

MINISTÈRE DE LA JUSTICE

ÉCOLE NATIONALE
DE LA MAGISTRATURE

CONCOURS : 1^{er} concours

DATE : 09 juin 2016

MAGISTRATURE -

ou d'y mettre un signe quelconque

26 (CPP ci-après) selon
de preuve et le juge
contradictoire
des droits

(537 CPP)

23

PARTIE RÉSERVÉE AU JURY

N° de dossier du candidat :

1152

NOTE

16

/20

Le candidat ne doit rien écrire dans la partie réservée au jury. IL NE DOIT PAS SIGNER SA COMPOSITION

NOMBRE DE FEUILLES INTERCALAIRES :

5

Certifié exact.

COMPOSITION DE Droit pénal

Sujet : les preuves en matière pénale

LE MAGISTRAT OU FONCTIONNAIRE
CHARGÉ DE LA SURVEILLANCE
(signature)



Il est interdit aux candidats de signer

la preuve de son immor

On, e mis en cause de

par l'utilisation

point de vue

préliminaire

sur

l

"Pour tirer une vérité au clair, il faut beaucoup de preuves et de contre-preuves" écrivait Cervantes dans L'ingénieur Hidalgo Don Quichotte de la Manche. C'est assez dire que l'idée selon laquelle une bonne décision de justice doit être solidement étayée n'est pas neuve.

Par "preuve" s'entend tout moyen présenté au juge pour établir la réalité de faits allégués ou la véracité de déclarations - les preuves sont classiques et écrites (procès-verbal) ou orales (témoignage) et peuvent être, de manière plus contemporaine, scientifiques ou issues de l'utilisation des nouvelles technologies. Il est aujourd'hui admis que deux systèmes de preuve pénales existent ~~aujourd'hui~~. Le premier est celui de la preuve légale : le juge ne pourra recevoir que les moyens de preuve évoqués par la loi et devra respecter la force probante de ceux-ci déterminée par le législateur. Dans un tel système, le juge ne dispose d'aucune marge d'appréciation. Le second est celui de la preuve libre : les parties peuvent produire les preuves qui leur paraissent les plus à même d'emporter la conviction du juge, ce dernier n'étant pas lié dans sa décision mais jugeant selon son intime conviction. Le choix du droit français s'est porté sur le système de preuve libre, incarné

Il est interdit aux candidats de signer leur composition ou d'y mettre un signe quelconque

notamment par l'article 427 du Code de procédure pénale (CPP ci-après) selon lequel "les infractions peuvent être établies par tout mode de preuve et le juge décide d'après sa intime conviction" dès lors que le principe de contradiction est respecté. Des exceptions existent néanmoins au titre desquelles on peut citer la preuve par procès-verbal, rapports ou témoignages pour les contraventions (537 CPP).

Afin d'obtenir les preuves nécessaires à la décision, deux modèles de recherche existent, celui inquisitoire, par définition secret, et celui accusatoire, contradictoire. La procédure pénale française présente un modèle mixte, majoritairement inquisitoire dans la phase de mise en état, accusatoire lors de celle de jugement. Dans ce cadre a perduré longtemps été privilégiée la protection de l'ordre public, principe à valeur constitutionnelle, notamment par la recherche de l'aveu. Cette forme de preuve peut être recueillie en mobilisant des moyens coercitifs (tension morale instaurée par la privation de liberté pendant la garde-à-vue) ou en négociant l'aveu (procédure de coopération sur reconnaissance préalable de culpabilité plaçant à un an la peine d'emprisonnement encourue pour la plupart des délits, si la mise en cause accepte d'avouer). L'objectif de protection de l'ordre public est aussi facilité par les nombreux moyens de preuve nouveaux dont les enquêteurs disposent, souvent liés avec les nouvelles technologies (loi du 28 mars 2014 sur la géolocalisation).

Toutefois, cet accent mis sur la préservation de l'ordre public par la recherche facilitée de la preuve a tôt fait d'apparaître comme le résultat des principes fondamentaux de la procédure pénale et des droits fondamentaux des mis en cause. En effet, la preuve pénale est placée sous l'égide du principe de présomption d'innocence : ce n'est pas à la personne soupçonnée de faire la

Il est interdit aux candidats de signer leur composition ou d'y mettre un signe quelconque

la preuve de son innocence mais à son accusateur, le ministère public. Or, la mise en cause doit pouvoir être en mesure de faire respecter ce principe, par l'utilisation des droits fondamentaux de la défense, reconnus tant au point de vue interne (valeur constitutionnelle : Ass. Dte plénière, 30 juin 1995, article préliminaire CPP) que conventionnel (article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ci-après CESDHLE). La nécessité d'encadrer cet aspect fondamental du procès pénal est donc apparue, notamment avec la prise de conscience que l'aveu ne pouvait constituer l'alpha et l'oméga de la preuve. En effet, les quelques décisions ayant fait l'objet d'un réexamen ont été, pour la plupart, fondées sur des aveux s'avérant finalement faux. C'est en ce sens qu'est allé le législateur en réformant la garde-à-vue (loi 14 avril 2011) et "l'audition libre" (loi 27 mai 2014). Cet encadrement s'avère d'autant plus nécessaire que la recherche des preuves peut aussi contrevenir à d'autres droits fondamentaux (droit au respect de la vie privée de CESDHLE contre perquisition domiciliaire), ces derniers ayant été considérablement renforcés depuis un demi-siècle.

Dès lors, évoquer les preuves pénales conduit à s'interroger : comment le droit pénal concilie-t-il l'objectif de protection de l'ordre public et la protection des principaux droits fondamentaux des personnes mises en cause ?

Pour ce faire, il importe de considérer que la recherche de la preuve pénale est aujourd'hui facilitée (I) mais nécessairement encadrée (II).

Il est interdit aux candidats de signer leur composition ou d'y mettre un signe quelconque.

I) la recherche des preuves pénales facilitée

la facilitation de la recherche des preuves pénales s'obtient tant au niveau des moyens de preuve (A) que de régie de la preuve (B).

A) la diversification des moyens de preuve

les acteurs de la procédure pénale en charge des preuves, qu'ils soient enquêteurs ou juge d'instruction, disposent d'un large éventail de moyens pour obtenir cette preuve, éventail renforcé dès lors que l'infraction en cause relève d'une procédure dérogatoire.

le panel des moyens de preuve en procédure ordinaire est constitué de procédés classiques et d'autres plus contemporains. Parmi les procédés classiques, l'on peut évoquer les contrôles d'identité de police judiciaire du premier alinéa de l'article 78-2 CPP dont une des conditions est le fait que la personne contrôlée puisse être "susceptible de fournir des renseignements utiles" à une enquête en cours. la garde-à-vue (68-2 suivants CPP), les confrontations ou les reconstitutions en font aussi partie.

Parmi les moyens contemporains apparaissent ceux liés aux nouvelles technologies, au premier rang desquels les écoutes téléphoniques de l'instruction préparatoire (100 suivants CPP) mais aussi les géolocalisations (230-32 et suivants CPP) ou le fichier national automatisé des empreintes

généralistes à partir duquel la recherche des caractères morphologiques apparents a été admise par la jurisprudence (Crimelle, 25 juin 2014). L'audition libre constitue elle aussi un moyen nouveau et respecté consistant à entendre une personne à l'égard de laquelle il existe des soupçons sans recourir à la garde-à-vue (61-1 CPP).

En procédure dérogatoire, le panel de moyens est renforcé, conformément au principe de rigueur nécessaire : comme les infractions en cause sont constituées d'un trouble plus important à l'ordre public, les moyens de preuve sont étendus. Ainsi, la procédure applicable à la criminalité et à la délinquance organisée (706-73 et suivants CPP) mise en place par la loi du 9 mars 2004 offre des possibilités supplémentaires d'obtenir les preuves : interceptions de correspondances émises par voie de télécommunications, soustractions et fixations d'image, captation de données informatiques, infiltration. Le dernier avatar de ces moyens supplémentaires de preuve est l'enquête sous pseudonyme (706-87-1 CPP) : elle consiste dans le fait pour un officier ou un agent de police judiciaire de participer, sous pseudonyme, à des échanges électroniques et en externe, le cas échéant, les preuves à recueillir. L'importance de ces moyens supplémentaires est encore renforcée dans la mesure où le législateur n'hésite désormais plus à mettre en place de nouveaux cadres de procédures dérogatoires (en matière de délinquance économique, financière et fiscale avec la loi du 6 décembre 2013, en matière d'atteinte aux systèmes de traitement automatisé de données en bande organisée, loi du 13 novembre 2014).

La recherche de la preuve pénale est donc facilitée par la diversité des moyens susceptibles d'être mobilisés. Elle l'est aussi

Il est interdit aux candidats de signer leur composition ou d'y mettre un signe quelconque.

par le régime auquel elle est soumise.

B) L'assouplissement du régime des preuves

La preuve pénale est facilitée par l'assouplissement de son régime tant au niveau de sa recherche que de sa production.

L'assouplissement de la recherche de la preuve passe parfois par l'absence de nécessité de la produire. Cela touche aussi bien les éléments constitutifs de l'infraction (présomption de blanchiment posée par la loi du 6 décembre 2013 à l'article 324-1-1 du Code pénal de la que les conditions de l'opération en cause non d'autre justification que d'en dissimuler l'origine ou le bénéficiaire) que la personne dont la responsabilité est engagée (L121-2 Code de la route : responsabilité du titulaire de la carte grise pour les infractions liées au stationnement ou aux péages). De telles présomptions sont admises tant par le Conseil Constitutionnel que par la Cour européenne des droits de l'homme à condition d'être réfutables, de reposer sur une vraisemblance et de respecter les droits de la défense (CEDH, 7 octobre 1988, Salabiaku c/ France).

Cette recherche facilitée de la preuve s'observe aussi quant à l'exécution des prérogatives des enquêteurs. Ainsi, dans le cadre d'une procédure dérogatoire relative au terrorisme, la loi du 23 janvier 2006 a permis au juge des libertés et de la détention de prolonger jusqu'à 144 heures une mesure de

garde-à-vue en cas de risque sérieux d'action terroriste ou pour les nécessités de la coopération internationale (706-88-1 CPP). La recherche peut aussi être facilitée par le législateur allant à l'encontre d'une position jurisprudentielle. C'est ainsi le cas en matière de géolocalisation où la chambre criminelle avait censuré une telle opération conduite sous le contrôle du seul Procureur de la République (Criminel, 22 octobre 2013) avant que la loi du 28 mars 2014 ne l'autorise, dans ces mêmes conditions, pendant les 15 premiers jours.

L'assouplissement de la ~~recherche~~ preuve se joue aussi dans sa production. Ainsi, le législateur a mis en place un régime spécifique pour les reports. Il s'agit ici d'exempter de peine ou de réduire celle encourue par une personne qui a tenté de commettre un crime ou un délit et qui, par le fait d'avertir l'autorité administrative ou judiciaire a permis, notamment, d'identifier les autres auteurs ou complices (132-78 CP). Initialement limitée aux cas de délinquance organisée, cette possibilité tend aujourd'hui à s'élargir, en témoignent sa introduction en matière d'atteinte à la probité par la loi du 6 décembre 2013 (433-2-1 CP).

La production des preuves se trouve également facilitée dans la mesure où la jurisprudence peut admettre d'autres moyens de preuve que ceux spécialement indiqués. C'est ainsi qu'elle apprécie l'existence de l'état d'ivresse l'article L234-4 du Code de la Route comme non-limitative quant à la preuve de l'état alcoolique.

Enfin, la production de la preuve peut être facilitée en ce qu'elle constitue un moyen de défense. En effet, là où un salarié pourrait être condamné pour vol de documents, la jurisprudence a considéré que de tels agissements, lorsqu'ils s'ouvraient strictement nécessaires à l'exercice des droits

Il est interdit aux candidats de signer leur composition ou d'y mettre un signe quelconque.

de la défense, donc à la preuve, dans le cadre d'un litige l'opposera à son employeur, se trouvant justifiés. Cette justification a été étendue pour le professionnel ^{Crimelle, 14 mai 1989} brisant le secret auquel il est tenu pour les besoins de sa défense (Crimelle, 29 mai 1989) et au journaliste auteur d'un recel du secret de l'instruction pour se défendre d'une accusation de diffamation.

la recherche de la preuve se trouve donc facilitée. Toutefois, une telle extension constitue un risque d'atteinte aux droits et libertés des personnes en cause, d'où son nécessaire encadrement.

II) la recherche des preuves pénales encadrée

L'encadrement de la preuve pénale s'étend tout des limites qui lui sont posées (A) que des sanctions de celle inégulière -

A) les limites posées à la recherche des preuves pénales

Certains procédés de preuve sont punis et simplement interdits alors que d'autres, autorisés, sont strictement réglementés.

L'interdiction d'un moyen de preuve s'explique par l'inéligibilité du principe ou du droit auquel il contrevient, ce qui s'observe tant au point de vue conventionnel qu'inter.

Du point de vue conventionnel, la CEDH veille au respect par les législations nationales des principes posés par la Convention. Parmi ceux-ci se trouve l'interdiction de la torture et des traitements inhumains ou dégradants posée par l'article 3. C'est à ce titre que la France a été condamnée par l'arrêt CEDH, 28 juillet 1999 pour une garde-à-vue, donc une mesure de recherche de la preuve, dont l'exécution a été considérée comme acte de torture en raison des agissements qui s'y sont produits. Plus récemment, c'est le viol des moralités qui a été condamné par les juges de Strasbourg, la menace de mauvais traitements ayant été considérée comme un traitement inhumain (CEDH, 1^{er} juin 2010, *Geißler c/ Allemagne*).

Du point de vue interne, le Conseil constitutionnel s'est montré garant du principe de rigueur nécessaire dans sa décision rendue sur question prioritaire de constitutionnalité le 9 octobre 2014. En effet, les sages y consacrent la possibilité de recourir à une garde-à-vue dérogatoire pouvant aller jusqu'à 96 heures en cas d'escroquerie en bande organisée car ne portant pas atteinte en elle-même à la sécurité, la vie ou la dignité des personnes. C'est en revanche les droits de la défense, et particulièrement celui du libre choix de l'avocat qui a présidé à la censure de l'article 706-88-2 CPP qui permettait au juge des libertés et de la détention ou au juge d'instruction de décider que l'avocat assisterait une personne mise en cause et matière de tenonisme serait désignée par le bâtonnier à partir d'une liste d'avocats habilités (CC, QPC, 17 février 2012).

Lorsqu'un moyen de preuve n'est pas strictement interdit, il est le plus souvent réglementé, effectuant par là une conciliation entre l'intérêt

ECOLE NATIONALE DE LA MAGISTRATURE
FEUILLE INTERCALAIRE N°4

Il est interdit aux candidats de signer leur composition ou d'y mettre un signe quelconque.

général lié à la découverte de la preuve et la préservation des droits du mis en cause.

Cette réglementation est l'œuvre du législateur. C'est ainsi ce dernier qui, par la loi du 14 avril 2011, a encadré plus strictement la garde-à-vue, obligeant l'officier de police judiciaire qui y procède à notifier au garde-à-vue son droit au silence et à l'assistance d'un avocat (63-1 CPP). C'est encore le législateur qui est venu réguler l'audition libre par la loi du 27 mai 2014, octroyant à cet effet un droit au silence, à l'assistance d'un avocat ou encore à la notification de la qualification, de la date et du lieu présumé de l'infraction (61-1 CPP). Toutefois, le législateur délègue aussi cette réglementation en faisant des magistrats les organes de contrôle ^{de l'octroi} des mesures d'investigation, qu'il s'agisse du Procureur de la République (48 premières Remises de Garde-à-vue) du juge d'instruction ou du juge des libertés et de la détention pour les mesures les plus attentatoires.

Cette réglementation obéit toutefois à un principe général régissant la matière probatoire, celui de loyauté de la preuve. Cette exigence a très tôt été dégagée par la jurisprudence pour la preuve recueillie par les magistrats (arrêt Imbert), puis étendue aux enquêteurs (Guinelle, 12 juin 1952). La condition première était alors que les agissements ne constituent pas des incitations à l'infraction mais à la preuve. L'interdiction se porte aujourd'hui sur l'idée de procédé déloyal consistant en un stratagème. C'est ainsi que l'Assemblée plénière a considéré, dans un arrêt du 6 mars 2015 que le fait de placer deux suspects dans des cellules de garde-à-vue contiguës et servies faisait échec à leur

droit de se tenir et de ne pas s'auto-incriminer, donc constituant un moyen de preuve déloyal, car constitutifs de deux moyens d'investigation, alors que le même procédé, pour une cellule de détention provisoire a été admis, car cumulant une mesure d'investigation (soinsation) et une mesure de sûreté (détention provisoire) (Criminell, 17 mars 2015).

Il convient de noter toutefois que cet encadrement de la preuve par la loyauté ne s'applique pas aux parties privées (Criminell, 15 juin 1993). C'est ainsi que la pratique de la preuve par lestig a été admise par la jurisprudence (Criminell, 11 juin 2008) avant d'être consacrée par le législateur (loi du 31 mars 2006 introduisant l'article 225-3-1 dans le Code pénal).

Les preuves pénales sont donc strictement encadrées, et ce afin de garantir l'équilibre entre préservation de l'ordre public et respect des droits des personnes mises en cause. Néanmoins, ces limites doivent être sanctionnées sous peine cet encadrement ne serait qu'une pétition de principe.

B) la sanction des preuves pénales irrégulières

L'irrégularité d'une preuve a des conséquences sur le sort de celle-ci mais aussi sur celui de la personne qui l'a produite.

Le non-respect des règles encadrant la recherche des preuves a pour conséquence l'annulation de l'acte et donc l'irrecevabilité de l'acte.

ECOLE NATIONALE DE LA MAGISTRATURE
FEUILLE INTERCALAIRE N° 5

Il est interdit aux candidats de signer leur composition ou d'y mettre un signe quelconque.

preuve (170 et 802 CPP). En fonction de la règle enfreinte, cette nullité sera d'ordre public, donc sans grief à prouver par le demandeur à l'annulation, d'intérêt privé à grief présumé ou d'intérêt privé à grief à prouver. Elle devra être demandée devant la chambre de l'instruction si l'affaire en cause fait l'objet d'une instruction (170 CPP). A défaut d'instruction, c'est devant le tribunal et avant tout débat au fond que l'inéquité de la preuve doit être soulevée (385 CPP pour le tribunal correctionnel). L'annulation d'un élément de preuve s'étend à tous les actes dont il a été le support déterminant. Il en est ainsi des actes d'investigation motivés par les informations recueillies au cours d'une garde à vue irrégulière. Il s'agira alors de procéder au retrait de l'élément de preuve du dossier ou à la cancellation des documents en cause.

Cette sanction de l'inevitable est d'autant plus forte qu'elle peut concerner des preuves dont l'obtention semble avoir respecté les règles posées. Il en est ainsi de l'aveu recueilli hors présence de l'avocat : le loi du 14 avril 2011 a en effet inséré dans l'article préliminaire du Code de procédure pénale la règle selon laquelle "aucune condamnation ne peut être prononcée contre une personne sur le seul fondement de déclarations qu'elle a faites sans avoir pu s'entretenu avec un avocat et être assisté par lui", règle d'autant plus sévère que la Cour de cassation semble lui donner une portée rétroactive (AP, 15 avril 2011).

Les preuves irrégulières sont aussi susceptibles d'avoir des conséquences quant à la personne qui les a produites. Sa responsabilité disciplinaire peut ainsi être engagée, que ce soit devant le Conseil supérieur de la

Magistrature s'il s'agit d'un magistrat ou devant le Procureur général ou la Chambre de l'instruction si un officier de police judiciaire est en cause. Une responsabilité d'ordre pénal peut aussi être engagée, que l'on songe à la violation de domicile (226-4CP) en cas de perquisitions domiciliaires irrégulières, à la séquestration (224-1CP) si une garde à vue est irrégulière ou aux infractions relatives aux trafics de stupéfiants si une infiltration n'a pas été autorisée par le Procureur de la République ou le juge d'instruction. A ces responsabilités disciplinaires et pénales peut s'ajouter celle civile.

Les preuves en matière pénale sont donc strictement encadrées afin de respecter l'équilibre entre protection de l'ordre public et respect des droits des mis en cause. Toutefois, dans un contexte sécuritaire marqué par la crainte et la réalisation d'attaques terroristes, la balance semble appelée à incliner en faveur de l'ordre public, comme le laisse à penser la loi du 3 juin 2016 renforçant la lutte contre le crime organisé permettrait notamment le recours à la technique dite des "IMSI catcher", sous le contrôle du juge des libertés et de la détention, dès la phase d'enquête.