éléments des droits de l'accusé qui concourent à l'exercice d'un droit à la preuve contraire 93
1. Le droit de savoir 93
2. Le droit d'agir 95
a. Le droit de proposition 96
b. Le droit d'influencer le temps de l'instruction 97
c. Le droit de discussion 97
B. L'insuffisance de la référence aux droits de l'accusé dans la définition d'un droit à la preuve contraire 99
1. Les limites des droits de l'accusé quant à la formation de la preuve 99
2. Le nécessaire dépassement de la phase judiciaire dans la définition d'un droit à la preuve contraire 100

**TITRE 2 : L'AFFIRMATION DU DROIT AU PROCES EQUITABLE COMME FONDEMENT DU DROIT À LA PREUVE CONTRAIRE** …….. 103

**Chapitre 1**. Le recours de l'ordre juridique international au droit au procès équitable comme fondement du droit à la preuve contraire ……..... 106

**Section 1 :** L'émergence du droit au procès équitable et son évolution conceptuelle 106
§1. Le droit au procès équitable issu de la Convention européenne des droits de l'Homme 108

A. L'affirmation conventionnelle du droit au procès équitable 108
1. Les sources d'inspiration du droit au procès équitable 108
2. La consécration de la valeur fondamentale et de l'effectivité du droit au procès équitable à l'échelon européen 110
B. Les contours de la notion de droit au procès équitable 112
1. Le champ d'application du droit au procès équitable 113
a. La notion de contestation sur des droits et obligations de caractère civil 114
b. La notion de bien fondé de toute accusation en matière pénale 116
2. Les garanties du droit au procès équitable 120
a. Les garanties à caractère général 120
b. Les garanties spécifiques à la matière pénale 124
§2. Le droit au procès équitable et l'affirmation d'un droit à la preuve contraire 126
A. Le lien entre les garanties du droit au procès équitable et le droit à la preuve contraire 127
1. Le lien direct entre le droit au juge issu du droit au procès équitable et le droit à la preuve contraire 127
2. Les garanties d'un rôle actif de l'accusé dans l'organisation de sa défense 130
3. L'extension du droit au procès équitable vers la garantie de l'équité procédurale 131
B. L'évolution conceptuelle du droit au procès équitable vers le principe de l'égalité des armes 133
1. De l'équité à l'égalité, le travail de la Commission européenne des droits de l'Homme 133
2. Les contours du principe de l'égalité des armes 136
a. L'absence de définition précise du contenu de la notion d'égalité des armes 136
b. La spécificité du principe de l'égalité des armes appliqué au procès pénal 137

**Section 2** : L'égalité des armes, principe transversal fondant le droit à la preuve contraire 139
§1. L'égalité dans l'administration de la preuve, résultante du principe d'égalité des armes 139
A. L'affirmation du principe d'égalité dans l'administration de la preuve 139
1. Le préalable nécessaire de l'égalité dans l'accès à la preuve 140
2. La reconnaissance de l'égalité dans l'administration de la preuve 141
B. Le contenu du principe d'égalité dans l'administration de la preuve 143
1. La montée en puissance de l'initiative probatoire comme neutralisation du rapport d'inégalité 144
2. La reconnaissance du rôle actif du défenseur pénal 145
§2. De l'égalité dans l'administration de la preuve au droit à la preuve contraire 146
A. Le droit à la preuve contraire ou l'équilibre nécessaire des moyens de preuve pour l'organisation d'une défense efficace 146
1. Une conception originale et autonome de l'égalité dans l'administration de la preuve 147

2. Le droit à la preuve contraire comme réponse à la suspicion engendrée par la preuve de l'accusation 147

B. La caractère global et complet de la protection accordée par le droit à la preuve contraire issu du principe de l'égalité des armes 148

**Chapitre 2**. Le recours de l'ordre juridique interne au droit au procès équitable comme fondement du droit à la preuve contraire …… 151

**Section 1 :** L'affirmation du principe de l'égalité des armes en droit interne 152
§1. L'application jurisprudentielle de l'égalité des armes par les juridictions internes 153
A. La consécration de l'égalité des armes par la jurisprudence interne 153
1. La réception du concept d'égalité des armes par les juridictions internes 153
2. La consécration de la notion d' « équilibre des droits des parties » par le Conseil constitutionnel 157
B. Les spécificités de l'application interne de l'égalité des armes par rapport à l'application internationale 160
§2. La valeur normative de l'égalité des armes en droit interne 162
A. Le fondement constitutionnel de l'égalité des armes en droit interne 162
B. La consécration législative de l'égalité des armes en droit interne 164

**Section 2 :** L'égalité des armes, moteur de l'affirmation d'un droit à la preuve contraire en droit interne 166
§1. L'égalité des armes facteur de rupture de l'inégalité entre le ministère public et le défenseur pénal 166
A. L'égalité des armes ou le droit d'obtenir la preuve contraire 167
B. L'égalité des armes ou le droit de produire la preuve contraire 168
§2. L'égalité des armes facteur de rupture de l'inégalité entre l'accusation et la défense par la reconnaissance d'un droit à la preuve contraire opposable aux tiers 169
A. L'obligation générale de participer à l'établissement de la vérité 170
B. La pénalisation du refus, pour un tiers, d'apporter la preuve contraire 171

**SECONDE PARTIE : L'EXERCICE DU DROIT À LA PREUVE CONTRAIRE** …… 175

**TITRE 1 : LA LIBERTE DE LA PREUVE CONTRAIRE** ……...… 177

**Chapitre 1.** La liberté de la preuve contraire et l'accusé …….……. 178

**Section 1 :** La liberté de l'accusé dans l'émission de la preuve contraire 178
§1. L'action directe l'accusé dans l'émission de la preuve contraire 180
A. Le droit de s'exprimer 180
1. La liberté de parole de l'accusé au service de la preuve contraire ou le droit d'être entendu 181
2. Le droit de contradiction comme garantie de l'efficacité du droit de s'exprimer 186
a. Le droit de contradiction au cours de l'instruction préparatoire 186
b. Le droit de contradiction au stade du jugement 191
B. La liberté de production des moyens de preuve contraire 195
1. La consécration jurisprudentielle de la liberté de la preuve appliquée à la personne mise en cause 196
2. La valeur des moyens de preuve contraire produits par la personne mise en cause 199
§2. L'action indirecte de l'accusé dans l'émission de la preuve contraire : le droit de demander l'accomplissement de certains actes 201
A. Le droit d'initiative reconnu à l'accusé dans l'accomplissement de diligences probatoires 202
1. La montée en puissance du droit de proposition au cours de l'instruction préparatoire 202
2. Le droit de proposition au cours de l'audience de jugement 204
B. Le droit d'initiative, facteur de célérité de la procédure 207

**Section 2 :** L'affirmation d'un droit de critique généralisé 209
§1. Le recours contre les actes de poursuite et d'investigation 210
A. Le recours aux nullités de procédure et à l'appel contre les décisions du juge d'instruction 210
1. Les nullités des actes d'enquête et d'instruction 211
2. L'appel contre les décisions juridictionnelles du juge d'instruction 213
B. Le droit à la révision du statut de mis en examen et l'exercice du droit à la preuve contraire face à la nécessité du placement en détention 215
1. Le droit à révision du statut de mis en examen 215
2. La preuve contraire à la nécessité du placement en détention 216
§2. Le recours contre les déclarations de culpabilité, élément du droit à la preuve contraire 219
A. Le droit à un recours suite à une décision non définitive 220
1. L'émergence d'un droit au double degré de juridiction 220
2. Les différentes voies de recours contre une déclaration de culpabilité non définitive 222
a. L'appel et l'exercice du droit à la preuve contraire 222

b. L'opposition et l'exercice du droit à la preuve contraire 224
c. Le pourvoi en cassation, voie de recours extraordinaire dans l'exercice d'un droit à la preuve contraire 226
B. Le droit à un recours contre les décisions définitives ou le droit à la preuve contraire face à la force irrévocable de chose jugée 228
1. Le recours en révision comme application ultime du droit à la preuve contraire 228
a. Le caractère des décisions susceptibles d'un recours en révision 230
b. Les cas d'ouverture de la demande en révision 231
2. La place du recours en réexamen dans l'exercice d'un droit à la preuve contraire 233

**Chapitre 2.** La liberté de la preuve contraire et le juge ……. 236

**Section 1 :** La dualité du rôle du juge 237
§1. Le juge émetteur de la preuve contraire 237
A. Le cas particulier du juge d'instruction 237
1. Le juge d'instruction, émetteur de la preuve contraire ou le devoir d'instruire à charge et à décharge 239
2. L'étendue des moyens d'investigation du juge d'instruction 244
B. Le rôle actif des juges de jugement dans l'émission de la preuve contraire 248
1. Le rôle actif des juges de jugement dans la recherche probatoire 248
2. Les pouvoirs renforcés du président de cour d'assises dans l'émission de la preuve contraire 250
§2. Le juge, récepteur de la preuve contraire 254
A. Le devoir de juger selon son intime conviction et la réception de la preuve contraire 255
1. La place de l'intime conviction et la rationalité dans l'appréciation des preuves 256
2. Intime conviction et réception de la preuve contraire imparfaite 258
B. L'obligation de motivation garantie de la réception de la preuve contraire 260
1. L'obligation de motivation, garantie de la juste réception de la preuve contraire 262
a. Une garantie intellectuelle de réception de la preuve contraire 263
b. Une garantie formelle de réception de la preuve contraire 263
2. Les limites de l'obligation de motivation 267
a. La dénaturation de l'obligation de motivation 267
b. La limitation du champ d'application de l'obligation de motivation 268

**Section 2 :** Vers un juge arbitre seule garantie du droit à la preuve contraire 270
§1. Le devoir d'impartialité du juge 271
A. L'exigence d'impartialité, garantie du libre exercice du droit à la preuve contraire 271
1. L'existence d'incompatibilités légales 272
2. L'extension du contrôle de l'impartialité par l'application de l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'Homme 274

B. Les moyens juridiques pour lutter contre la partialité du juge 276
1. La récusation 276
2. Le renvoi pour cause de suspicion légitime 279
§2. À la recherche d'un juge garant du libre exercice du droit à la preuve contraire 281
A. Un juge arbitre dans une procédure équitable 281
1. L'incompatibilité du cumul des fonctions d'enquête et de jugement avec une position d'arbitre 282
2. La compatibilité des fonctions d'arbitre du juge d'instruction avec un rôle de décision dans la recherche probatoire 284
B. Le corollaire du positionnement du juge en tant qu'arbitre : le renforcement du rôle des parties 289
1. Le renforcement du rôle du parquet 289
2. Le renforcement du rôle des parties privées 293

**TITRE 2 : LA LEGALITE DE LA PREUVE CONTRAIRE**…….…. 299

**Chapitre 1.** La limitation des moyens de preuve contraire ……. 300

**Section 1 :** La preuve contraire face aux présomptions de vérité et de responsabilité 300
§1. L'exercice du droit à la preuve contraire face aux présomptions de vérité ou la limitation des moyens de preuve contraire 301
A. La preuve contraire aux constatations d'un procès-verbal ayant une valeur probante renforcée 302
1. La présomption de vérité des procès-verbaux et la limitation des moyens de preuve contraire 303
a. La preuve contraire à la présomption simple de vérité de certains procès-verbaux 303
α. La spécificité des procès-verbaux valant jusqu'à preuve contraire 303
β. Les moyens de lutter contre la présomption simple de vérité 306
b. La preuve contraire aux procès-verbaux valant jusqu'à inscription de faux 311
2. La preuve contraire par l'utilisation de moyens d'exonération 315
B. La mise en cause de la validité de l'acte comme moyen de preuve contraire 318
1. Les conditions de validité des procès-verbaux 318
a. La rédaction des procès-verbaux 318
b. Les mentions obligatoires 322
2. L'irrégularité et le recours en nullité comme moyens de preuve contraire 327
a. Le recours en nullité, moyen absolu de preuve contraire 327
b. L'irrégularité, moyen relatif de preuve contraire 331
§2. L'exercice du droit à la preuve contraire face aux présomptions de responsabilité 334
A. La détermination de l'objet de la preuve contraire dans le cadre

des présomptions de culpabilité 334

1. L'objet de la preuve contraire à une présomption d'existence de l'élément matériel de l'infraction 334
   a. La preuve contraire aux présomptions d'existence de l'élément matériel des infractions de fréquentation 335
   b. La preuve contraire aux présomptions d'existence de l'élément matériel en matière douanière 338
2. L'objet de la preuve contraire à une présomption d'existence de l'élément moral de l'infraction 341
   a. La preuve contraire aux présomptions légales d'intention 341
   b. La preuve contraire aux présomptions quasi-légales d'intention 344
   c. Le cas particulier des contraventions 347
3. L'objet de la preuve contraire aux présomptions tendant à désigner un responsable 349
   a. La preuve contraire à la présomption de responsabilité du titulaire du certificat d'immatriculation 349
   b. La preuve contraire à la présomption de responsabilité du chef d'entreprise 351
   c. La preuve contraire à la présomption de responsabilité du directeur de la publication 354

B. Les présomptions de responsabilité et la préservation du droit à la preuve contraire 355
1. Des critères restrictifs de validation du recours aux présomptions de responsabilité 356
   a. La préservation du droit à la preuve contraire par la limitation du recours aux présomptions de responsabilité 356
   b. La préservation du droit à la preuve contraire par la prohibition des présomptions irréfragables 359
2. La liberté des moyens de preuve contraire face aux présomptions de responsabilité 360

**Section 2 :** La preuve contraire à la preuve dite « parfaite » 362
§1. Mythe et réalité de la « preuve parfaite » 362
A. L'existence de procédés scientifiques ou techniques utilisés avec efficacité comme moyens de preuve 364
1. Aperçu des techniques modernes utilisées dans la recherche de la vérité 364
   a. Les procédés techniques ou scientifiques interdits en droit français 364
   b. Le cadre autorisé de l'utilisation des techniques modernes de preuve 369
2. L'efficacité redoutable des tests génétiques 373

B. La relativité de la « preuve parfaite » 377
1. La faillibilité de la preuve scientifique ou technique 378
   a. Les difficultés d'exploitation de la preuve scientifique ou technique et les risques de manipulation 378

b. La controverse tenant à la fiabilité des tests génétiques 380
2. L'exploitation de la preuve scientifique ou technique et son influence sur l'intime conviction 385

§2. La préservation d'un droit à la preuve contraire face à la « preuve parfaite » 389
A. Les garanties nécessaires à la préservation d'un droit à la preuve contraire 390
1. Le respect dû à l'intégrité physique et le droit au respect de la vie privée 391
a. Le respect dû à l'intégrité physique et psychique de la personne mise en cause 391
b. Le respect du droit à la vie privée de la personne mise en cause 395
2. Le principe de loyauté dans la recherche des preuves 395
a. La fonction modératrice du principe de loyauté 396
b. Le principe de loyauté, une garantie limitée 397
B. La place de l'accusé face à la « preuve parfaite » 399
1. La contestation comme moyen de preuve contraire face à la « preuve parfaite » 400
a. Le recours en annulation d'actes de procédures comme moyen de preuve contraire face à la preuve scientifique et technique 400
b. La contestation de la procédure d'expertise comme moyen de preuve contraire face à la preuve scientifique et technique 401
2. L'expression du droit à la preuve contraire dans le processus d'expertise 402
a. Les techniques modernes et les expertises comme moyens de preuve contraire 403
b. Vers un droit à l'expertise équitable garantie de l'effectivité d'un droit à la preuve contraire 404

**Chapitre 2.** La construction inachevée du droit à la preuve contraire …… 408

**Section 1 :** La mise en cause du droit à la preuve contraire 408
§1. Le droit à la preuve contraire mis en échec par la loi ou la preuve contraire impossible 409
A. La persistance d'une impossibilité de rapporter la preuve contraire dans certaines situations 409
B. Une exception limitée 411
§2. La renonciation à la preuve contraire 413
A. Une volonté consentie de ne pas recourir à la preuve contraire 413
1. Les différents modes alternatifs de règlement du contentieux pénal 414
2. L'incidence du recours aux modes alternatifs de règlement du contentieux pénal sur le droit à la preuve contraire 416
B. Le consentement nécessaire à la renonciation au droit à la preuve contraire 418
1. La qualité du consentement 418
2. L'effectivité du consentement 419

**Section 2:** Un droit à la preuve contraire inégal selon le stade de la procédure 422
§1. La difficile reconnaissance du droit à la preuve contraire au stade de l'enquête 422
A. Les procédures d'enquête ou l'exercice limité du droit à la preuve contraire 423
1. L'absence de réelle considération de la personne mise en cause 424
2. La place réduite de l'avocat 425
B. Le mouvement d'affirmation de garanties processuelles au stade de l'enquête 426
1. Les avancées liées à la condition juridique de personne gardée à vue 426
2. Les avancées liées aux enquêtes relatives à la criminalité organisée 429
§2. Les conséquences d'un « cadre unique d'enquête » sur l'exercice du droit à la preuve contraire 430
A. L'instauration d'un « cadre unique d'enquête » 431
B. La nécessaire prise en compte du droit à la preuve contraire dans la construction d'une nouvelle phase préparatoire au procès pénal 433

CONCLUSION GENERALE ……. 439
INDEX THÉMATIQUE ……. 443
BIBLIOGRAPHIE …….. 445
TABLE DES MATIERES …….. 489

LE DROIT À LA PREUVE CONTRAIRE EN PROCÉDURE PÉNALE

La question de la preuve en procédure pénale, imprégnée par le principe de la présomption d'innocence, est généralement présentée comme le moyen pour l'accusation de prouver la commission des infractions à la loi pénale. L'étude d'un droit à la preuve contraire renverse ce schéma de pensée afin de consacrer un droit, pour la personne poursuivie, de combattre les éléments de preuve présentés par l'accusation et, *in fine*, de rapporter tout élément de preuve de nature à établir son innocence. Le droit à la preuve contraire, fondé sur le principe de l'égalité des armes issu de la notion européenne de droit au procès équitable, tend à assurer un équilibre entre la nécessaire efficacité de la répression et la prévention de l'injuste condamnation d'un innocent. La notion de droit à la preuve contraire consacre un rôle actif de la personne mise en cause dans l'organisation de sa défense en lui permettant à la fois de produire et d'obtenir tous les éléments de preuve qui lui sont favorables. Ce principe doit pouvoir être opposable au législateur comme au juge. La procédure pénale française est marquée par un certain nombre de réformes dont la finalité est d'assurer l'équilibre nécessaire entre l'intérêt collectif et la préservation des libertés individuelles. Ce mouvement consacre la réalité et la pérennité du droit à la preuve contraire.

THE RIGHT TO OPPOSITE EVIDENCE IN FRENCH PENAL PROCEDURE

The matter of evidence in the French penal procedure, heavily influenced by the principle of presumption of innocence, is generally presented by the means available to the prosecution in order to prove the offenses to the penal law. The consideration of a right to opposite evidence reverses this pattern so as to give people being sued the right to contend for the evidences presented by the prosecution and, *in fine*, to bring any evidence in order to prove their innocence. The right to opposite evidence, based on the principle of equality from the European notion of right to a fair trial, aims to guarantee a balance between the necessity of an efficient suppression and the prevention of an unfair conviction of an innocent person. The notion of right to opposite evidence gives an active part to the suspect in the organization of defence, by allowing to produce and to get all the evidences favorable to the suspect, and must be able to confront both the law-maker and the judge. The French penal procedure is influenced by some reforms which aim to guarantee the balance needed between the general interest and the protection of individual liberties. This movement sanctions the reality and the durability of the right to opposite evidence.

Discipline : DROIT PRIVÉ ET SCIENCES CRIMINELLES

*Mots clés* : preuve, procédure pénale, présomption d'innocence, droits de la défense, procès équitable, égalité des armes, droit de recours, enquête, instruction, jugement, présomptions de responsabilité, preuve parfaite, procès-verbaux.

*Centre de recherche* : Centre de recherches de droit privé (CRDP – équipe d'accueil n° 1138) – Institut de sciences criminelles et de droit médical (ISCRIMED – unité de recherche du CRDP).