

MINISTÈRE DE LA JUSTICE
ET DES LIBERTÉS

ÉCOLE NATIONALE
DE LA MAGISTRATURE

CONCOURS ou EXAMEN* : _____

Deuxième concours ENM

DATE : 9 juin 2016

MAGISTRATURE

ou d'y mettre un signe quelconque

érite tant à l'intérêt
recent, que l'intérêt
Il souhaiter que
qu'elle soit

N

N

Pr

Ac

ie

PARTIE RÉSERVÉE AU JURY

N° de dossier du candidat :

00096

NOTE

15,5 /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

COMPOSITION DE Droit pénal et procédure pénale

Certifié exact.

LE MAGISTRAT OU FONCTIONNAIRE
CHARGÉ DE LA SURVEILLANCE
(signature)



Il est interdit aux candidats de signer

Les preuves en matière pénale

délinquance, en raison
des nouvelles techniques
du fait de l'évolution
des modes de

« Idem est non esse aut non probari ».
Cette maxime latine est révélatrice de
l'importance de la preuve en droit. L'exigence
de la preuve est d'autant plus impérieuse
en matière pénale que sont en jeu des libertés
individuelles. C'est ainsi que l'article
9 de la Déclaration des droits de l'homme

et du citoyen de 1789 dispose que toute personne est présumée innocente jusqu'à ce qu'elle ait été déclarée coupable. Ce principe dit de la présomption d'innocence, rappelé avec force par la loi du 15 juin 2000 à l'article préliminaire du code de procédure pénale, a pour conséquence de faire peser sur l'accusation, c'est-à-dire le ministère public, la charge d'établir la preuve de la culpabilité du prévenu ou de l'accusé. Il est ici question de lutter contre l'arbitraire et de préserver les libertés individuelles. L'exigence est complémentaire du principe de légalité selon lequel il n'est pas possible de condamner une personne pour un fait qui n'ait pas été préalablement défini comme criminel ou délictueux par les représentants du peuple.

La preuve s'entend de la démonstration de l'existence d'un fait ou d'un acte. En matière pénale, sauf dans les rares cas où l'infraction comprend un élément préalable consistant en un acte juridique, la preuve porte en principe sur des éléments factuels. Il s'agit des faits, matériels et intellectuels, correspondant à l'élément matériel et à l'élément moral^{de l'infraction}, que l'accusation doit prouver. C'est la raison pour laquelle le droit pénal est régi par le principe de la liberté de la preuve. Ce principe de liberté de la preuve participe de l'objectif de vérité, objectif notamment poursuivi par le juge d'instruction comme le rappelle l'article 81 du Code de procédure

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

pénale (CPP). L'ambition d'atteindre la vérité profite tant à l'intérêt général, qui n'admettrait pas que soit condamné un innocent, que l'intérêt particulier de la personne suspectée qui peut légitimement souhaiter que son innocence soit davantage que présumée, c'est-à-dire qu'elle soit prouvée.

Cependant, parce que dans un État de droit la fin ne justifie pas les moyens, il est nécessaire pour le juge, gardien constitutionnel de la liberté individuelle (Art. 66 de la Constitution du 4 octobre 1958), et le législateur d'encadrer cette liberté de la preuve. Il ne s'agirait pas, au prétexte de recherche preuve d'une infraction, de porter atteinte à une autre valeur pénalement protégée, voire à une liberté constitutionnelle ou fondamentale. Il appartient alors au juge, seul ou en complément du législateur, d'encadrer cette recherche de vérité, de concilier celle-ci avec le respect des droits et libertés fondamentales. Cette conciliation réalisée par le juge rappelle son lien consubstantiel avec la notion d'équité, voisine de celle de justice.

Aussi, à la nécessaire liberté de la preuve pour accéder à la vérité (I) répond leur nécessaire réglementation pour préserver l'équité du procès pénal (II).

I - La nécessaire liberté de la preuve pour l'accès à la vérité

La recherche de la vérité, impérative pour permettre la découverte des auteurs d'infractions, à l'exclusion des innocents, justifie le principe de la liberté de la preuve (A). Dans un contexte de complexification de la

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

délinquance, en raison de son organisation toujours plus perfectionnée, du recours aux nouvelles technologies ou tout simplement de sa plus grande mobilité du fait de l'ouverture des frontières, est apparue la nécessité de multiplier les modes de preuve disponibles (B).

A - La pertinence avérée du principe de liberté de la preuve

La pertinence du principe de liberté de la preuve commande, pour être démontrée, de revenir à son fondement (1) et d'examiner ses conséquences (2).

1 - L'objectif de la recherche de la vérité est d'une importance telle en matière pénale qu'il convient de ne pas l'entraver a priori. La nécessité de sanctionner les auteurs d'infractions de manière effective, sans commettre d'erreur judiciaire, justifie cette liberté dans la recherche de la preuve. Qui plus est, la diversité des comportements humains susceptibles de porter atteinte aux valeurs pénalement protégées étant quasi-infinie et essentiellement factuelle, le bon sens et la recherche d'efficacité commandent de ne pas se limiter à des modes de preuve légalement prédéterminés et agréés pour tel ou tel type d'infraction. C'est la raison pour laquelle l'article 427 du CPP dispose qu'hors les cas où la loi en dispose autrement, les infractions peuvent être établies par tout mode de preuve. Ce texte, relatif au jugement des délits, porte un principe en réalité valable également en matière de crimes et contraventions. Mais déjà la suite de ce texte invite à l'examen des conséquences du principe de liberté de la preuve.

2 - L'article 427 du CPP et l'article 353 du CPP pour la matière criminelle tirent, conséquence du principe de liberté de la preuve le
pour

ECOLE NATIONALE DE LA MAGISTRATURE
FEUILLE INTERCALAIRE N° 1

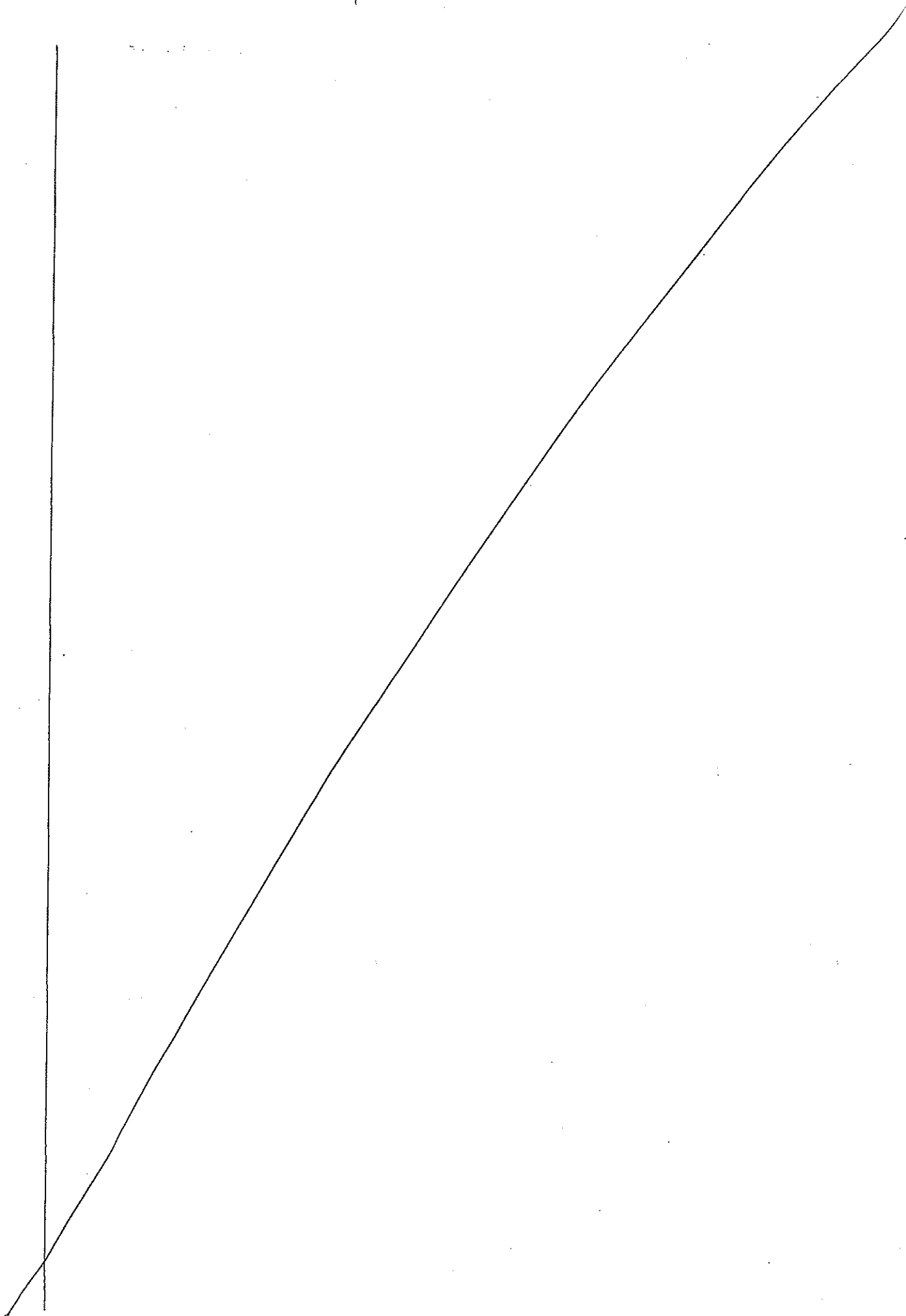
Il est interdit aux candidats de signer leur composition ou d'y mettre un signe quelconque.

devoir pour le juge de prendre sa décision, sur la réalité des faits et la culpabilité de la personne poursuivie, d'après son intime conviction. A la liberté de la preuve répond la liberté de l'esprit du juge dans le cheminement intellectuel de sa prise de décision. La seule limite en réalité à cette liberté est l'exigence de parvenir à une conviction. Ainsi, malgré les aveux de l'accusé ou du prévenu, le juge (au sens large) peut prononcer l'acquiescement ou la relaxe dès lors que des éléments factuels auront suscité un doute suffisant dans son esprit, l'empêchant de parvenir à une conviction sur la culpabilité.

Autre conséquence du principe de liberté, il n'y a en principe pas de hiérarchie prédéterminée entre les différents modes de preuve. L'aveu n'est plus la reine des preuves (art. 428 CPP). Les procès-verbaux n'ont en principe qu'une simple valeur de renseignement. Ce n'est qu'exceptionnellement, en général dans des domaines où la réglementation est complexe, que le législateur prédétermine la valeur probante de certaines preuves (art. 431, 433 du CPP).

La force du principe de liberté de la preuve est telle que la Cour de cassation censure les juges du fond qui ont rejeté une preuve au motif qu'elle avait été illicitement obtenue par une partie privée (Crim., 15 juin 1993).

Cette liberté de la preuve pénale permet aux services de police judiciaire, sous le contrôle du législateur et du juge, d'innover en matière de techniques de recueil de preuves, afin de s'adapter aux évolutions d'une délinquance toujours plus complexe et organisée.



ECOLE NATIONALE DE LA MAGISTRATURE
FEUILLE INTERCALAIRE N° 2

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

B - La multiplication légalement confortée des techniques de recueil de preuves

Les techniques de recueil de preuves s'articulent autour de deux grands axes : la parole ⁽¹⁾ et les indices ⁽²⁾. La parole du suspect, de ses co-auteurs ou complices, des victimes ou des tiers peut le confondre. Les indices revêtent une dimension au contraire davantage matérielle, il s'agit de rechercher des fragments du délit. Aussi, face à une délinquance toujours plus complexe, de nouvelles techniques de recueil de preuve ont été mise en place.

1 - La parole est recueillie par procès verbal à l'occasion d'audition menée par les officiers et agents de police judiciaire (art. 62 et s. CPP), ou par le juge d'instruction (art. 101 et s. CPP) ou encore lors de l'audience devant la juridiction de jugement. Cette parole peut être celle du suspect, qu'il soit libre (art. 61-1 CPP) ou gardé à vue (art. 62-2 et s. CPP). On parle d'interrogatoire lorsque la parole du suspect est recueillie par le juge, qu'il s'agisse de la personne mise en examen (art. 114 et s. du CPP) ou du témoin assisté. Mais cette parole n'est pas forcément sincère, d'autant plus que les suspects ne prêtent pas serment en raison du droit fondamental de ne pas contribuer à sa propre incrimination. D'où la consécration légale en 1991 du recours aux écoutes téléphoniques (art. 100 et s. du CPP), accessibles en principe uniquement à l'enquête sur commission rogatoire, et exceptionnellement en matière d'enquêtes préliminaires ou de flagrance en matière de criminalité ou de délinquance organisée (art. 706-95 et s. du CPP). La loi du 3 juin 2016 étouffe les techniques d'interception en matière de communication, non plus vocales, mais électroniques (art. 706-95-1 et s. CPP). Parfois, ce sont les

simples témoins qui ne disent pas la vérité, souvent par crainte de représaille. Aussi, le législateur a prévu en 2001 un dispositif de témoignage anonyme (Art. 706-57 et s. du CPP) dans les matières les plus graves (crime ou délit puni d'au moins 3 ans d'emprisonnement) et en cas de risque grave pour la vie ou l'intégrité du témoin ou de ses proches. Le dispositif est contrôlé par le juge des libertés et de la détention. La loi du 3 juin 2016 poursuit en ce sens, par exemple avec le nouvel article 306-1 du CPP qui permet d'ordonner le huis clos du témoignage d'une personne devant la Cour d'assises en matière de crime contre l'humanité notamment, dès lors qu'une déposition publique le mettrait en danger. L'audition à huis clos se déroule alors sans jury.

2 - Le célèbre professeur Locar a développé le principe qui porte son nom, selon lequel tout criminel laisse des traces de lui sur la scène de crime et emporte avec lui des traces de la scène de crime. Ainsi, le recueil des indices sur la scène de crime est primordial et l'article 54 du CPP relatif à l'enquête de flagrance prévoit un transport immédiat de l'officier de police judiciaire pour éviter tout dépérissement des preuves.

Les perquisitions permettent au contraire de rechercher et découvrir au domicile du suspect, ou ailleurs, des éléments issus de la scène de crime ou utilisés sur celle-ci. La réglementation des horaires imposant des perquisitions diurnes (art. 59 du CPP) est une contrainte pour les enquêteurs. Aussi, devant l'impératif de lutter contre la délinquance organisée (art. 706-73 et 706-73-1 du CPP), le législateur a permis au juge d'instruction, et au juge des libertés et de la détention en matière d'enquête de police, d'autoriser des perquisitions nocturnes (art. 706-89 et s. CPP). Cette possibilité est étendue encore par la loi du 3 juin 2016 qui met fin à l'impossibilité de procéder à des perquisitions nocturnes dans des locaux d'habitation en matière préliminaire. Les exemples pourraient être multipliés tant les techniques de recueil de preuve ont

ECOLE NATIONALE DE LA MAGISTRATURE
FEUILLE INTERCALAIRE N° 3

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

été et offées depuis la loi du 9 mars 2004, jusqu'à encore dernièrement avec la loi du 3 juin 2016.

Si le principe de liberté des preuves est pertinent et la multiplication des techniques de recueil de preuves est nécessaire, dans l'objectif de vérité et d'efficacité de la répression pénale, elles induisent un risque majeur pour les droits et libertés. Aussi, la loi et le juge doivent réglementer les preuves en matière pénale pour garantir l'équité du procès pénal.

II - La nécessaire réglementation de la preuve pour garantir l'équité du procès pénal

Deux principes semblent pouvoir être mobilisés par le juge et le législateur pour garantir un procès pénal équitable : le principe de licéité de la preuve (A) et le principe de loyauté de la preuve (B). Ces principes ne sont pas alternatifs mais complémentaires.

A - La licéité impérative de la preuve

La licéité de la preuve s'entend du respect de la loi quant aux modalités de recueil de celle-ci. La loi protège des droits et libertés auxquels la recherche de preuve peut porter atteinte. C'est la raison pour laquelle le législateur réglemente certains modes de preuve (1). Toutefois, en raison de la fondamentalisation du droit français, certains arbitrages réalisés par le loi et le juge

national tendent à être remis en cause par le juge européen (2).

1 - C'est l'office de la procédure pénale que de soumettre à des conditions le recueil de certaines preuves, en vue de garantir les libertés. La loi est astreinte à l'exigence de proportionnalité, à laquelle veille le juge constitutionnel, lorsque il s'agit de permettre telle ou telle atteinte aux libertés en matière de preuve. C'est ainsi que le législateur a été censuré à plusieurs reprises en matière de garde à vue de 96 heures concernant l'infraction d'escroquerie en bande organisée. Jugées par le Conseil constitutionnel comme ne portant pas une atteinte suffisante à la sécurité, à la dignité ou à la vie des personnes, les escroqueries commises en bande organisée ne peuvent justifier une garde à vue de plus de 48 heures (Cons. const. 9 oct. 2014). C'est ainsi que la garde à vue, mais aussi la détention provisoire ou encore les retentions aux fins de vérification d'identité, sont astreintes à des délais légaux. La liberté d'aller et venir en dépend.

L'intimité de la vie privée fonde l'exigence de conditions strictes en matière de perquisition (protection du domicile) ou d'interception de communication (secret des correspondances). Le droit à la vie (art. 2 CESDH) et le droit à l'intégrité physique (art. 3 CESDH) fondent l'interdiction des violences policières, par exemple au cours de la garde à vue. Le droit à la visite d'un médecin et l'assistance d'un avocat, comme l'enregistrement des gardes à vue criminelles (et délictuelles concernant les mineurs) participent de cette exigence. La recherche de l'aveu ne saurait justifier de telles atteintes. Néanmoins, l'appréciation du législateur, lorsque il fixe les conditions auxquelles une atteinte à la vie privée ou à la liberté d'aller et venir, notamment, peut être faite à des fins probatoires, peut être remise en cause par la Cour européenne des droits de l'homme.

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.

2 - Si le législateur s'astreint, sous la surveillance du Conseil constitutionnel, au principe de proportionnalité lorsqu'il définit les conditions auxquelles une atteinte pourra être portée aux libertés à des fins probatoires, la CEDH peut a posteriori développer une appréciation contraire. C'est notamment le cas lorsque se trouve en jeu la liberté d'expression et la liberté de la presse (art. 10 CEDH). Si, sous l'impulsion de la CEDH, le législateur français a accru la protection de la presse et notamment de ses sources (loi du 4 janvier 2010) en protégeant leur secret, l'effort n'a pas paru encore suffisant. Certes, les perquisitions des entreprises de presse et des domiciles des journalistes bénéficient d'un régime dérogatoire (article 56-2 CPP), certes le journaliste n'est pas obligé de révéler ses sources (par exemple art. 109 al. 2 CPP, devant le juge d'instruction), néanmoins le droit pénal positif ne semble pas encore suffisamment respectueux de la liberté de la presse pour la CEDH. La question subsiste en effet au sujet de la confrontation du secret de l'instruction, qui vise notamment à assurer l'efficacité des techniques de recueil de preuves, avec la liberté d'informer du journaliste. L'illustration peut être trouvée avec la jurisprudence Dupuis c/ France du 7 juin 2007 à l'occasion de laquelle la condamnation pour récel de violation du secret de l'instruction a été jugée disproportionnée, le journaliste en question ayant révélé des informations qui participaient, selon la CEDH, d'un débat public général.

Mais déjà apparaît la frontière tenue entre la licéité d'une preuve en droit français et l'exigence de sa conciliation avec les libertés fondamentales, au rang desquelles figurent le droit au procès équitable.

B - La loyauté complémentaire de la preuve

L'interdiction de la déloyauté dans le recueil de la preuve (1)
a pour corollaire l'exigence de soumettre celle-ci (la preuve) à l'exigence des droits de la défense (2).

1 - L'interdiction de la déloyauté dans la recherche et le recueil de la preuve s'impose avec force aux autorités de poursuite. Portalis, le célèbre co-rédacteur du Code civil, a-t-il écrit « Ce qui n'est pas contraire aux lois est licite. Mais ce qui leur est conforme n'est pas toujours honnête car les lois s'occupent plus du bien politique de la société que de la perfection morale des hommes. » La moralisation de la preuve pénale se fonde notamment sur le droit au procès équitable (art. 6 CEDH). La Cour de cassation prohibe ainsi le recours aux stratagèmes. C'est ainsi que l'Assemblée plénière, le 6 mars 2015, a considéré comme déloyal la stratégie policière consistant à placer deux co-auteurs dans des cellules contiguës de garde à vue préalablement sonorisées conformément à l'article 706-96 du CPP. Si les gardes à vue et les sonorisations étaient légales, la combinaison des deux techniques et surtout le choix de cellules contiguës constituaient un stratagème visant à contourner le droit au silence des gardés à vue. En effet, il ne faisait nul doute qu'ils tenteraient de communiquer lors des temps de repos. La Cour de cassation a pu développer cette exigence dans d'autres hypothèses où il était question de "provocations policières à l'infraction". Mais le développement des techniques spéciales de livraison surveillée (art. 706-28 du CPP) ou d'infiltration (706-81 et ss. du CPP) ou encore d'infiltration sur internet, conduit à dissocier la "provocation à l'infraction", prohibée, et la "provocation à la preuve", licite. L'exigence de loyauté ne s'impose en revanche pas aux parties privées qui peuvent ainsi procéder par exemple à des enregistrements sonores clandestin (Crim. 13 juin 2001) ou mener des opérations de testing, d'ailleurs légalisées récemment.

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.

La loyauté dans la recherche de la preuve a pour corollaire la loyauté dans l'admission de la preuve. Il s'agit de la question plus générale de la confrontation de la preuve aux droits de la défense.

2 - Les droits de la défense, composante du droit au procès équitable, imposent notamment le respect du contradictoire et le droit de ne pas s'auto-incriminer. S'agissant du respect du contradictoire, il est constant qu'une ——— preuve qui n'a pu être discutée par la personne poursuivie doit être écartée. Le principe du contradictoire irrigue la procédure pénale. C'est ainsi que les perquisitions doivent être conduites en présence du domiciliataire (art. 56 du CPP) ou que le mis en examen, et le témoin assisté, peuvent demander au juge d'instruction d'être confrontés aux témoins qui les dénoncent. La procédure de témoignage anonyme prévoit ainsi la possibilité ^{pour la défense} d'interroger le témoin via un dispositif permettant de conserver son anonymat. S'agissant du droit de ne pas s'auto-incriminer, il se traduit par l'absence de prestation de serment des suspects et leur notification du droit au silence. Encore, tout stratagème, tel que l'hypnose ou l'alcoolisation du suspect, de nature à obtenir un aveu serait contraire à ce principe.

Les droits de la défense révèlent leur puissance lorsqu'ils s'allient à l'objectif de vérité pour admettre des moyens de preuve pourtant illicites. C'est ainsi que les droits de la défense ont été qualifiés de "faits justificatifs prétoriens" par la doctrine. Il s'agit ici de l'hypothèse du salarié qui produit des documents volés à l'employeur pour se défendre devant le Conseil des prud'hommes, ou encore de celle du journaliste qui produit une pièce couverte par le secret de l'instruction pour se défendre lors de poursuites en diffamation.

En conclusion, l'examen du droit positif permet de constater que le juge, avec l'appui du législateur, parvient de manière satisfaisante à concilier la liberté de la preuve avec sa nécessaire réglementation, l'objectif de vérité et d'efficacité répressive avec la protection des libertés. Il ne fait nul doute que la jurisprudence de la CEDH l'oriente positivement dans ce domaine.

La question de la preuve pénale renvoie à une autre exigence du droit au procès équitable, avec laquelle elle est liée. Rabelais écrivait "Le temps est perte de vérité". Le temps fait dépérir les preuves. Mais il est aussi source d'injustice lorsque il se fait trop long. Ainsi, Montesquieu pensait que souvent l'injustice n'était pas dans les jugements mais dans les délais. Le droit à un délai raisonnable de jugement, outre qu'il garantit le caractère équitable du procès et qu'il exprime l'efficacité de la justice, garantit un moindre dépérissement des preuves et une meilleure chance d'atteindre la vérité.